

Международный научно-практический
правовой журнал
„ЗАКОН И ЖИЗНЬ”
Издание аккредитовано Высшим советом
по науке и технологическому развитию
АН Молдовы.
Решение №61 от 30.04.09
Категория «С»
ISSN 1810-3081

Учредитель: Министерство
юстиции Республики Молдова

Соучредители:

Конституционный суд, Высшая судебная палата, Министерство внутренних дел, Министерство здравоохранения, Институт истории, государства и права АН РМ, Академия МВД «Штефан чел Маре», Славянский университет, Кагульский госуниверситет Б.П. Хашдеу, Институт прикладной криминологии и уголовной политики, Балтийская Международная Академия, НИИ прав человека НАН Азербайджана, Запорожский национальный университет.

Издается с января 1991 г.
№ 5 (268) 2014 г.

Главный редактор
Л. АРСЕНЕ

Редакционная коллегия

Намик Гасан оглу Алиев, доктор хабилитат права, профессор (Баку), В. Бужор, доктор права, А. Буриан, доктор хабилитат права, М. Георгицэ, доктор хабилитат права, профессор, В. Гуцуляк, доктор права, профессор, Е. Ищенко, доктор юридических наук, профессор (Москва), И. Кайряк, доктор права, Н. Карпов, доктор юридических наук, профессор (Киев), Г. Костаки, доктор хабилитат права, профессор, Т. Коломоец, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины, (Запорожье), А. Лончаков, доктор юридических наук, профессор (Хабаровск), В. Наумов, зам. главного редактора, Б. Сосна, доктор права, и.о. профессора, В. Флоря, доктор права, Е. Харитонов, доктор юридических наук, профессор, член кор. НАПрН Украины, Заслуженный деятель науки и техники Украины (Одесса), В. Шепитько, доктор юридических наук, профессор, академик НАПрН Украины (Харьков).

Адрес редакции:
2012. Кишинев, ул. Пушкина, 22
Дом печати,
телефон для справок: 373 22 23 37 90.

© Перепечатка материалов только с разрешения
издателя

E-mail: legea_zakon@mail.ru

web страницы: www.legeazakon.md

www.legeasiviata.in.ua

СОДЕРЖАНИЕ

Б. СОСНА, К. СИЧИНСКИЙ. Понятие и признаки договора добровольного имущественного автострахования Каско	4
А. СОСНА, Д. ФАКИРОВ, В. САНДУ. Правовое регулирование особенностей, возникающих при исполнении некоторых судебных решений	11
НОВРУЗОВ Вугар Шахмар Оглы, ГУМБАТОВ Эльнур Акиф Оглы. Соотношение международно-правовых и внутрисударственных норм в институте свободы передвижения	17
Д. СЕРГЕЕВА. Основания проведения негласных следственных (розыскных) действий согласно уголовного процессуального законодательства Украины	25
А. РЕВА. Проблемы правового обеспечения деятельности следователя в Украине	30
В. КУЧЕР. Функции прокурора в досудебном расследовании: понятие и виды	36
В. ТЕРЕЩЕНКО. Правовой режим объекта недвижимости, возведенного на земельном участке, не отведенном для этой цели: проблемные вопросы	40
Ю. КУШНЕРИК. Значение определения предмета доказывания для расследования грабежей и разбойных нападений	46
О. MARIAN. Cu privire la sistemul de promovare și garantare a statutului juridic al persoanei în Republica Moldova	50

Компьютерный набор. Формат 60x84 1/8. Печать офсетная

Усл. п.л. 11,75. Тираж 350.

Подписано в печать 5.05.2014.

Отпечатано SRL „Cetatea de Sus”, г. Кишинэу



ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ ДОГОВОРА ДОБРОВОЛЬНОГО ИМУЩЕСТВЕННОГО АВТОСТРАХОВАНИЯ КАСКО

Б. СОСНА,

доктор права, конференциар, ст. научный сотрудник Института юридических и политических исследований АНМ.

К. СИЧИНСКИЙ,

докторант Института юридических и политических исследований АНМ, преподаватель Славянского университета.

SUMMARY

In this research the author contemplates on the specifics the fully comprehensive motor insurance contracts and its essential terms. It must be mentioned, that based on both deep analysis of the legal norms regulating the insurance relations and analysis of several exemplary contracts, concluded by the majority of the largest Moldavian insurance companies, the author defines the specifics of the fully comprehensive motor insurance contract and its essential features.

Keywords: fully comprehensive insurance, motor insurance, the definition of contract, the features of contract.

В настоящей статье автор проводит исследования особенностей сущности договора добровольного имущественного автострахования КАСКО. Детальный анализ правовых норм, регулирующих страховые отношения, а также анализ образцов договоров большинства крупных страховых компаний Республики Молдова позволяет авторам выделить специфику договора автострахования КАСКО, впервые в Республике Молдова дать его определение и выделить существенные признаки договора.

Ключевые слова: имущественное страхование, автострахование, КАСКО, понятие договора, признаки договора.

Постановка проблемы. Страхование ответственности владельцев транспортных средств является одним из наиболее распространенных в мировой практике видов страхования.

Указанное положение заставляет законодателя уделять более пристальное внимание развитию и совершенствованию норм национального законодательства, регулирующих страховые отношения.

Актуальность теоретического исследования основных положений законодательства, регулирующего страхование, обусловлено прежде всего тем, что это научно-практическая проблема до сих пор не стала объектом комплексных исследований в юриспруденции.

Некоторые аспекты правового регулирования страховой деятельности в Республики Молдова и в других странах были изложены в научно-практических публикациях [1, с. 70-74; 2, с. 69-77; 3, с. 14; 4; 5, с. 52-58].

Известно, что XX век часто называют «веком автомобилей». Именно в XX веке автомобиль превратился из «дорогой игрушки» в неперемный и неотъемлемый элемент жизни любого общества. И сегодня, в начале второго десятилетия XXI века, наша жизнь без автомобиля уже настолько же немислима, как немислима была жизнь наших предков без лошади.

Естественно, что страховая наука и страховая действительность не могли оставить без внимания столь важную часть жизни человека.

В ходе практической деятельности страховых компаний и научных изысканий ученых автострахование было, в свою очередь, подразделено на:

1) страхование (гражданской) ответственности собственников автотранспортных средств, также известное, как ОСАГО;

2) страхование (гражданской) ответственности перевозчика перед пассажирами за ущерб, причиненный жизни и здоровью;

3) добровольное страхование имущественных интересов, связанных с автотранспортными средствами, как объектами имущества, также известное как авто-КАСКО (авто-CASCO).

И если понятия первого и второго и вышеуказанных видов автострахования нашли законодательное закрепление, то исследование правовой природы



договора добровольного имущественного автострахования КАСКО, обойденное вниманием законодателя, остается уделом изучения правовой теории и договорной практики страховых компаний.

Цель исследования. Таким образом, в отечественном праве назрела настоятельная необходимость в определении сущности договора имущественного автострахования КАСКО и выделения его основных специфических признаков.

Изложение основного материала исследования. Впервые правовое понятие договора страхования дал родоначальник российского страхового права профессор И.И. Степанов. В своей фундаментальной работе «Опыт теории страхового дела» на основе глубокого анализа и исследования элементов страхования он определил договор страхования следующим образом: страховой договор есть соглашение, по которому одно лицо, за известное вознаграждение, обязуется устранить вместо другого гибель какого-либо физического предмета, если таковая произойдет в условленный срок от действия определенной разрушительной силы [3, с. 17].

Легальное определение договора страхования дано отечественным законодателем в ст. 1301 Гражданского кодекса Республики Молдова (далее - ГК РМ), согласно которой *по договору страхования одна сторона (страхователь) обязуется уплатить другой стороне (страховщику) страховой взнос (страховую премию), а страховщик берет на себя обязанность при наступлении страхового риска выплатить страхователю или*

третьему лицу (выгодоприобретателю страхования) страховую сумму или страховое возмещение в размере и в сроки, обусловленные договором [10, ст. 1301].

В то же время, как следует из самого названия исследуемого правового института, для договора добровольного автострахования КАСКО характерен (по сравнению с договором страхования вообще) ряд особенностей.

Так, непосредственно термин «КАСКО» – «CASCO» происходит от испанского (итальянского) «casco» – корпус, остов судна; илем и применяется как для определения понятия страхования автотранспортных средств (авто-КАСКО), так и других средств транспорта (судов, самолётов, вагонов) от ущерба, хищения или угона.

Детально исследуя вопрос о научном и нормативном понятии данного правового института, на наш взгляд, следует начать с изучения определений, предлагаемых непосредственно страховыми компаниями.

Анализ договоров страхования и условий страхования различных страховых компаний (как отечественных, так и зарубежных) позволил выделить следующие определения договора добровольного автострахования КАСКО.

В соответствии со Специальными условиями добровольного страхования транспортных средств SIA «MOLDASIG» SA, *договором страхования транспортных средств является соглашение между страховщиком и страхователем, в силу которого страховщик обязуется за обусловленную договором*

страхования плату (страховую премию) при наступлении предусмотренного в договоре события (страхового случая) возместить страхователю или иному лицу, в пользу которого заключен договор (выгодоприобретателю), причиненный вследствие этого случая ущерб в застрахованном имуществе [13].

Санкт-Петербургская страховая компания АО «ASKRATE» поясняет, что *по договору страхования КАСКО страховая компания берет на себя обязательство за предварительно уплаченную страховую премию возместить в пределах страховой суммы понесенные страхователем убытки от повреждения, утраты или гибели автомобиля в результате страховых случаев* [15].

Белорусская страховая компания АО «ТАСК» указывает, что *договор КАСКО, заключается между страхователем и страховой компанией в целях страхования имущественных интересов страхователя (выгодоприобретателя), не противоречащих законодательству Республики Беларусь и связанных с утратой (гибелью) или порчей застрахованного транспортного средства или дополнительного оборудования, находящегося во владении, пользовании, распоряжении страхователя (выгодоприобретателя), в результате аварии, пожара, стихийного бедствия, угона, порчи и других неприятностей* [16].

Вывод. Проанализировав вышеизложенные определения, можно сделать вывод, что правовая природа исследуемого института – договора добровольного имущественного автострахования – обуславливает наличие



ряда специфических, характерных для него признаков:

- добровольный (необязательный) характер заключения;
- страхование имущественных интересов страхователя;
- связь имущественных интересов страхователя с особым имуществом (вещью) особого рода – автотранспортным средством.

Таким образом, под договором добровольного автострахования КАСКО (страхования авто-КАСКО, имущественного страхования автотранспортных средств) понимается договор, по которому одна сторона (страхователь) обязуется уплатить другой стороне (страховщику) страховой взнос (страховую премию), а страховщик берет на себя обязанность при наступлении страхового риска, выраженного в причинении ущерба автотранспортному средству страхователя, выплатить страхователю страховую сумму или страховое возмещение в размере и в сроки, обусловленные договором.

В вопросе о признаках, характеризующих договор страхования, до принятия действующего ГК РМ господствовала точка зрения, согласно которой он должен быть отнесен к возмездным, двусторонним и реальным договорам [5, с. 547].

Однако с изменением законодательства менялась и точка зрения ученых: были высказаны идеи о возможном консенсуальном характере договора страхования. Были отвергнуты идеи о договоре страхования как об условной сделке и подчеркнут его алеаторный характер.

Чтобы определить, какими признаками, в действитель-

ности, на сегодняшний день и исходя из действующего законодательства обладает договор добровольного автострахования КАСКО, является целесообразным кратко осветить существующие в научном мире точки зрения относительно его признаков и соотнести их с положениями действующего законодательства Республики Молдова.

Профессор М.И. Брагинский подчеркивал, что рассматриваемый договор, несомненно, всегда являлся и является возмездным. Эта его особенность составляет один из конститутивных признаков договора, достаточно четко выраженный в легальном определении [5, с. 547].

Данная точка зрения абсолютно справедлива и для Республики Молдова.

Как уже упоминалось выше, ст. 1301 ГК РМ, давая определение договору страхования, указывает в качестве одной из его характеристик обязанность одной стороны (страхователя) уплатить другой стороне (страховщику) страховой взнос (страховую премию) [10, ст. 1301].

Более того ст. 15 Закона о страховании предусматривает особые правила относительно размера указанных сумм в имущественном страховании и последствия их несоблюдения [11, ст. 15].

Наконец, пункт а) части (1) ст. 18 Закона о страховании гласит, что договор страхования прекращается в случае неуплаты страхователем страховой премии своевременно и в установленном размере [11, ст. 18].

Таким образом, возмездный характер данного договора не оставляет сомнений.

Сложности возникают главным образом при необходимости решить, следует ли отнести договор добровольного автострахования КАСКО к *реальным* или *консенсуальным*.

Напомним, что *консенсуальные сделки* (от лат. consensus - соглашение) - это такие сделки, которые порождают гражданские права и обязанности с момента достижения их сторонами соглашения. Последующая передача вещи или совершение иного действия осуществляется с целью их исполнения.

Для совершения *реальной сделки* (от лат. res - вещь) одного соглашения между ее сторонами недостаточно. Необходима еще передача вещи или совершение иного действия [7, с. 223].

Однако, если действующий Гражданский кодекс Российской Федерации (далее - ГК РФ) (вернувшись к позиции ГК 1922 г.) в пункте 1 ст. 957 прямо связывает вступление договора страхования в силу с моментом уплаты страховой премии или первого ее взноса [12, ст. 957], (что позволило А.А. Иванову справедливо считать, что договор страхования по общему правилу должен считаться реальным [8, с. 501]), то точка авторов действующего ГК РМ является не столь однозначной, и отечественный законодатель, на взгляд автора, оставил над данной проблемой вопросительный знак.

Одним из классических «ключей» для определения *консенсуального* либо *реального* характера договора является лексическое построение правовой нормы, дающей его определение.

Так, в случае, если в норме



обязанность стороны выражается глаголом в настоящем времени (передает, осуществляет, выполняет и т.п.) речь, как правило, идет о реальном договоре. Если же в диспозиции нормы содержатся слова (синтагмы) «обязуется», «принимает на себя обязательство», скорее всего в ней дано определение договора консенсуального.

Гражданский кодекс Республики Молдова, давая в ст. 1301 определение договора страхования, оперирует терминами «обязуется уплатить другой стороне» и «берет на себя обязанность при наступлении страхового риска выплатить» [10, ст. 1301].

Подобная законодательная формулировка позволила доктору права Т. Мишиной сделать вывод о консенсуальном характере договора [6, с. 320].

Такое понимание договора страхования подтверждается и позицией профессора Брагинского М.И., полагающего, что в виде общего правила любой договор презюмируется как консенсуальный, а значит, соответственно, реальным он может считаться лишь при наличии прямого указания на этот счет в законе (или ином правовом акте) – *см. об этом, в частности:* [4, с. 396 и след].

Вместе с тем, национальное законодательство содержит ряд правовых норм, которые не позволяют автору согласиться с изложенной выше позицией.

На первый взгляд, оспаривать *консенсуальный* характер договора страхования кажется совершенно бессмысленным.

Ведь часть (1) ст. 1322 ГК РМ четко указывает, что страхователь обязан уплатить страховой взнос лишь после выдачи ему

страхового полиса, а именно страховой полис и является одним из главных подтверждений заключения договора страхования [10, ст. 1322].

Однако, если это так, то возникает обоснованный вопрос: а каковы будут юридические последствия неуплаты страхователем *первого взноса*?

Может ли страховщик обратиться в судебную инстанцию с требованием об обяывании страхователя исполнить принятые обязательства?

Если ответить на этот вопрос положительно, то налицо будет ущемление прав более слабой стороны (страхователя) в угоду имущественным интересам более сильной (страховщика).

Ведь страховщик, в отличие от страхователя, заключив договор и приняв на себя обязательства, тем самым еще не получает какого-либо имущественного убытка, покрытие которого служило бы исполнению встречной обязанности страхователем. Одновременно, страхователь, в случае утраты им интереса в страховании (в том числе и страховании автотранспортных средств по договору автоКАСКО), например, вследствие исчезновения или уменьшения риска причинения вреда, должен оплатить то, что им, со всей очевидностью, получено не будет (так не существует уже самого риска, принятие которого он оплачивает).

Очевидно, что это уже не только ущемляет положение страхователя, но и противоречит самому смыслу договора страхования.

И законодатель, осознавая это, предусматривает в части (2) цитированной статьи, что

если не существует страховой интерес на дату начала страхования либо не возник будущий интерес, страхователь освобождается от обязанности уплаты страхового взноса [10, ст. 1322].

Эти положения подтверждаются и ст. 18 Закона о страховании, часть (1) которой предусматривает, что договор страхования прекращается по соглашению сторон, а также в случае неуплаты страхователем страховой премии своевременно и в установленном размере [11, ст. 18].

В свете этого, профессор Брагинский М.И., уточнял свою позицию, что если страховая премия носит разовый характер, договор страхования признается реальным и соответственно вступающим в силу с момента ее внесения. Иначе говоря, нет страховой премии – нет и самого договора [5, с. 540].

Ad vocem, профессор Серебровский В.И. замечает, что термин «премия» обычно производят от слова – *primo* – прежде: *id est*, уплата премии должна предшествовать заключению страхования [2, с. 511].

Более того, в части (3) данной статьи прямо предусмотрено, что в случае, если договор страхования имущества или договор страхования гражданской ответственности расторгается не по вине страховщика (т.е. в том числе и по причине неуплаты в полном объеме страховых взносов страхователем), *страховщик возвращает страхователю или его наследникам страховую премию за полные месяцы, оставшиеся до истечения срока действия договора, с удержанием суммы реально по-*



несенных расходов на ведение дела в соответствии с классом страхования [11, ст. 18].

Вывод. Следовательно, в случае, если не был внесен даже первый взнос, какой бы то ни было ответственности, кроме утраты юридической силы договора, страхователь не несет.

Наконец, в соответствии с частью (1) ст. 1313 ГК РМ, страхование начинается с момента уплаты страхового взноса или внесения его первого платежа и прекращается в двадцать четыре часа последнего дня установленного для страхования срока, если законом или договором не предусмотрено иное [10, ст. 1313].

Предложение. Проанализировав вышеизложенные нормы, авторы считают, что их содержание позволяет сделать вывод скорее о реальном, нежели о консенсуальном характере договора страхования вообще, и договора в частности, в праве Республики Молдова.

В заключении, авторы должны заметить, что вышеприведенная позиция полностью подтверждается страховой практикой, т.к. подавляющее большинство страховых компаний включает в договор (Специальные условия) страхования условие, согласно которому, *договор страхования (страховой полис) вступает в силу при уплате страховой премии или первого ее взноса* [14]., что уже, бесспорно, указывает на реальный характер данных договоров.

Отнесение страхового договора к числу реальных или, напротив, консенсуальных должно в известной мере предопределять вывод относительно другого деления: на одно- и двусто-

ронные договоры [6, с. 320].

А пропус, отметим, что ч. (3) ст. 666 ГК РМ подразделяет договоры на *односторонние* (т.е. порождающие обязанности только для одной из сторон) и *синаллагматические* [10, ст. 666].

Однако авторы полагают, что подобная классификация договоров, исходя из положений ч. (1) ст. 704 ГК РМ (понятие синаллагматических договоров будет подробно рассмотрено чуть ниже), нарушает логические законы классификации [10, ст. 704].

Так, одностороннему договору, порождающему обязанности только для одной его стороны, должен противопоставляться двусторонний договор, порождающий обязанности для обеих сторон, тогда как *синаллагматический (встречный)* характер обязанностей подлежит выделению в качестве отдельного независимого критерия.

Одновременно, авторы подчеркивают, что именно с учетом данной логической ошибки законодателя следует рассматривать и доктринальную характеристику договора имущественного страхования.

В учебном пособии «Гражданское право: Особенная часть.» магистр права Мишина Татьяна отмечает, что *синаллагматический характер* договора страхования очевиден, поскольку обе его стороны принимают на себя друг перед другом обязанности: страхователь – сообщить сведения об изменении страхового риска, уплачивать страховые взносы, если страховая премия не была уплачена полностью уже при заключении договора, уведомить страхов-

щика о наступлении страхового случая, а страховщик – произвести страховую выплату и т.п. [6, с. 320].

Проанализировав данное утверждение через призму вышеизложенного, авторы приходят к выводу, что в данном случае речь должна идти все же не о синаллагматическом, а именно о *двустороннем (двусторонне-обязывающем) характере договора*, т.к. в перечисленном отсутствует необходимый признак синаллагматичности – встречный характер обязанностей.

Вместе с тем, и сам двусторонний характер договора страхования в литературе ставится под сомнение.

Так, профессор Брагинский М.И., проводя исследование договора страхования, приходит к выводу, что поскольку все права страховщика, кроме права требовать уплаты страховой премии, носят кредиторский характер, в тех случаях, когда страхователь, как это характерно для реального действия страхования, к моменту заключения договора выплатил полностью всю сумму страховой премии, на его стороне уже не остается никаких обязанностей. А это означает, что двусторонним может быть лишь консенсуальный договор страхования [5, с. 549].

Вместе с тем, данную позицию также невозможно признать однозначно верной.

Во-первых, вновь возникает вопрос о встречном характере обязанностей сторон, поскольку встречной к обязанности страхователя уплатить страховую премию является обязанность страховщика принять ее, а не уплатить страховое возмещение.



Во-вторых, авторами упускается из виду ряд таких обязанностей страхователя, как, например, извещение страховщика о других договорах страхования, заключаемых в отношении соответствующего объекта, принятие зависящих от него меры для предотвращения наступления страхового случая или для уменьшения ущерба вследствие его наступления, сообщение страховщику о страховом случае и прочее – [10, п. b), d), e) ч. (1) ст. 1316].

Таким образом, авторы полагают, что договор страхования (в том числе и договор автострахования КАСКО) следует все же относить к категории двусторонних договоров.

Что же касается столь часто затрагиваемого выше синаллагматического характера договора, то согласно части (1) ст. 704 ГК РФ, договор признается синаллагматическим, если каждая из сторон взаимно обязуется таким образом, что обязанность каждой из них является встречной к обязанности другой.

Несмотря на тот факт, что ни ГК РФ, ни Законом о страховании прямо не предусмотрены такие обязанности, порождаемые договором, как, например, *принятие страховой премии (возмещения)*, их существование очевидно, т.к. в случае их невыполнения договор не может существовать, породить юридические последствия и, как следствие, терять свою сущность.

Также нельзя однозначно ответить и на вопрос является ли договор страхования договором с *единовременным* либо *последовательным исполнением*.

Однако в данном случае не-

однозначность вызвана не существующими дискуссиями либо пробелами (коллизиями) в законодательстве, а *диспозитивным характером* соответствующей правовой нормы.

Так, ст. 1323 ГК РФ содержит синтагму «в случае неуплаты одного из периодических страховых взносов, если была установлена плата по частям» [10, ст. 1323].

Очевидно, что данная норма диспозитивно позволяет сторонам самим определить, будет ли страховая премия разбита на периодические платежи – страховые взносы, либо будет уплачена единовременным платежом.

В данном контексте отметим, что практической особенностью договора автострахования КАСКО является отсутствие в договоре стандартного условия о единовременной либо периодической выплате страховой премии (взносов). Как правило, данное условие зависит от выбора страхователя.

Также в научной литературе существуют мнение о необходимости причисления договора страхования к *условным сделкам*, т.к. «страховой договор - это договор условный, зависящий от случая» [3, с. 12].

Так, в частности отмечалось, что право страхователя требовать от страховщика возмещения убытков (уплаты страховой суммы) возникает только с момента наступления страхового случая и *только при условии его наступления*. Тем самым договор страхования приобретает черты условной сделки.

В.И. Серебровский выдвинул два соображения против такого утверждения: «...во-первых, основная обязанность, лежащая

на страхователе, уплата страховой премии не находится в зависимости от какого-либо условия или срока; по общему правилу страхователь должен уплатить премию при самом заключении договора страхования, если не установлены рассрочка или иные сроки. Во-вторых, «наступление предусмотренного в договоре события» есть не случайная, добавочная часть страхового договора, а часть договора существенная, необходимая (*essentiale negotii*)» [2, с. 339].

Еще на одно обстоятельство в этой же связи обратил внимание О.С. Иоффе: «...наступление предусмотренного события приводит только к одному последствию: у страховщика не появляются обязанности уплатить страховое возмещение (страховую сумму). Все же другие последствия, возникшие из установленного обязательства (например, сохранение за страховщиком права на полученные платежи), остаются неприкосновенными» [9, с. 736].

Таким образом, очевидно, что договор страхования условной сделкой не является.

Одновременно, тот факт, что страховой случай представляет собой обстоятельство, относительно которого неизвестно, наступит ли оно или не наступит, и, соответственно, ни страховщик, ни страхователь не имеют возможности определить при заключении договора, принесет ли он в результате имущественную выгоду либо убытки, характеризует рисковый – *алеаторный* – характер данного договора.

Обязанность страховщика произвести страховую выплату реализуется далеко не сразу



и далеко не во всех договорах страхования, а лишь при наступлении страховых случаев. Соответственно, страховщик в одних случаях получает доход на неэквивалентной основе, а, в других, – должен произвести выплату, размеры которой существенно превышают полученное им вознаграждение. В этом и состоит рисковый характер договора страхования [8, с. 501].

Вывод. Подводя итог исследованию признаков договора, можно сделать вывод, что договор имущественного автострахования КАСКО является:

- возмездным;
- реальным;
- двусторонним (синаллагматическим);
- алеаторным;
- с последовательным либо единовременным исполнением.

Библиография:

1. Сосна Б., Варварич И., Кавкалюк А. Обязательное страхование гражданской ответственности за ущерб причиненный автотранспортными средствами. Кишинев, журнал «Бизнес право», № 2, 2008 г., стр. 70-74.; см. также Сосна Б., Попушой К., Тентюк Г. О некоторых проблемах применения страхового законодательства. Кишинев, журнал «Fin Consultant», № 12, 2007 г., стр. 69-77.; см. также Сосна Б. О некоторых вопросах страхования в Республике Молдова. Кишинев, журнал «Закон и жизнь», № 10, 2007 г., стр. 14.; см. также Сосна Б., Сосна А., Попушой К. Правовое регулирование обязательного страхования. Кишинев, журнал «Fin Consultant», № 10, 2007 г.; см. также Фрунза Ю. Укрепление системы страхования гражданской ответственности в Республике Молдо-

ва и зарубежный опыт. Кишинэу, revista „Legea și viața”, № 2, 2014 а., 52-58 р.

2. Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 2003. – 558 с. (Классика российской цивилистики.)

3. Степанов И.И. Опыт теории страхового дела. Казань, 1875.

4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 1999. – 848 С.

5. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. изд. 4-е, стереотип.. М., «Статут», 2004. - 1038 С.

6. Кибак Г., Мишина Т., Цонова И. Гражданское Право. Особенная часть. – изд. 5-е, перераб. и дополн., Кишинэу, СЕР USM, 2009. – 483 С.

7. Гражданское право. В 4х томах. / под. ред. Суханова Е. А., изд. 3е, М. WotersKluwer, 2007

8. Гражданское право. Учебник. / под ред. А.П.Сергеева, Ю.К.Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. - М.: Проспект, 2005. т1 - 765с., т2 - 848с., т3 - 784с.

9. Иоффе О.С. Обязательственное право. – М., 1975.

10. Гражданский кодекс Республики Молдова, утвержден Законом N 1107-XV от 06.06.2002 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova N 82-86 от 22.06.2002 ст. 661, введен в действие Законом о введении в действие Гражданского кодекса Республики Молдова N 1125-XV от 13.06.2002 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova N 111-115 от 12.06.2003: ст. 453

11. Закон о страховании N 407-XVI от 21.12.2006 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova N 47-49 от 06.04.2007: ст. 213

12. Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ и часть третья от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ, Собрание законодательства РФ, 03.12.2001, N 49, ст. 4552.

13. Специальные условия страхования SIA «Moldasig» SRL.

14. Образцы договоров страхо-

вания и Условий страхования компаний: SIA «Moldasig» SRL, «Asito» SA, «Euroasig» SRL, «Donaris-Grup» SA, «Grawe-Carat» SA и др.

15. http://askrate.spb.ru/about_kasko/

16. http://www.task.by/corporate/transport/strahovanie_kasko/

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОСОБЕННОСТЕЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ПРИ ИСПОЛНЕНИИ НЕКОТОРЫХ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

А. СОСНА,

доктор права, преподаватель юридического факультета Государственного Университета Молдовы, ст. научный сотрудник Института юридических и политических исследований АНМ.

Д. ФАКИРОВ,

магистр права

В. САНДУ,

магистр права, выпускник Национального института юстиции

SUMMARY

Relevance of the material presented is evident from the perspective of improving the legal regulation peculiarities arising from the execution of court decisions requiring the debtor to perform certain actions not related to the transfer of money or property, and / or oblige debtors to refrain from certain actions.

Authors logically come to some important conclusions, identify conflicts in the current legislation and the proposed supplement existing regulations.

Keywords: court decisions, money, debtors, the obligation of the debtor, the court, the writ of execution fee.

Актуальность представленного материала является очевидной, с точки зрения совершенствования правового регулирования особенностей, возникающих при исполнении судебных решений, обязывающих должников к совершению определенных действий, не связанных с передачей денежных сумм или имущества и/или обязывающих должников воздержаться от совершения определенных действий.

Авторы логично приходят к некоторым важным выводам, выявляют коллизии в действующем законодательстве и предлагают дополнения к действующим нормам.

Ключевые слова: судебные решения, денежные суммы, должники, обязанность должника, судебная инстанция, исполнительный лист, гонорар.

Целью и актуальностью данных исследований служат требования по совершенствованию действующего законодательства.

Принудительное исполнение судебных решений, обязывающих должников к совершению определенных действий, не связанных с передачей денежных сумм или имущества и/или обязывающих должников воздержаться от совершения определенных действий, производится на основании исполнительных листов.

Постановка проблемы. Согласно части (1) ст. 12 Исполнительного кодекса Республики Молдова (далее – ИК РМ) № 443-XV от 24.12.2004 года (в редакции закона РМ № 143 от 02.07.2010 года) исполнительный лист выдается взыскателю по его заявлению первой инстанцией после обретения решением суда окончательного характера [1].

Согласно части (1) ст. 254 Гражданского процессуального кодекса Республики Молдова (далее – ГПК РМ) № 225-XV от 30.05.2003 года [2] считаются окончательными судебные решения, вынесенные в первой инстанции, обжалованные в апелляционном порядке, после рассмотрения дела в апелляционной инстанции.

Согласно части (1) ст. 12 ИК

РМ в случаях, предусмотренных ст. 256 ГПК РМ, а также в случае, когда судебной инстанцией постановлено немедленное исполнение, исполнительный лист выдается незамедлительно.

Согласно ст. 31 закона РМ «Об административном суде» № 793-XIV от 10.02.2000 года решение административного суда является исполнительным листом [3].

Изложение основного материала. Сроки предъявления исполнительных документов к исполнению установлены ст. 16 ИК РМ.

Исполнительный лист может быть предъявлен к исполнению в течение трех лет после обретения судебным решением, на основании которого он был выдан, окончательного характера, если законом не предусмотрено иное.



Исполнительный документ о взыскании периодических платежей сохраняет свою силу в течение всего периода, на протяжении которого должны осуществляться платежи. Срок, установленный в части (1) настоящей статьи, применяется к каждому из периодических платежей в отдельности, а его течение начинается со дня наступления срока каждого платежа.

Судебные решения по административным делам предъявляются к исполнению в 30-дневный срок со дня истечения срока их добровольного исполнения, установленного законом или судебной инстанцией.

Решения по делам о правонарушениях предъявляются к исполнению в сроки, установленные Кодексом о правонарушениях Республики Молдова (далее – КоП РМ), если законом не предусмотрено иное.

Сроки предъявления исполнительных документов определяются в соответствии со ст. 111 ГПК РМ.

Согласно части (1) ст. 15 ИК РМ исполнительный документ предъявляется к исполнению взыскателем.

Согласно части (1) ст. 15 ИК РМ судебная инстанция по своей инициативе предъявляет к исполнению исполнительный лист по следующим делам:

- а) о конфискации имущества;
- б) о взыскании денежных сумм в доход государства;
- в) о взыскании денежных сумм с государства, государственных и муниципальных предприятий, коммерческих обществ с преимущественно государственным капиталом;
- г) о взыскании алиментов;
- д) о взыскании денежных сумм в счет возмещения вреда,

причиненного нанесением телесных повреждений или иным повреждением здоровья, а также смертью, если возмещение осуществлялось в виде периодических денежных выплат;

е¹) о возмещении вреда, причиненного нарушением права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного решения в разумный срок;

е²) о возмещении ущерба, причиненного незаконными действиями органов уголовного преследования, прокуратуры и судебных инстанций;

ф) о восстановлении на работе и о взыскании средней заработной платы за весь период вынужденного отсутствия на работе;

г) о взыскании пособий по временной нетрудоспособности и иных выплат социального страхования, предусмотренных законом.

Согласно части (1) ст. 32 закона РМ «Об административном суде» административный суд, вынесший решение по существу, в трехдневный срок со дня вступления решения в законную силу направляет его копии ответчику для исполнения и судебной инстанции общей юрисдикции по месту нахождения ответчика для осуществления контроля за его исполнением, а при необходимости - для его принудительного исполнения.

Таким образом, имеется противоречие между частью (2) ст. 15 ИК РМ и частью (2) ст. 32 закона РМ «Об административном суде», которое должен устранить законодатель.

Порядок исполнения судебных решений, обязывающих должников к совершению действий, не связанных с передачей

денежных сумм или имущества и/или обязывающих должников воздержаться от совершения определенных действий, установлен ст.ст. 147-154 ИК РМ.

Размер гонорара судебного исполнителя за исполнение таких судебных решений (назовем их решениями неимущественного характера) установлен Приложением к ИК РМ.

Расходы по исполнению таких решений установлены ст.ст. 36 и 37 ИК РМ.

Согласно части (1) ст. 36 ИК РМ расходы по исполнению состоят из сборов за совершение актов судебного исполнителя, издержек исполнительного производства и гонорара судебного исполнителя.

Согласно части (1) ст. 37 ИК РМ сборами за совершение актов судебного исполнителя являются денежные суммы, размер которых устанавливается Правительством, уплачиваемые взыскателем или стороной, запросившей совершение этих актов, за все акты, совершенные судебным исполнителем по собственной инициативе или по заявлению сторон исполнительного производства.

Согласно части (2) ст. 37 ИК РМ к издержкам исполнительного производства, порядок определения размера которых устанавливается Правительством, относятся расходы на:

- а) перевозку, хранение и реализацию имущества должника;
- б) принудительное открытие и закрытие помещений, перемещение или удаление ограждений;
- в) оплату работы специалистов, экспертов, понятых и иных лиц, привлеченных к исполнительному производству в соответствии с законом;

d) проезды судебного исполнителя, осуществляемые в рамках исполнительного производства;

e) розыск должника и его имущества;

f) перевод (отправку) взысканных сумм;

g) передачу или вручение определений, уведомлений, телеграмм и т.п.;

h) обеспечение принудительного привода должника;

i) организацию и проведение аукциона;

j) банковские комиссионные за перевод и конвертирование денежных средств;

к) выдачу копий и дубликатов процессуальных актов;

l) сообщение актов судебного исполнителя.

Размеры сборов за совершение актов судебного исполнителя и издержек исполнительного производства установлены постановлением Правительства РМ № 886 от 23.09.2010 года «Об утверждении Положения о порядке определения размера сборов за совершение актов судебного исполнителя и издержек исполнительного производства» [4].

Согласно части (2) ст. 36 ИК РМ плательщиками сборов за совершение актов судебного исполнителя и издержек исполнительного производства являются в солидарном порядке взыскатель и должник исполнительного производства, если законом не предусмотрено иное. В случае, если взыскатель авансировал в полном объеме расходы по исполнению, плательщиком расходов становится должник исполнительного производства.

Согласно части (3) ст. 36 ИК РМ сторона, запрашивающая совершение акта судебного испол-

нителя или действия в рамках исполнительного производства, обязана авансировать оплату сборов за их совершение и необходимые в этих целях издержки исполнительного производства. По актам или действиям, о которых распорядился судебный исполнитель и которые он совершил по собственной инициативе, расходы авансируются взыскателем.

Судебные решения неимущественного характера можно подразделить на решения:

1. о выселении из жилых помещений;

2. о вселении в жилое помещение;

3. об освобождении нежилых помещений;

4. о восстановлении на работе;

5. об устранении препятствий, не связанных с лишением владения, ст. 376 ГК РМ;

6. о невключении в счета на оплату коммунальных и других сумм, во взыскании которых отказано вступившим в законную силу решением судебных инстанций;

7. о приеме в эксплуатацию гаражей и др. объектов недвижимости;

8. о безвозмездной передаче в собственность приусадебных земельных участков.

Исполнение судебных решений о выселении регулируется ст.ст. 147-149 ИК РМ. Общие правила выселения из жилых помещений установлены ст. 147 ИК РМ.

Выселение состоит в освобождении жилой площади (помещения), указанной в исполнительном документе, указанными в нем лицами вместе с принадлежащим им имуществом.

В случае, если должник не

освобождает добровольно жилую площадь (помещение), указанную в исполнительном документе, судебный исполнитель осуществляет выселение в принудительном порядке.

Судебный исполнитель сообщает должнику дату и время выселения в принудительном порядке, однако неявка последнего не является препятствием для исполнения исполнительного документа.

Выселению в принудительном порядке подлежат все лица, указанные в исполнительном документе, вместе с принадлежащим им имуществом или, если выселение осуществляется из помещения, имеющего иное, нежели жилое, назначение, – с имуществом, находящимся в помещении.

В случае, если исполнительный документ предусматривает передачу обремененного ипотекой имущества, а должник отказывается от его добровольного освобождения, судебный исполнитель выселяет в принудительном порядке как должника, так и лиц, проживающих вместе с ним.

Если подлежащее выселению лицо скрывается или не разрешает судебному исполнителю войти в занимаемое им помещение либо совершает другие действия, препятствующие исполнению исполнительного документа, выселение производится путем принудительного проникновения в помещение в присутствии двух понятых, а в случае необходимости – и при участии сотрудников органа внутренних дел или представителей органа местного публичного управления.

При наличии обстоятельств, препятствующих выселению,



судебный исполнитель откладывает выселение и в случае необходимости вносит в судебную инстанцию представление о разъяснении способа и порядка исполнения, проинформировав об этом взыскателя.

Выселение в принудительном порядке оформляется судебным исполнителем протоколом о выселении и передаче помещения взыскателю. Протокол подписывается им и присутствующими при выселении лицами.

Вывод. В статьях 147-149 ИК РМ не указано, какой срок судебный исполнитель обязан предоставить должнику для добровольного исполнения решения о выселении.

Предложение. Полагаем, что в данном случае должен применяться 10-дневный срок, установленный частью (1) 152 ИК РМ, т.к. решение о выселении относится к решениям неимущественного характера. Следует учесть, что часть (3) ст. 60 ИК РМ обязывает судебного исполнителя предоставить должнику 15-дневный срок для добровольного исполнения решений имущественного характера.

Учитывая, что выселение связано с перевозкой вещей и требует больше времени, чем исполнение решений имущественного характера, следовало бы установить 30-дневный срок для добровольного исполнения решений о выселении.

Выселение физических лиц без предоставления других жилых помещений производится на основании окончательных судебных решений.

Выселение нанимателей и членов их семей без предоставления других жилых помещений допускается в случаях, предусмотренных ст.ст. 102-104, 109,

113, 131 Жилищного кодекса Республики Молдова (далее – ЖК РМ), утвержденного законом МССР от 3 июня 1983 года[5].

Исполнение решений о выселении из жилых помещений без предоставления других жилых помещений регулируется ст. 149 ИК РМ.

Согласно части (1) ст. 149 ИК РМ в случае если должник не освобождает добровольно жилую площадь (помещение), указанную в исполнительном документе, судебный исполнитель устанавливает дату и время принудительного исполнения и обязывает должника сообщить место, куда должно быть перемещено его имущество.

Согласно части (2) ст. 149 ИК РМ если должник не исполняет свою обязанность изыскать помещение для перемещения имущества или отказывается принимать участие в выселении либо если лицо, указанное должником, отказывается принять его имущество, судебный исполнитель составляет протокол, в который включается все находящееся в помещении имущество, и передает это имущество на хранение взыскателю или другому лицу, определенному судебным исполнителем. По истечении 3 месяцев со дня передачи имущества на хранение оно может быть продано судебным исполнителем в установленном настоящим кодексом порядке. Вырученная сумма используется для возмещения расходов по исполнению и хранению, а остаток вносится на счет судебного исполнителя с правом востребования его должником.

Выселение нанимателей с предоставлением другого жилого помещения производится в случаях, предусмотренных ст.ст.

95-101 и частью (2) ст. 104 ЖК РМ, на основании окончательного судебного решения.

Исполнение таких решений регулируется ст. 148 ИК РМ.

Выселение должника с предоставлением другой жилой площади (другого помещения) производится только после предоставления ему жилой площади (помещения).

Если в исполнительном документе указана необходимость предоставить должнику другую жилую площадь (другое помещение), судебный исполнитель обращается в орган, который обязан предоставить жилую площадь (помещение), с предложением исполнить решение и с предоставлением ему для этого конкретного срока, который не может превышать 6 месяцев. В случае непредоставления жилой площади (помещения) в установленный срок судебный исполнитель составляет протокол и направляет соответствующие документы в судебную инстанцию, вынесшую решение. Судебная инстанция рассматривает представленные судебным исполнителем документы и выносит, в зависимости от обстоятельств, определение о:

а) наложении на органы, обязанные предоставить другую жилую площадь (другое помещение), предусмотренных законом санкций;

б) обращении в орган уголовного преследования;

в) разъяснении способа и порядка исполнения решения.

Если осуществляется выселение с предоставлением другой жилой площади (другого помещения), а должник отказывается принимать участие в выселении, судебный исполнитель в присутствии понятых перемещает



имущество с производством при этом его описи в предоставленное помещение и опечатывает его. Судебный исполнитель не несет ответственности за сохранность имущества должника.

Исполнение решений о вселении регулируется ст. 150 ИК РМ.

Вселение на жилую площадь (в помещение) состоит в обеспечении судебным исполнителем взыскателю доступа к жилой площади (помещению), указанной в исполнительном документе, и свободного пользования ею. Должнику разъясняется, что он обязан не чинить взыскателю препятствий в доступе и пользовании жилой площадью (помещением). При исполнении исполнительных документов о вселении на жилую площадь (в помещение) применяются положения части (6) статьи 147 настоящего кодекса.

Исполнительный документ считается исполненным, лишь если взыскателю обеспечена возможность ежедневно свободно пользоваться соответствующей жилой площадью (помещением).

Исполнительное производство может быть возобновлено на протяжении течения срока давности, если должник чинит препятствия взыскателю в доступе на жилую площадь (в помещение) и пользовании ею. В этом случае к должнику могут применяться и предусмотренные законодательством санкции.

Исполнение решений о переселении на другую жилую площадь осуществляется по правилам, установленным ст.ст. 147-150 ИК РМ. Размеры гонораров судебного исполнителя составляют:

1. за исполнение решений о

выселении – 200 условных единиц при выселении физических лиц и 300 условных единиц при выселении юридических лиц (пункт 1 Приложения к ИК РМ - Размер гонорара судебных исполнителей за исполнение исполнительных документов не денежного характера);

2. за решения о вселении, принудительном обмене - 200 условных единиц независимо от того, является должник физическим или юридическим лицом (пункт 2 Приложения в ИК РМ).

Исполнение решений, обязывающих должника к совершению определенных действий, не связанных с передачей денежных сумм или имущества, регулируется ст.ст. 152-154 ИК РМ.

Согласно части (1) ст. 152 ИК РМ при исполнении решения, которым должник обязывается совершить определенные действия, не связанные с передачей денежных сумм или имущества, судебный исполнитель предупреждает должника об исполнении обязательства не позднее чем в 10-дневный срок со дня получения предупреждения, если решением не предусмотрено иное.

Согласно части (2) ст. 152 ИК РМ в случае неисполнения должником решения взыскатель под контролем судебного исполнителя вправе совершить предусмотренные в решении действия за счет должника. Судебный исполнитель составляет об этом протокол.

Согласно части (3) ст. 152 ИК РМ если совершение взыскателем предусмотренных в решении действий невозможно и должник отказывается исполнить решение, судебный исполнитель составляет протокол и направляет судебной инстанции, вынесшей решение, представле-

ние об определении способа исполнения решения и наложении на должника санкции.

Если взыскатель не может совершить указанные в решении действия, а должник отказывается исполнить решение, судебный исполнитель составляет протокол о правонарушении, предусмотренном ст. 318 КоП РМ № 218-XVI от 24 октября 2008 года [6].

Протокол о правонарушении составляется в соответствии со ст.ст. 442 и 443 КоП РМ и направляется суду первой инстанции, который применяет административное наказание, предусмотренное ст. 318 КоП РМ.

Гонорар судебного исполнителя за исполнение решений, обязывающих должника к совершению определенных действий, составляет 200 условных единиц (4000 лей).

Например, суд Рышкань мун. Кишинев решением от 14.12.2009 года (дело № 2-5674/09) обязал организацию, управляющую жилым фондом, не включать в квитанции на оплату коммунальных услуг 8595 лей 59 бань, во взыскании которой было отказано в связи с пропуском срока исковой давности решением суда Рышкань от 10.01.2007 года дело № 2-5116/06.

Организация, управляющая жилым фондом, длительное время уклонялась от исполнения этого решения. Ф. обратился к судебному исполнителю, который определением от 05.04.2013 года № 005-349/12 взыскал с организации, управляющей жилым фондом, 4000 гонорара и 520 лей расходов по исполнению.

Следует отметить, что в соответствии с частью (1) ст. 345 Трудового кодекса Республики Молдова (далее - ТК РМ) мате-



риальный ущерб, причиненный предприятию по вине его руководителя, возмещается с соблюдением правил, предусмотренных ТК РМ и иными действующими нормативными актами.

Согласно части (2) ст. 345 ТК РМ вопрос о необходимости возмещения материального ущерба руководителем предприятия решается собственником предприятия. Собственник предприятия вправе взыскать сумму причиненного материального ущерба с руководителя предприятия только на основании решения (определения) судебной инстанции.

При этом согласно части (1) ст. 262 ТК РМ руководитель предприятия несет полную материальную ответственность за прямой действительный ущерб, причиненный предприятию, согласно ТК РМ и другим нормативным актам [7].

Таким образом, неисполнение юридическим лицом судебного решения, обязывающего должника совершить определенное действие, неденежного характера, влечет административную ответственность, установленную ст. 318 КоП РМ, и обязанность юридического лица уплатить судебному исполнителю гонорар в размере 4000 лей и расходы по исполнению, и обязанность физического лица возместить юридическому лицу ущерб в виде гонорара судебного исполнителя и расходов по исполнению.

Вывод. Практика свидетельствует, что органы местного публичного управления довольно часто уклоняются от исполнения судебных решений, а судебные исполнители уклоняются от применения к этим органам установленных ст. 318 КоП РМ санкций.

Предложение. По нашему

мнению, следует установить административную ответственность судебных исполнителей за уклонение от составления протоколов о правонарушениях.

Исполнение судебных решений о восстановлении незаконно уволенных или переведенных на другую работу работников регулируется ст.ст. 89 и 90 ТК РМ, частью (2) ст. 256 ГПК РМ и ст. 153 ИК РМ.

Согласно части (2) ст. 256 ГПК РМ немедленному исполнению подлежит судебное решение о восстановлении на работе незаконно уволенного или переведенного работника.

Согласно части (1) ст. 153 ИК РМ в случае неисполнения администрацией или коллегиальным органом организации судебного решения о восстановлении работника на работе судебная инстанция, на основании протокола о констатации, составленного судебным исполнителем, налагает на должностное лицо или, в зависимости от обстоятельств, на членов коллегиального органа, на которых возложена обязанность исполнения решения, санкцию, установленную КоАП РМ. В этом случае судебный исполнитель устанавливает другой срок исполнения.

Неисполнение решения суда о восстановлении на работе влечет административную ответственность, установленную ст. 318 КоП РМ. Кроме того, судебный исполнитель взыскивает с должника расходы по исполнению и гонорар судебного исполнителя в размере 4000 лей (пункт 9 Приложения к ИК РМ).

Согласно части (2) ст. 153 ИК РМ по заявлению взыскателя судебная инстанция выносит определение о выплате работнику средней заработной платы

или разницы в заработной плате за весь период времени со дня вынесения решения и до дня его исполнения.

Согласно части (2) ст. 153 ИК РМ судебное решение о восстановлении на работе заменяет решение коллегиального органа в случае, когда таковое необходимо, либо внутренние процедуры назначения или приема на работу и служит для исполнительного органа основанием для вынесения соответствующего приказа.

Исполнение решений об определении места жительства ребенка регулируется ст. 155 ИК РМ.

В случае, если должник не передает добровольно взыскателю денежные суммы или имущество, указанные в исполнительном документе, судебный исполнитель производит изъятие этих сумм или имущества у должника и передает их взыскателю.

При изъятии денежных сумм или имущества судебный исполнитель может прибегнуть к любой из мер, предусмотренных ИК РМ.

Список литературы:

1. Официальный монитор РМ № 160-162 от 07.09.2010 г.
2. Официальный монитор РМ № 130-134 от 21.06.2013 г.
3. Официальный монитор РМ. Специальный выпуск от 03.10.2006 г.
4. Официальный монитор РМ № 191-193 от 01.10.2010 г.
5. Ведомости МССР, 1983 г., № 6, ст. 40
6. Официальный монитор РМ № 3-6 от 16 января 2009 г.
7. Официальный монитор РМ № 15-162 от 29.07.2003 г.



СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННЫХ НОРМ В ИНСТИТУТЕ СВОБОДЫ ПЕРЕДВИЖЕНИЯ

НОВРУЗОВ Вугар Шахмар Оглы,

доктор права

ГУМБАТОВ Эльнур Акиф Оглы,

Санкт-петербургский государственный университет, юридический факультет, аспирант 3 курса
кафедры теории и истории государства и права

SUMMARY

The article is devoted to study the freedom of movement as a law institute. It says that institute of freedom of movement includes norms from different branches of law. The principal are international legal norms and constitutional legal norms. Special attention is given to the relation between these norms from the standpoint of legal force.

Keywords: the freedom of movement, the institute of freedom of movement, international legal norms, constitutional legal norms.

Статья посвящена анализу свободы передвижения как правового института. Авторы подчеркивают, что институту свободы передвижения присущ межотраслевой характер, т.е. он включает в себя нормы самой различной отраслевой принадлежности. При этом нормативное ядро рассматриваемого института образуют международно-правовые и конституционно-правовые нормы. Особое внимание авторы уделяют анализу соотношения между этими нормами с точки зрения их юридической силы.

Ключевые слова: свобода передвижения, институт свободы передвижения, международно-правовые и конституционно-правовые нормы.

Постановка проблемы. С научной точки зрения свобода передвижения является правовым институтом, которому, как и всем правовым институтам, присущи комплексность, интегративность, и межотраслевой характер. Объективная потребность в признании и защите свободы передвижения, естественно присущей всякому человеку, требует закрепления данного права в общеобязательных нормах, причем, учитывая универсальный характер соответствующего субъективного права, указанные нормы входят в состав не только внутригосударственного, но и международного права. В этой связи приобретает особое значение проблема соотношения внутригосударственных и международно-правовых норм в институте свободы передвижения.

Актуальность темы. Институт свободы передвижения является сегодня весьма актуальным и важным для современного человека и гражданина. Это подтверждается тем, что между демократией, предполагающей в числе прочего приоритет прав и свобод человека, и свободой передвижения, принадлежащей каждому человеку, существует тесная связь. В са-

мом деле, построение открытого гражданского общества, основанного на свободе всех его членов, невозможно без признания и последовательной реализации свободы передвижения, которая, как представляется, принадлежит, наряду с правом частной собственности, к числу краеугольных камней, на которых базируется демократия и свобода в современном мире.

Институт свободы передвижения включает в себя нормы самой различной отраслевой принадлежности. При этом нормативное ядро рассматриваемого института образуют международно-правовые и конституционно-правовые нормы. В данной связи возникает вопрос об их соотношении по юридической силе, в настоящее время не имеющий вполне удовлетворительного решения.

Целью данной публикации является изучение и анализ соотношения международно-правовых и внутригосударственных норм в институте свободы передвижения.

Изложение основного материала. Свобода передвижения как субъективное право зарождается в России еще в средние века, генетически коренясь в той естественной свободе, которой человек обладает как биосоциальное существо, но формирование и



развитие соответствующего института объективного права происходило замедленными темпами.

Это обусловлено действием целого ряда социально-экономических и политико-правовых факторов, тормозивших эволюцию нормативного компонента права на свободу передвижения. К числу таких факторов следует отнести, во-первых, характерное для всего восточноевропейского региона длительное господство феодально-крепостнических отношений, окончательно вытесненных капиталистическим укладом с присущей тому мобильностью (как вертикальной, так и горизонтальной) членов общества лишь к концу XIX в [1].

Вторым фактором, негативно влиявшим на развитие института свободы передвижения в российском законодательстве, являлось политическое устройство российского государства, в котором слабые демократические тенденции, присущие вечевым институтам торговых республик Северо-Западной Руси (Новгородской и Псковской) [2], были, в процессе формирования абсолютистской государственности, практически полностью подавлены и вытеснены авторитарно-бюрократической системой, подчинившей себе общественную жизнь во всех ее проявлениях [3]. Как следствие, любые попытки тех или иных индивидов и социальных групп реализовать принадлежащую им естественную свободу передвижения (например, казачьи движения, достигшие своей наивысшей точки в XVI – XVII вв. и приведшие в конечном итоге к образованию казачьих государств в южном и юго-западном приграничьи Рос-

сии [4]), сталкиваясь с установленными на законодательном уровне запретами, вытеснялись в сферу недозволенного поведения, что влекло за собой маргинализацию как самого соответствующего поведения, так и его носителей [5].

Наконец, третьим фактором, тесно связанным с двумя предыдущими и в значительной мере обусловленным ими, явился правовой нигилизм [6], присущий традиционному российскому обществу и вытекавший из высокого уровня существовавшей в нем социальной и политической несвободы [7]. В этой связи нельзя не согласиться с точкой зрения А.Э. Чернокова, по словам которого: «Постоянное давление государственной власти на различные социальные группы, их частичная или полная маргинализация могли привести только к формированию негативного образа права, исходящего от официальных учреждений. Карательная составляющая формирующейся (в XVIII веке, – Э.Г.) новой правовой системы объективно не способствовала росту правосознания и укреплению законности» [8].

Такое нигилистическое отношение к праву (в том числе и к праву на свободу передвижения) на субъективно-правовом уровне не могло не порождать различного рода злоупотребления им, что, в свою очередь, вызывало ответную реакцию со стороны государства, вводившего все новые и новые запреты. Кроме того, неразвитость российского правосознания не способствовала возникновению совокупности общих норм, которые бы закрепляли в себе единое и равное для всех право на свободу передвижения. Вместо этого, как

мы видели, долгое время существовало множество правовых привилегий, ставивших возможность свободно передвигаться в прямую зависимость от сословного положения лица.

Указанная особенность традиционного российского правосознания была отмечена, в частности, Б.Н. Мироновым, по словам которого: «Понятие общей, абстрактной, формально выраженной правовой нормы ... было развито весьма слабо: такое понятие противоречило чувству конкретного, характерному для неграмотных и малограмотных людей. Каждый случай имел свое обоснование и специфику, и невозможно было подобрать к нему готовое решение. Поэтому абстрактные, оторванные от конкретных условий правила и принципы, ... не применялись» [9].

В результате институт права на свободу передвижения в российском законодательстве складывается лишь к началу XX столетия, причем его дальнейшее развитие было прервано событиями 1917 года и установлением в Советском Союзе тоталитарной диктатуры, лишь на словах признававшей наличие у советских граждан права на свободу передвижения, а в реальности полностью отрицавшей его. Поэтому оформление института права на свободу передвижения становится возможным только с падением Советского Союза и возникновением в Российской Федерации социальных, экономических, политических и юридических предпосылок для перехода от тоталитаризма к демократии. Такие предпосылки были заложены в первую очередь Конституцией Российской Федерации 1993 года, провозгласившей в п. 1 ст. 1



Конституции России правовым, демократическим, федеративным государством с республиканской формой правления [10].

Не вызывает сомнения наличие тесной связи, существующей между демократией, предполагающей в числе прочего приоритет прав и свобод человека (ст. 2 Конституции РФ), и свободой передвижения, принадлежащей каждому человеку [11]. В самом деле, построение открытого гражданского общества, основанного на свободе всех его членов, невозможно без признания и последовательной реализации свободы передвижения, которая, как представляется, принадлежит, наряду с правом частной собственности, к числу краеугольных камней, на которых базируется демократия и свобода в современном мире.

Между тем указанное обстоятельство не получило надлежащего освещения в юридической и социально-философской литературе, справедливо подчеркивающей значение частной собственности как средства обеспечения человеческой свободы, но при этом упускающей из виду второе основополагающее ее проявление, выражающееся в возможности свободно, по собственной воле и без каких-либо ограничений перемещаться в пространстве. Так, по словам В.А. Четвернина: «Свобода и собственность – в сущности одно и то же. Свобода человека возможна только в обществе, в котором сложился институт собственности, т.е. такой порядок отношений, при котором ресурсы жизнедеятельности присваиваются, ... господство права, доминирование социальных институтов правового типа возможно только там, где примерно 2/3 членов общества

способны обеспечивать себе благополучие (по стандартам данного общества) по правилам правовой свободы, и примерно половина из них владеет объектами собственности, доходы от которых позволяют не работать по найму» [12].

Между тем в России право частной собственности получило развитие достаточно поздно: так, согласно широко распространенному мнению, сама соответствующая категория впервые появляется лишь во второй половине XVIII в. [13], а именно в «Наказе» Екатерины II, датированном 1767 г. [14]. Однако и впоследствии данное право не имело надлежащих правовых гарантий, не будучи снабжено практически никакой защиты от произвольного вмешательства со стороны государства.

Не случайно Р. Пайпс, давший в своих работах развернутый и обстоятельный анализ причин кардинального расхождения путей цивилизационного развития России и Западной Европы, пишет, что «никакое другое отдельно взятое обстоятельство из тех, что воздействовали на ход российской истории, не дает лучшего объяснения, почему политическое и экономическое развитие страны уклонилось от пути, которым следовала Европа, ибо это означало, что в эпоху абсолютизма в России, в отличие от большинства западноевропейских стран, не оказалось частной собственности, способной послужить преградой монаршей власти» [15]. Аналогичную точку зрения высказывает и А.Э. Черников, по словам которого: «Только обладание реальным имуществом ставило человека в менее зависимое положение перед властью по сравнению с не-

собственниками. Полноправных собственников, свободно распоряжавшихся своим имуществом, было (в России, – Э. Г.) не так уж много» [16].

Процитированные высказывания не вызывают существенных замечаний. Вместе с тем хотелось бы добавить, что одна лишь частная собственность, при всей ее важности, не является достаточной гарантией свободы человека в обществе. В самом деле, свободным (в том числе с формально-юридической точки зрения) лицо может считаться лишь постольку, поскольку оно обладает гарантированной юридически возможностью свободного перемещения. Рискнем предположить, что частная собственность, даже логически, сама по себе не создает с необходимостью потребности человека в свободе перемещения. Скорее она привязывает собственника к занимаемому ею месту, создавая в сознании лица, являющегося собственником, психологическую и культурную оппозицию «своего – чужого», где «свое» соотносится с местом, занимаемым собственником в пространстве [17]. В справедливости сказанного можно убедиться уже на примере животных, метящих «свою» территорию, охраняя ее от вторжений извне [18].

С учетом всего сказанного можно сделать вывод о том, что право на свободу передвижения, наряду с правом частной собственности, принадлежит к числу тех фундаментальных оснований, на которых зиждется человеческая свобода, в том числе свобода в социальной жизни. Не случайно право на свободу передвижения, относящееся к числу так называемых естественных (или личных) прав и свобод чело-



века [19], получило свое признание не только в конституционно-правовых нормах внутригосударственного российского права (ст. 27 Конституции РФ) [20], но и в нормах международного права, где данное право «закрепляется во всех основных международно-правовых актах, посвященных правам человека» [21].

Данное обстоятельство, в свою очередь, ставит проблему отраслевой принадлежности правового института права на свободу передвижения и соотношения в нем различных правовых норм. При этом под институтом права на свободу передвижения имеется в виду упорядоченную совокупность взаимосвязанных юридических норм, регулирующих правоотношения, возникающие в процессе реализации субъектами принадлежащего им права на свободу передвижения. Сформулированное определение в целом вытекает из общетеоретической трактовки категории правового института, под которым традиционно принято понимать «объективно обособившееся внутри одной отрасли или нескольких отраслей права совокупность взаимосвязанных юридических норм, регулирующих небольшую группу видовых родственных отношений» [22].

Следует, впрочем, оговориться, что вопрос об объективном характере правовых институтов (равно как и других структурных подразделений в рамках системы права вообще и российского права в частности) отнесен в теоретико-правовой литературе к числу дискуссионных и имеет далеко не столь однозначное решение, как может показаться на первый взгляд. Определенной поддержкой среди теоретиков пользуется и другая точка зре-

ния (высказанная впервые В.К. Райхером) [23], согласно которой система права и ее институты представляет собой чисто доктринальное обобщение нормативного материала, используемое исключительно с научными целями.

Так, по словам А. В. Мицкевича, юридическая конструкция система отраслей права [24] «служит прежде всего основой изучения *закономерной для данного общества структуры права*, причем структуры его содержания, абстрактно сформулированных правовых норм, а не воспроизведения текста нормативных актов законодательства... Поэтому понятие “система права” и у нас, и за рубежом есть не что иное, как доктринальная *научная категория*, которой должна следовать (но далеко не всегда следует) *законотворческая практика и система законодательства*» [25].

Представляется, что в целом ряде аспектов с высказанной точкой зрения вполне можно согласиться. В частности, это касается нетождественности понятий «система права» и «система законодательства», в свою очередь, логически вытекающей из нетождественности феноменов объективного права как нормативного регулятора поведения и позитивного права, являющегося одним из исторически сложившихся способов внешнего выражения и закрепления существующих в обществе норм [26]. Однако столь же очевидно, что и юридическая наука, доктрина, также представляет собой лишь один из возможных способов закрепления юридических норм, система которых существует объективно и выступает одним из проявлений системности, присущей само-

му обществу как упорядоченной совокупности различного рода социальных субъектов (людей, их коллективов, организаций и т.п.) и связей между ними [27]. Следовательно, и регулирующие данные отношения юридические нормы, как справедливо отмечает Ж.- Л. Бертельс, «это не нормы, оторванные и не зависящие друг от друга. Они взаимодействуют друг с другом в определенном порядке, группируются, образуют свою иерархию» [28].

Иными словами, в основе организации правовых институтов (включая и институт свободы передвижения) лежат те многообразные и взаимно обуславливающие друг друга социальные связи, которые складываются, развиваются и видоизменяются в обществе в процессе его исторического развития. Благодаря этому как само право в объективном смысле, так и все его институты представляют собой не хаотичный набор различных норм, закрепленных в разновременные принятых в законах и иных источниках, а органическое единство, целостность которого вполне сопоставимо с целостностью живых организмов [29].

Свидетельством такой органической целостности является присущее системе объективного права свойство равновесности, означающей, по словам С.С. Алексеева, «нацеленность права на то, чтобы утвердить в жизни людей принцип эквивалентности, равного несения при равных условиях бремени ответственности, приоритета договорного метода во взаимоотношениях субъектов, состязательности и в других юридических категориях – всего того, что ... охватывается понятием “справедливость”» [30]. Впрочем, на наш взгляд,



равновесность права как социального регулятора имеет не только внешнефункциональное назначение, позволяющее праву регулировать общественные отношения, строя их на началах равенства, эквивалентности, ответственности и т.п.

Не менее важным является и, если можно так выразиться, внутрифункциональный аспект равновесности права, проявляющий себя в том, что, подобно любому другому организму, система права обладает способностью к динамическому поддержанию своего внутреннего состояния, или, иначе говоря, *гомеостазом* [31]. Эта гомеостатичность права как системы не только обеспечивает его внутреннюю стабильность и упорядоченность структурных звеньев различных уровней, но и является необходимым условием существования общественного порядка, создаваемого правом.

Из всего сказанного, в свою очередь, напрашивается вывод о том, что, если система права, рассматриваемая в целом, представляет собой своего рода «живой» организм, то органами этого организма являются разнообразные правовые институты, объединяющие в себе нормы различной отраслевой принадлежности. Именно правовой институт (в отличие от отраслей права, выделение которых осуществляется со значительной долей условности, доказательством чему служит, безуспешная дискуссия о критериях отраслевой дифференциации системы права, ведущаяся на протяжении целого ряда десятилетий) выступает органически присущим системе права структурным звеном, в то время как отрасли скорее являются структурными единицами системы законодательства, выде-

ляемыми в целях большего удобства организации нормативного материала [32].

Вот почему едва ли целесообразно говорить о существовании в рамках системы права отраслевых и межотраслевых институтов, как это делают многие теоретики [33]. В самом деле, любой правовой институт включает в себя нормы самой различной отраслевой принадлежности, ярким примером чему может служить такой, казалось бы, сугубо отраслевой институт, как право собственности, включающий в себя нормы международного, конституционного, гражданского, административного, уголовного, процессуального и ряда других отраслей права [34].

Подобная комплексность, интегративность, присущая всем без исключения правовым институтам, включая и институт свободы передвижения, отмечалась некоторыми юристами. Так, в частности, по словам Ж. – Л. Бержеля: «Использование теории институтов позволяет провести учет всех разрозненных элементов одного и того же юридического феномена. Так оказываются собранными вместе административные, налоговые правила, правила общественной жизни, правила ведения торговли или правила заключения брака; в этих правилах присутствуют все аспекты лица, все имущественные аспекты; эти правила, объединяясь, формируют обязанности и соответствующие гражданские или уголовные санкции... Только понятие юридического института помогает собрать в единый комплекс многочисленные грани одного и того же социального явления и соответственно лучше его понять» [35]. Среди российских юристов широкого понима-

ния правовых институтов придерживался, в частности, О.С. Иоффе, рассматривавший в качестве институтов любые элементы системы права и их объединения, начиная с самой этой системы и заканчивая отдельными юридическими нормами [36].

Рассмотренная особенность правовых институтов, на наш взгляд, связана с тем, что они, как и любые иные нормативные образования, вырастают из регулируемых ими отношений, а также из тех субъективных прав и обязанностей участников данных отношений, которые как историко-генетически, так и формально-логически предшествуют нормам объективного права, являясь их социальной предпосылкой. Сказанное имеет прямое отношение к институту свободы передвижения.

Вместе с тем объективная потребность в признании и защите свободы передвижения, естественно присущей всякому человеку, требует закрепления данного права в общеобязательных нормах, причем, учитывая универсальный характер соответствующего субъективного права, указанные нормы входят в состав не только внутрисударственного, но и международного права. В этой связи приобретает особое значение проблема соотношения внутрисударственных и международно-правовых норм в институте свободы передвижения.

О комплексном межотраслевом характере института свободы передвижения свидетельствует даже самый беглый обзор основных внутрисударственных и международно-правовых нормативных актов, в которых получило своё закрепление соответствующее субъективное



право. Так, наиболее ранним по времени законом, специально посвященным гарантиям права российских граждан на свободу передвижения, являлся Закон Российской Федерации от 25.06.1993 № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 28.12.2013 № 387-ФЗ) [37].

Среди международно-правовых актов, действующих в Российской Федерации и являющихся в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ составной частью ее правовой системы, следует в первую очередь выделить Римскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, закрепляющую данное право в ст. 2 [38]. Свобода передвижений для дипломатических работников гарантирована ст. 34 Венской конвенции о консульских сношениях [39]. В числе актов, содержащих в себе нормы международного права, посвященные свободе передвижения, следует также упомянуть некоторые соглашения Российской Федерации с иностранными государствами, а именно: Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны (заключено на о. Корфу 24.06.1994) [40], Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 24.01.2006 «Об обеспечении равных прав граждан Российской Федерации и Республики Беларусь на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территориях го-

сударств - участников Союзного государства» [41], Соглашение между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки об упрощении визовых формальностей для граждан Российской Федерации и граждан Соединенных Штатов Америки (Заключено в г. Москве и г. Вашингтоне 01.11.2011 - 19.11.2011) [42] и некоторые другие акты.

Как уже упомянуто было ранее, право на свободу передвижения закреплено в ст. 27 Конституции РФ и некоторых федеральных конституционных законах, в том числе ст. 43 Федерального конституционного закона от 28.06.2004 № 5-ФКЗ «О референдуме в Российской Федерации» (в ред. Федерального конституционного закона от 24.04.2008 № 1-ФКЗ) [43]. Одновременно порядок и условия ограничения права на свободу передвижения регламентированы, в частности, ст. 11 Федерального конституционного закона от 30.05.2001 № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» (в ред. Федерального конституционного закона № 1-ФКЗ от 07.03.2005) [44] и в ст. 7 Федерального конституционного закона от 30.01.2002 № 1-ФКЗ «О военном положении» (в ред. Федерального конституционного закона от 28.12.2010 № 8-ФКЗ) [45].

Конституционное право на свободу передвижения развивается также в ряде кодифицированных законодательных актов, в частности в ст. 150 ГК РФ [46], ст. 96 УИК РФ [47] и ст. 5 УПК РФ [48]. Применительно к отдельным категориям граждан и иных физических лиц оно конкретизируется в ст. 11 Федерального закона от 25.07.2002 № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской

Федерации» (в ред. Федерального закона от 28.12.2013 № 390-ФЗ от 28.12.2013) [49], ст. 6 Федерального закона от 27.05.1998 № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» (в ред. Федерального закона от 03.02.2014 № 7-ФЗ) [50], ст. 14 Федерального закона от 07.02.2014 № 3-ФЗ «О полиции» (в ред. Федерального закона от 03.02.2014 № 7-ФЗ) [51] и ряде других нормативно-правовых актов.

Таким образом, уже из этого (далеко, впрочем, не полного) перечня нормативно-правовых актов становится очевидным, что институт свободы передвижения включает в себя нормы самой различной отраслевой принадлежности. При этом нормативное ядро рассматриваемого института образуют международно-правовые и конституционно-правовые нормы. В данной связи возникает вопрос об их соотношении по юридической силе, в настоящее время не имеющий вполне удовлетворительного решения. С одной стороны, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ устанавливает принцип примата международно-правовых актов, что позволяет ряду ученых говорить о безусловном примате указанных актов над всеми без исключения актами национального законодательства, в том числе и Конституцией РФ [52]. С другой стороны, многие авторы полагают, что примат международного права не распространяется на конституционно-правовые акты Российской Федерации, обладающие большей юридической силой [53].

Выводы. Представляется, что наиболее приемлемое и корректное с юридической точки зрения решение данной проблемы состоит в том, что приматом над актами национального конститу-

ционного права обладают не все международно-правовые акты, а лишь те, которые устанавливают гарантии признания и защиты основных прав и свобод человека и гражданина (в том числе и права на свободу передвижения). Учитывая сказанное, можно, следовательно, согласиться с утверждением, согласно которому «в сфере международной политики, межгосударственных взаимоотношений следует руководствоваться идеей незыблемости суверенитета как базового принципа, закрепленного Конституцией. Однако во всем, что касается прав и свобод человека и гражданина, суверенитет отдельно взятого государства должен согласовываться с международным правом и – через посредство последнего – с “естественным” правом, выступающим первичным источником прав и свобод человека и гражданина» [54].

Такой вывод напрашивается не только из упомянутой выше ч. 4 ст. 15, но и из ч. 1 ст. 55 Конституции РФ, согласно которой перечисление в ней основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод, закрепление которых в актах международного права, следовательно, предполагает примат этих актов и содержащихся в них норм над нормами конституционного права того или иного государства, в том числе и Российской Федерации.

Литература:

1. См., в частности: Радаев В.В., Шкаратан О.И. Социальная стратификация. М., 1996.
2. О демократической организации древнерусских городов-государств см. подробнее: Фроянов И.Я., Дворниченко А.Ю. Города-государства в Древней Руси // Становление и развитие раннеклассовых обществ. Город и государство / Под ред. Г.И. Курбатова, Э.Д. Фролова, И.Я. Фроянова. Л., 1986. С. 227-253.
3. См. об этом, в частности: Пайпс Р. Россия при старом режиме. М., 1993; Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: русский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1997; Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи (XVIII – начало XX вв.). В 2 т. СПб., 2000 и др.
4. См. подробнее: Петкевич К. Казацкое государство // Раннее государство: его альтернативы и аналогии / Под ред. Л.Е. Гринина, Д.М. Бондаренко, Н.Н. Крадина, А.В. Коротаева. Волгоград, 2006. С. 280 и след.
5. См. подробнее: Стариков Е.Н. Общество-казарма от фараонов до наших дней. Новосибирск, 1998.
6. О правовом нигилизме и его предпосылках см.: Туманов В.А. О правовом нигилизме // Сов. государство и право. 1989. № 10. С. 20; Горохов П.А. Социальная природа правового нигилизма. Оренбург, 1998; Матузов Н.И. Правовой нигилизм и правовой идеализм // Общая теория государства и права. Академический курс. В 3 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 3. Государство, право, общество. М., 2007. С. 472-480.
7. См.: Хойман С.Е. Взгляд на правовую культуру предреволюционной России // Государство и право. 1991. № 1; Туманов В.А. Правовой нигилизм в историко-идеологическом ракурсе // Государство и право. 1993. № 8. С. 52; Руденкин В.Н. Традиция правового нигилизма в русской политической культуре. Екатеринбург, 1995 и др.
8. Режим законности в современном российском обществе. Монография / Под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2004. С. 69 (автор раздела – А.Э. Черноков).
9. Миронов Б.Н. Указ. соч. Т. 2. С. 76.
10. Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12. 12. 1993). В ред. Федеральных конституционных законов от 30.12.2008 № 6–ФКЗ, от 30.12.2008 № 7–ФКЗ и от 05.02.2014 № 2–ФКЗ // СЗ РФ. 2014. № 9. Ст. 851.
11. См. подробнее: Лупенко И.Ю. Понятие и элементы специального правового статуса мигрантов // Миграционное право. 2013. № 4; Поярков С.Ю. Ценностные основания идеологии российского конституционализма // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 6; Пузанов И. Крепостное право. Новая версия // ЭЖ-Юрист. 2013. № 14; Маврин С.П. Конституционные ценности и их роль в российской правовой системе // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 3; Короткова О.И. Формирование правового государства и обеспечение верховенства закона // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 5 и др.
12. Четвернин В.А. Исторический прогресс права и типы цивилизаций // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. М., 2009. С. 44. См. также: Сапов В.В. Социальная философия. М., 2003. С. 259-260.
13. См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 327.
14. См.: Екатерина II. Наказ, данный комиссии о составлении проекта нового уложения (1767) // Конституционализм: исторический путь России к либеральной демократии. Сборник документов. М., 2000. С. 37-109. С другой стороны, однако, гипотезе об отсутствии в России целого ряда правовых институтов, имеющих смысл лишь в контексте существования данного права. Речь идет, в частности, об институте приобретательной давности, который возникает еще в XIII в. и юридически зафиксирован, в Псковской судной грамоте (XV в.). См., например: Щенникова Л.В. Институт приобретательной давности в России (законодательная конструкция и проблемы правоприменения) // Законодательство. 1999. № 10.
15. Пайпс Р. Собственность и свобода. М., 2000. С. 235-236.
16. Режим законности в современном российском обществе. С. 79.
17. См. об этом, в частности: Пивоев В.М. «Свое» и «Чужое» в культуре // «Свое» и «Чужое» в культуре народов Европейского Севера. Тезисы докл. межвуз. науч. конф. / Отв. ред. В.М. Пивоев. Петрозаводск, 1997. С. 5-7; Зусман В.Г. Свое и чужое как концепт культурологии // Межкультурная коммуникация / Под ред. В.Г. Зусмана. Нижний Новгород, 2001. С. 242-243; Завершинская Н.А. Оппозиция «своего» и «чужого» в современной культуре // Вестник Новгородск. гос. ун-та. 2004. № 27. С. 41-47 и др.



18. См. подробнее об этом: Германов А.В. От пользования к владению и вещному праву. М., 2009.
19. См., в частности: Рудинский Ф.М. Теоретические проблемы личных конституционных прав и свобод советских граждан. Дис. ... д.ю.н. М., 1980; Толкачев К.Б. Теоретико-методологические основания реализации личных конституционных прав и свобод человека и гражданина. Дис. ... д.ю.н. СПб., 1998; Антипова Г.В. Система личных прав человека: конституционно-правовой аспект. Дис. ... к.ю.н. М., 2002; Солонченко И.В. Конституционно-правовая концепция содержания личных прав и свобод в Российской Федерации. Дис. ... к.ю.н. Ростов н/Д., 2004 и др.
20. См.: Авакьян С.А. Конституционное право России. В 2 т. Изд. 4-е, перераб. и доп. Т. 1. М. 2010. С. 708-712.
21. Саликов М.С. Свобода передвижения, выбора места пребывания и жительства // Права человека. Энциклопедический словарь / Отв. ред. С.С. Алексеев. М., 2013. С. 324.
22. Общая теория государства и права. Академический курс. В 3 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. Изд. 3-е, перераб. и доп. Т. 2. Право. М., 2007. С. 575 (автор раздела – И.Н. Сеникин).
23. См.: Райхер В.К. О системе права // Правоведение. 1975. № 3. С. 65-70.
24. Понятие правовых конструкций подробно рассмотрено в ряде работ отечественных теоретиков (С.С. Алексеева, Н.Н. Тарасова, В.А. Сапуна и др.), мнению которых мы и следуем в данном вопросе. См.: Тарасов Н.Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // Российский юридический журнал. 2000. № 3. С. 27-36; Он же. Методологические проблемы современного правоведения. Дис. ... д.ю.н. Екатеринбург, 2002. С. 302; Сапун В.А. Теория правовых средств и механизм реализации права. Дис. ... д.ю.н. Н. Новгород, 2002; Алексеев С.С. Государство и право // Алексеев С.С. Собр. соч. В 10 т. Т. 8. Учебники и учебные пособия. М., 2010. С. 214.
25. Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. М., 1999. С. 336-337 (автор раздела – А.В. Мицкевич).
26. См. подробнее: Алексеев С.С. Право: Азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М., 1998. С. 27-32.
27. См. подробнее: Афанасьев В.Г. Системность и общество. М., 1980; Руткевич М.Н. Общество как система. Социологические очерки. СПб., 2001.
28. Бергель Ж. – Л. Общая теория права. М., 2000. С. 313-314.
29. См. подробнее об этом: Разуваев Н.В. Отраслевая дифференциация системы права: эволюционный подход // Правовая система России: Реалии и проблемы модернизации. Сб. науч. статей / Под общ. ред. А.А. Старовойтова. СПб., 2012. С. 93-102.
30. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия... С. 243.
31. О гомеостатичности биологических систем см. подробнее: Cannon W.B. Physiological regulation of normal states: some tentative postulates concerning biological homeostatics // A Charles Richet: ses amis, ses collègues, ses élèves. Paris, 1926. P. 91; Idem. Organization For Physiological Homeostasis // Physiological Review. 1929. № 9. P. 399 – 431; Idem. The Wisdom of the Body. New York, 1932.
32. См.: Разуваев Н.В. Указ. соч. С. 101-102.
33. См.: Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 2. С. 575.
34. См.: Право собственности: Актуальные проблемы / Отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. М., 2008. С. 10-26.
35. Бергель Ж. – Л. Указ. соч. С. 317-318.
36. См.: Иоффе О.С. Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки ВНИИСЗ. 1968. Вып. 14. С. 51. См. также: Васильев В.В. Гражданско-правовой институт в системе гражданского права // Алтайский юридический вестник. 2013. № 2. С. 37.
37. ВСНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1227; СЗ РФ. 2013. № 52. Ч. 1. Ст. 6952.
38. Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Заключена в г. Риме 04. 11.1950. Вместе с Протоколом № 1 (Подписан в г. Париже 20.03.1952), Протоколом № 4 (Подписан в г. Страсбурге 16.09.1963), Протоколом № 7 (Подписан в г. Страсбурге 22.11.1984) // СЗ РФ. 2001. Ст. 163.
39. Венская конвенция о консульских сношениях. Заключена в г. Вене 24.04.1963 // ВВС СССР. 1989. № 9. Ст. 61.
40. СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1802.
41. СЗ РФ. 2009. № 12. Ст. 1371.
42. СЗ РФ. 2012. № 37. Ст. 4987.
43. СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2710; 2008. № 17. Ст. 1754.
44. СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2277; 2005. № 10. Ст. 753.
45. СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 375; 2011. № 1. Ст. 1.
46. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Утв. Федеральным законом от 30.11.1994 № 51-ФЗ. В ред. от 02.11.2013 № 302-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32; 2013. № 44. Ст. 5641.
47. Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации. Утв. Федеральным законом от 08.01.1997 № 1-ФЗ. В ред. Федерального закона от 03.02.2014 № 7-ФЗ // СЗ РФ. 1997. № 2. Ст. 198; 2014. № 6. Ст. 558.
48. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Утв. Федеральным законом от 18.12.2001 № 174-ФЗ. В ред. Федерального закона от 03.02.2014 № 7-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52. Ч. 1. Ст. 21; 2014. № 6. Ст. 558.
49. СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032; 2013. № 52. Ч. 1. Ст. 6955.
50. СЗ РФ. 1998. № 22. Ст. 2331; 2014. № 6. Ст. 558.
51. СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 900; 2014. № 6. Ст. 558.
52. См., в частности: Авдеенкова М.П., Дмитриев Ю.А. Основы теории конституционного права. М., 2005. С. 132.
53. См., например: Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия // Государство и право. 1996. № 2. С. 4-5; Тихомиров Ю.А. Международно-правовые акты: природа и способ влияния // Журнал российского права. 2002. № 1. С. 18; Зорькин В.Д. Предел уступчивости // Российская газета. 2010. № 5325 (246) и др.
54. Ответственность государства перед частными лицами (опыт комплексного исследования). В 2 т. / Отв. ред. Л.И. Антонова. Т. 1. Обязательства государства по возмещению вреда, причиненного частным лицам. СПб., 2012. С. 54 (автор раздела – Н.В. Разуваев).



ОСНОВАНИЯ ПРОВЕДЕНИЯ НЕГЛАСНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ (РОЗЫСКНЫХ) ДЕЙСТВИЙ СОГЛАСНО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА УКРАИНЫ

Д. СЕРГЕЕВА,

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, доцент кафедры правосудия Киевского национального университета имени Тараса Шевченко (Украина, г. Киев)

SUMMARY

Based on theoretic researches and requirements of norms of criminal-procedure legislation of Ukraine the actual and legal grounds of lead through of secret consequence (search) actions are examined, the methods of improvement of their legislative determination are offered.

Keywords: pre-trial investigation, secret consequence (search) actions, actual grounds of lead through, legal grounds of lead through, Criminal procedure code of Ukraine.

На основании теоретических исследований и положений уголовного процессуального законодательства Украины рассматриваются фактические и правовые (юридические) основания проведения негласных следственных (розыскных) действий, предлагаются способы усовершенствования их законодательного определения.

Ключевые слова: досудебное расследование, негласные следственные (розыскные) действия, фактические основания проведения, правовые (юридические) основания проведения, Уголовный процессуальный кодекс Украины.

Постановка проблемы. Согласно статистических данных МВД Украины только на протяжении 2013 года зарегистрировано (без учета закрытых по реабилитующим основаниям) 563 560 уголовных правонарушений. Из них более трети (30,1%) составляют тяжкие (156 131, или 27,7%) и особенно тяжкие (13 776, или 2,4%) преступления. На протяжении 2013 года правоохранными органами раскрыта деятельность 185 преступных группировок, в том числе 7 (3,8%) – преступных организаций; следственными подразделениями МВД Украины расследовано 149 (80,5%) производств этой категории.

Как видно из представленных данных, преступность, в том числе и организованная, все больше интегрируется в систему социальных, правовых, экономических и других общественных отношений, в связи с чем растет потребность постоянного усовершенствования форм и методов борьбы с этим угрожающим явлением.

Результаты анализа мировой и отечественной практики досудебных расследований свидетельствуют о том, что свыше 85% тяжких и особо тяжких преступлений, а также 100% преступлений, совершенных организованными преступными группировками, в условиях неочевидности и др., раскрываются и расследуются благодаря негласным средствам получения доказательственной информации, которыми являются, в том числе, и негласные следственные (розыскные) действия.

В. А. Глушкова, О. М. Дроздова, А. И. Козаченко, С. С. Кудинова, Н. А. Погорецкого, Е. Д. Скулыша, В. Г. Уварова, Н. Е. Шумило, Р. М. Шехавцова и других. Однако, необходимо отметить, что комплексное исследование теоретических и практических аспектов проведения негласных следственных (розыскных) действий, а также использования их результатов в уголовном судопроизводстве не проводилось.

Результаты анализа более чем годовой практики внедрения института негласных следственных (розыскных) действий в правоприменительный процесс оперативно-розыскных подразделений, органов досудебного расследования и суда, осветили комплекс проблемных вопросов, касающихся применения негласных методов получения информации в уголовном производстве и использования их результатов, требующих первоочередного решения. Одним из таких вопросов является определение

Актуальность. Институт негласных следственных (розыскных) действий был пред-

метом научного исследования таких отечественных ученых и практиков, как Н. Ю. Азарова,



оснований проведения негласных следственных (розыскных) действий.

Поскольку, как известно, негласные средства получения доказательной информации могут служить как эффективным средством получения доказательств в уголовном судопроизводстве, так и средством грубого нарушения прав, свобод и законных интересов лиц, попадающих в его сферу, то их применение требует постоянного усовершенствования в плане как эффективности организации и тактики их проведения, так и в плане процессуальных гарантий законности. Одной из таких гарантий, по нашему мнению, является законодательное определение в соответствующих положениях Уголовного процессуального кодекса Украины оснований проведения негласных следственных (розыскных) действий.

Цель статьи. Целью статьи является изложение авторского видения оснований проведения негласных следственных (розыскных) действий, проблемных аспектов их законодательного закрепления, а также представление научно обоснованных предложений по их решению.

Изложение основного материала. В соответствии с положением ч. 1 ст. 246 Уголовного процессуального кодекса Украины (далее – УПК Украины) [1] негласные следственные (розыскные) действия представляют собой разновидность следственных (розыскных) действий, данные о факте и методах проведения которых не подлежат разглашению, за исключением случаев, предусмотренных УПК Украины. Порядок их проведения регламентируется главой 21 УПК Украины (ст. ст. 246-275),

Инструкцией “Об организации проведения негласных следственных (розыскных) действий и использования их результатов в уголовном производстве”, утвержденной 16.11.2012 г. общим приказом Генеральной прокуратуры Украины, МВД, СБУ, Администрации ГПС, МФ, МЮ [2], а также иными ведомственными подзаконными нормативными актами, имеющими соответствующий гриф секретности.

УПК Украины не содержит отдельной статьи, определяющей исключительный перечень негласных следственных (розыскных) действий. Однако, исходя из результатов анализа положений главы 21 УПК Украины, можно сделать вывод о том, что такими действиями являются следующие: а) аудио-, видеоконтроль лица (ст. 260); б) наложение ареста на корреспонденцию (ст. ст. 261, 262); в) снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей (ст. 263); г) снятие информации с электронных информационных систем (ст. 264); д) обследование: публично недоступных мест; жилья или другого владения лица (ст. 267); е) установление местонахождения радиоэлектронного средства (ст. 268); е) наблюдение: за лицом, вещью или местом (ст. 269); ж) аудио-, видеоконтроль места (ст. 270); з) контроль за совершением преступления в формах: 1) контролируемой поставки, 2) контролируемой и оперативной закупки, 3) специального следственного эксперимента, 4) имитирования обстановки преступления (ст. 271); и) выполнение специального задания по раскрытию преступной деятельности или преступной организации (ст. 272).

В соответствии с положением

ч. 3 ст. 246 УПК Украины, решение о проведении негласных следственных (розыскных) действий принимают следователь, прокурор, а в случаях, предусмотренных УПК Украины – следственный судья по ходатайству прокурора или по ходатайству следователя, согласованного с прокурором. Такими случаями являются вмешательство в частное общение (ч. 1 ст. 258 УПК Украины), обследование публично недоступных мест, жилья или другого владения лица (ст. 267 УПК Украины), установление местонахождения радиоэлектронного средства (ст. 268 УПК Украины), наблюдение за лицом, вещью или местом (ст. 269 УПК Украины), аудио-, видеоконтроль места (ст. 270 УПК Украины) и негласное получение образцов, необходимых для сравнительного исследования (ст. 274 УПК Украины).

Общеизвестным является тот факт, что для проведения любого процессуального действия необходимо наличие соответствующих оснований. Однако, несмотря на значительное количество научных работ, в которых рассматриваются основания проведения процессуальных действий в уголовном судопроизводстве, необходимо отметить, что единство взглядов на понятие и сущность оснований проведения следственных (розыскных) действий на сегодня отсутствует.

В этимологическом значении “основание” – это то главное, на чем базируется, основывается что-либо; то, чем объясняются, оправдываются поступки, поведение и т.п. кого-нибудь [3, с. 506].

Исследуя основания проведения следственных действий, В. Я. Дорохов использовал термин



“законные основания”, под которыми понимал наличие фактических данных, с которыми закон связывает возможность и необходимость проведения следственного (судебного) действия для получения доказательств [4, с. 319].

Большинство ученых и практиков различают фактические и юридические (правовые) основания проведения следственных действий. Так, С. А. Шейфер под первыми понимает „конкретные сведения о возможности добывания доказательственной информации со следов определенного вида” [Ш, с. 111-116], под вторыми – „совокупность предусмотренных уголовно-процессуальным законом условий, которые дают следователю право выполнить то или другое действие” [5, с. 105-108]. По этому поводу Н. А. Погорецкий отмечает, что следственное действие проводится не только с целью “добывания доказательственной информации со следов определенного вида”, но и для проверки доказательств, которые уже получены в уголовном производстве [6, с. 398]. Ученый определяет сущностные признаки оснований для проведения следственных действий (не разделяя их на фактические и правовые – *прим. наше*), которыми, на его взгляд, являются: их получение уполномоченным лицом определенным законом способом; их определенность уголовно-процессуальным законом для каждого процессуального действия или вида; их способность для формирования внутреннего убеждения уполномоченного лица о необходимости проведения определенного процессуального действия, а также возможности получения доказательственной информации со

следов определенного вида или проверки имеющихся доказательств; единство юридических и фактических аспектов этих оснований [6, с. 399].

Приведенные сущностные признаки оснований, а также взгляды ученых на очерченный вопрос дают основания для вывода о том, что фактическими основаниями проведения процессуальных действий являются сведения, способствующие формированию внутреннего убеждения уполномоченного лица о необходимости проведения определенного процессуального действия для получения доказательств или проверки уже имеющихся доказательств в уголовном производстве.

Юридические (правовые) основания проведения процессуальных действий, на наш взгляд, имеют два аспекта – широкий и узкий. В широком аспекте под юридическим (правовым) основанием следует понимать наличие соответствующих законодательных норм, регламентирующих возможность проведения того или другого процессуального действия. В узком понимании, юридическим (правовым) основанием является соответствующий процессуальный документ, составленный в соответствии с установленными законом требованиями, который предоставляет право соответствующему субъекту осуществлять то или иное процессуальное действие.

Относительно законодательной регламентации фактических и правовых оснований осуществления негласных следственных (розыскных) действий, следует отметить, что поскольку речь идет о средствах получения информации о преступлении, применение которых связано с вме-

шательством в частную жизнь лица, которое попало в сферу уголовного судопроизводства, то основания их проведения должны быть четко определены уголовным процессуальным законодательством и не должны иметь никаких ограничений доступа к ним. В научной литературе правильно, на наш взгляд, отмечено, что для того, чтобы проведение негласного следственного (розыскного) действия не оценивалось как нарушение статьи 8 Конвенции о защите прав человека и основополагающих свобод 1950 г. [7], оно должно осуществляться на основании закона, который содержится в действующем национальном законодательстве и отвечает требованиям: доступности, то есть лицо имеет возможность удостовериться, что процедура удовлетворяет нормам законодательства; предсказуемости – лицо должно иметь возможность предусмотреть определенные последствия своего деяния; качества – то есть закон должен иметь адекватные и эффективные гарантии защиты от злоупотреблений [8, с. 14-15].

Вместе с тем, результаты анализа соответствующих положений действующего УПК Украины свидетельствуют о том, что фактические и правовые (юридические) основания проведения негласных следственных (розыскных) действий определены не достаточно четко, отдельные положения, касающиеся правовых и фактических оснований, содержатся в разных статьях главы 21 УПК Украины. Так, статья 246, под названием “Основания проведения негласных следственных (розыскных) действий” не в полной мере содержит законодательное изложение оснований их проведения.



В данной статье изложены законодательное определение понятия негласных следственных (розыскных) действий (ч. 1), сроки их проведения и порядок их продления (ч. 5), субъекты их проведения (ч. 6) и т. д. Лишь ч. ч. 2 и 3 вышеупомянутой статьи (которая содержит 6 частей) определяют некоторые из предусмотренных законодательством фактических и правовых оснований проведения негласных следственных (розыскных) действий. Так, исходя из анализа содержания ч. 2 ст. 246 УПК Украины, можно сделать вывод о том, что фактическими основаниями проведения негласных следственных (розыскных) действий являются 1) наявность такого случая, когда сведения о преступлении и лице, его совершившем, невозможно получить иным способом, 2) для негласных следственных (розыскных) действий, предусмотренных ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264 (в части действий, которые проводятся на основании постановления следственного судьи), 267, 269, 270, 271, 272, 274 КПК Украины, фактическим основанием их проведения является уголовное производство относительно исключительно тяжких или особенно тяжких преступлений.

Также фактические основания проведения негласных следственных (розыскных) действий содержатся в п. 2 ч. 3 ст. 248 УПК Украины, где указано, что данные действия могут быть проведены в случае наличия достаточных оснований полагать, что во время их проведения могут быть получены доказательства, которые самостоятельно или в совокупности с другими доказательствами могут иметь существенное значение для вы-

яснения обстоятельств преступления или установления лиц, его совершивших.

Юридическим (правовым) основанием проведения негласных следственных (розыскных) действий является во-первых, соответствующие положения действующего уголовного процессуального законодательства, регламентирующие как общие положения проведения негласных следственных (розыскных) действий и использование их результатов в уголовном судопроизводстве, так и соответствующего следственного (розыскного) действия в частности. Во-вторых, юридическим (правовым) основанием проведения негласного следственного (розыскной) действия является постановление следователя, прокурора о проведении негласного следственного (розыскного) действия, которое содержит сведения, предусмотренные ст. 251 УПК Украины, или постановление следственного судьи о разрешении на проведение негласного следственного (розыскного) действия, вынесенное на основании соответствующего ходатайства следователя, прокурора (ст. 248, 249 УПК Украины).

Наличие указанных выше оснований проведения негласных следственных (розыскных) действий является обязательным для их проведения. Проведение негласного следственного (розыскной) действия до вынесения постановления следственного судьи на основании ст. 250 УПК Украины не может считаться проводившимся без необходимого юридического основания (постановления следственного судьи), поскольку юридическим основанием в этом случае является положение ст. 250 УПК

Украины и вынесенное после начала проведения такого негласного следственного (розыскного) действия решение следственного судьи.

Исходя из вышеизложенного, считаем, что положения статьи 246 УПК Украины «Основания проведения негласных следственных (розыскных) действий необходимо изложить в следующей редакции: «1. Фактическими основаниями проведения негласных следственных (розыскных) действий являются: 1) наличие достаточных оснований полагать, что: совершено преступление соответствующей тяжести; во время проведения негласного следственного (розыскной) действия могут быть получены доказательства, которые самостоятельно или в совокупности с другими доказательствами могут иметь существенное значение для определения обстоятельств преступления или установления лиц, его совершивших; 2) сведения о преступлении и лице, его совершившем, невозможно получить другим способом. 2. Юридическим (правовым) основанием проведения негласного следственного (розыскной) действия является постановление следователя, прокурора о проведении негласного следственного (розыскного) действия, а в случаях, предусмотренных этим Кодексом – постановление следственного судьи о разрешении на проведение негласного следственного (розыскного) действия, вынесенное на основании соответствующего ходатайства следователя, прокурора.

На наш взгляд, четкость и ясность законодательного определения фактических и юридических (правовых) оснований проведения негласных следователей



розыскных действий в отдельной норме закона будет способствовать их однозначному пониманию, что, в свою очередь, будет способствовать экономии времени и других ресурсов следователя, прокурора и следственного судьи.

Выводы. Таким образом, на основании результатов проведенного исследования, предлагаем под фактическими основаниями проведения негласных следственных (розыскных) действий понимать сведения, способствующие формированию внутреннего убеждения уполномоченного лица относительно необходимости их проведения для получения доказательств или проверки уже имеющихся доказательств в уголовном производстве. Такими являются: 1) наличие достаточных оснований полагать, что: совершено преступление соответствующей тяжести; во время проведения негласного следственного (розыскной) действия могут быть получены доказательства, которые самостоятельно или в совокупности с другими доказательствами могут иметь существенное значение для выяснения обстоятельств преступления или установления лиц, его совершивших; 2) сведения о преступлении и лице, его совершившем, невозможно получить иным способом.

Юридическим (правовым) основанием проведения негласных следственных (розыскных) действий является, во-первых, соответствующие положения действующего уголовного процессуального законодательства, регламентирующие как общие положения проведения негласных следственных (розыскных) действий и использование их результатов в уголовном судопро-

изводстве, так и соответствующего следственного (розыскного) действия в частности (глава 21 УПК Украины). Во-вторых, юридическим (правовым) основанием проведения негласного следственного (розыскной) действия является постановление следователя, прокурора о проведении негласного следственного (розыскного) действия, а в случаях, предусмотренных УПК Украины – постановление следственного судьи о разрешении на проведение негласного следственного (розыскного) действия, вынесенное на основании соответствующего ходатайства следователя, прокурора.

Список использованной литературы:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI; Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв’язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України” від 13.04.2012 № 4652-VI. – Х. : Право, 2012. – 392 с.
2. Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні : наказ Ген. прокуратури України, МВС України, Служби безпеки України, Адміністрації Держ. прикордон. служби України, М-ва фінансів України, М-ва юстиції України № 114/1042/516/1199/936/1687/5 від 16.11.2012. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/42544>.
3. Словник української мови: в 11 томах. – Том 6, 1975.
4. Дорохов В. Я. Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. – М.: РИО ВШ КГБ СССР, 1981.
5. Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуаль-

ная форма. – М.: Юрлитинформ, 2001.

6. Погорецький М. А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: Монографія. – Х. : Арсіс, ЛТД, 2007.

7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 року // Голос України. – 2001. – №3 (2503).

8. Прослушивание телефонов в международном праве и законодательстве одиннадцати европейских стран / сост. Е. Е. Захаров. – Харьков : Фолио, 1999.



ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СЛЕДОВАТЕЛЯ В УКРАИНЕ

А. РЕВА,

прокурор г. Свердловска Луганской области, старший советник юстиции, соискатель кафедры уголовного процесса Луганского государственного университета внутренних дел имени Э.А.

Дидоренко

SUMMARY

Given the current legislation and legal scientific literature analyzed the level of legal support investigators in Ukraine and expressed significant proposals on the need of further legislative improvements.

Key words: law, the investigator, regulation, authority, status, warranty.

С учетом действующего законодательства и научной юридической литературы анализируется уровень правового обеспечения деятельности следователей Украины и высказываются важные предложения о необходимости его дальнейшего законодательного усовершенствования.

Ключевые слова: Закон, следователь, правовое регулирование, полномочия, статус, гарантии.

Постановка проблемы. Следователь – один из основных властных субъектов уголовного процесса Украины. В то же время из-за несовершенства правового обеспечения – этот важнейший субъект уголовной юстиции не в полной мере реализует стоящие перед ним цели и задачи, чем и обусловлена актуальность исследуемой темы.

Актуальность темы исследования заключается в том, что почти за двадцатитрехлетнюю независимость украинская система досудебного следствия так и не имеет специального (статусного) закона «О досудебном следствии Украины», который бы определял цели, задачи, функции, полномочия следователя и содержания самой следственной деятельности. Эти вопросы в Украине регулируются не законом, а ведомственными (подзаконными) нормативными актами, что приводит к неадекватным выводам, способствует рассмотрению этого самостоятельного вида государственной правоохранительной деятельности как второстепенного, ставит следователя в большую зависимость

от руководителей различного уровня министров и ведомств. Следовательно возникает вопрос о перспективах разработки и принятия этого важнейшего законодательного акта.

Исследования отдельных аспектов рассматриваемого нами правового обеспечения деятельности следователя в Украине занимались такие ученые, как Андрусак В.Б., Зусь Л.Б., Литвинчук А.И., Михайленко А.Р., Солдатенко О.А., Пивненко В.П., Тертишник В.М. и другие. Несмотря на такое количество научных исследований это направление требует дальнейшей научной разработки.

Целью настоящей статьи является формулирование и обоснование перспективных направлений, которым должен от-

вечать будущий закон Украины «О досудебном следствии».

Изложение основного материала. Повышение эффективности деятельности уголовной юстиции Украины и такого ее обязательного звена, как досудебное следствие, во многом определяется уровнем правового обеспечения процессуального статуса каждого из государственных органов, входящих в эту систему [1, с.73-79].

В соответствии с п. 14 ст. 92 Конституции Украины организация и деятельность таких государственных органов, как суд, прокуратура, органы дознания, органы досудебного следствия должны определяться исключительно законами. Сегодня правовой статус органов дознания определяется законами Украины: от 20.12.1990г. «О милиции»; от 25.03.1992г. «О службе безопасности Украины»; от 18.02.1992г. «Об оперативно – розыскной деятельности» и другими. Правовой статус органов прокуратуры – законом Украины от 05.11.1991г. «О прокуратуре». Правовой статус судебных ор-



ганов – законом Украины от 07.07.2010г. «О судоустройстве и статусе судей».

В тоже время среди этих законов нет следственно-строительного закона «О досудебном следствии Украины», в связи с чем правовой статус следователя определяется процедурным законом – Уголовным процессуальным кодексом Украины 2012 года (далее УПК Украины) и ведомственными подзаконными актами. Такой подход украинского законодателя к закреплению правового статуса следователя свидетельствует о непоследовательности проведенной реформы уголовной юстиции Украины, которую начали реформировать с «крыши» - судебных органов (об организации деятельности которых за 23 года независимости Украины было принято три судоустроительных закона), а не с «фундамента» - следственных органов, об организации и деятельности которых не было принято ни одного следственно-строительного закона. Что же касается УПК Украины, то это процедурный закон, выполняющий лишь служебную роль по отношению к специальным статусным законам об органах уголовной юстиции. Он не охватывает и не может охватывать всех сторон их организации и деятельности [2,с.11].

Отсутствие следственно-строительного (специального, статусного) закона «О досудебном следствии Украины», определение целей и задач, функций, полномочий следователя и содержания самой следственной деятельности процедурным (процессуальным) законом и ведомственными подзаконными актами приводит к неадек-

ватным выводам, способствует рассмотрению этого самостоятельного вида государственной правоохранительной деятельности, как второстепенного (вспомогательного) и многофункционального [3,с.92-96], ставит следователя в большую зависимость от прокурора следственного судьи, руководителя органа досудебного расследования, защитника-адвоката, правовой статус которых определен на более высоком правовом уровне [4,с.63-64]. Иначе говоря, разрешение уголовным процессуальным законом и ведомственными подзаконными актами основных вопросов организации деятельности органов досудебного следствия не поддается никакому теоритическому объяснению и является юридическим нонсенсом. Несмотря на то, что ведомственные подзаконные акты типа «Положения об органах досудебного расследования», «Положения о Главном следственном управлении», «Положение о следственном управлении области», «Положение о следственном отделе (отделении) района, города», принимаемые правоохранительными ведомствами, при которых организованы и функционируют следственные органы (Министерство внутренних дел Украины, Служба безопасности Украины, Государственная налоговая администрация Украины, Прокуратура Украины) противоречат требованиям п.14 ст. 92 Конституции Украины, Министерство юстиции Украины без всяких замечаний регистрирует их, что приносит большой вред следственной деятельности.

Пунктом 14 ст. 92, п. 3 ст.121 Конституции Украины и п.9 ее Переходных положений органы

досудебного следствия определяются как самостоятельное звено государственного аппарата Украины. Несмотря на это законодатель при принятии нового УПК Украины путем объединения органов дознания и органов досудебного следствия создал вместо них единый новый правоохранительный орган под названием – орган досудебного расследования Украины (ч.1 ст.38 УПК Украины). Этот орган – явно неконституционный и к тому же сформирован не законоустроительным, а процедурным законом, в связи с чем не выполняется на практике и вносит большую дезорганизацию в работу как органов досудебного следствия, так и органов дознания, которые в установленном законом порядке не ликвидированы, продолжают оставаться звеньями государственного аппарата и действовать в пределах предоставленных им специальными законами полномочий.

Больше того, должностных лиц органов дознания и органов досудебного следствия, которые расследуют уголовные проступки и преступления, законодатель определяет единым термином «следователь», хотя фактически первые из них – дознаватели, а вторые следователи, что негативно отражается на их деятельности. Законодатель именует «следователями» даже сотрудников различных структурных подразделений органов дознания, которым в порядке исключения поручается расследование уголовного проступка в полном объеме. В этой ситуации в теории и на практике приходится одних именовать следователями органов дознания, а вторых – следователями органов досудебного следствия. Допущенная



законодателем ошибка должна быть исправлена, ибо никакой новый самостоятельный орган под названием «орган досудебного расследования» не сформировался, а, как и прежде, в стране продолжают действовать самостоятельные органы дознания и самостоятельные органы досудебного следствия.

В Украине ведомственными подзаконными актами определяются такие основополагающие статусобразующие элементы, как цели и задачи органов досудебного следствия, их функции, полномочия и другие, то есть весь комплекс положений, которые должны находить отражение исключительно в специальных (статусных) законах Украины, хотя правовая регламентация этих вопросов непосильна ведомственному подзаконному нормотворчеству, которое направлено лишь на организацию исполнения предписаний специального (статусного) и процессуального законов [5, с.32-35].

В Украине даже не разработана Концепция дальнейшего построения и совершенствования досудебного следствия. Процессуальная роль следователя продолжает оставаться четко не определенной. Украинский законодатель, относя следователя к стороне обвинения (ст.ст.38-41 УПК Украины), одновременно утверждает, что он реализует еще и функцию расследования (ч.1 ст.40 УПК Украины). Это влечет за собой высказывание полярных взглядов о функциональном назначении органов досудебного следствия. Игнорирование правовой природы и назначения досудебного следствия, стремление создать в Украине крепкую судебную

власть за счет снижения роли и значения других органов уголовной юстиции – прямой путь к разрушению уголовного процессуального механизма борьбы с преступностью.

Исходя из изложенного, срочная разработка и принятие следственно-строительного закона «О досудебном следствии Украины» является настоятельным требованием времени. Этим законом необходимо четко определить публично-правовую природу следственной деятельности, систему и структуру органов досудебного следствия, их цели и задачи, функции и полномочия следователя, правовые гарантии обеспечения его деятельности и ответственность, запреты и ограничения, порядок прохождения следственной службы, то есть привести в стройный порядок всю совокупность статусобразующих элементов этого важнейшего вида государственной правоохранительной деятельности с целью усовершенствования эффективного функционирования ее в системе уголовной юстиции Украины. В законе «О досудебном следствии Украины» должно быть указано, что деятельность следователя направлена на реализацию специальной государственно – правовой функции, связанной с расследованием преступлений, то есть с деятельностью наиболее острой в сфере социальной практики – борьбе с преступностью (п.7 ст.116 Конституции Украины). Из такого определения будут вытекать и все особенности, которые необходимо учитывать как в правовом обеспечении этого важного вида государственной правоохранительной деятельности, так и в закреплении правового по-

ложения основного ее носителя – следователя.

В плане правового обеспечения деятельности следователя значительный интерес представляет институт присяги гражданина Украины, который назначается на должность следователя, ибо принятие специальной «Присяги следователя Украины» законом не предусмотрено. В этой ситуации следователи Украины принимают не единую «Присягу следователя Украины», а присяги сотрудников конкретных правоохранительных ведомств, при которых сформированы и действуют следственные органы. Представляется, что это грубое нарушение публично – правовой природы следственной деятельности. Во-первых, в соответствии с п.3 ст.121 Конституции Украины и п.9 ее Переходных положений органы досудебного следствия являются самостоятельным и независимым звеном государственного аппарата Украины. Во-вторых, их формирование по государственно-строительной схеме «государственный орган – государственного органа не превращает органы досудебного следствия в структурные подразделения правоохранительных органов, при которых они сформированы и действуют. Следователи при всех обстоятельствах остаются представителями самостоятельных органов досудебного следствия и находятся в служебных правоотношениях непосредственно с государством, а не с правоохранительными ведомствами, определенными ст.38 УПК Украины [6, с.295-297]. В связи с этим, отсутствие единой «Присяги следователя Украины» и единого порядка ее принятия обесцени-



вают этот самостоятельный вид государственной правоохранительной деятельности, а также разрушают его единство и мобильность в борьбе с преступностью.

Представители различных профессий Украины ежегодно отмечают дни своих профессиональных праздников. В тоже время представители одной из самых трудных государственно – правовых профессий – следователи лишены этой возможности, ибо специального «Дня следователя Украины» в нашей стране нет. Представители органов досудебного следствия – следователи также носят разную форменную одежду, имеют не одинаковые специальные звания, пользуются различными служебными удостоверениями, получают разные по размерам, причем существенными, заработные платы, пенсии по выслуге лет и т.д. Правовому регулированию деятельности следователей Украины неизвестный и такой институт. Четко не определены и гарантии обеспечения следственной деятельности.

Сегодня одни авторы предлагают разработать и принять закон под названием «О работниках органов досудебного следствия и их социальной защите» [7, с.6-7], а другие высказываются за необходимость дополнения УПК Украины специальной статьей под названием «статус следователя» [8, с.16]. По нашему мнению эти предложения неприемлемы, ибо организация и деятельность органов досудебного следствия должны быть унормированы исключительно следственно-строительным (специальным, статусным) законом «О досудебном следствии Украины», который по

своим параметрам должен отвечать всем требованиям, которые предъявляются к законодательным актам такого уровня.

В его первом разделе, посвященному общим положениям, должны быть определены: публично – правовая природа следственной деятельности, ее сущность и назначение; правовые основы досудебного следствия; принципы организации и деятельности; цели, задачи и функции; полномочия следователя (права и обязанности); обязательность исполнения решений следователя; выполнение функций органов досудебного следствия исключительно следователями; информирование общественности о деятельности органов досудебного следствия и другие.

Во втором разделе, посвященном системе и структуре органов досудебного следствия, должны быть определены: система органов досудебного следствия Украины; место, роль, структура центральных, региональных и местных органов досудебного следствия, их количественный состав; гарантии обеспечения следственной деятельности; требования, предъявляемые к следственным документам; запреты и ограничения и другие.

В третьем разделе должны найти отражение вопросы, относящиеся к кадровому обеспечению органов досудебного следствия: требования к лицам, которые замещают должности следователей и порядок их назначения (начальники Главных следственных управлений должны назначаться на должности Кабинетом Министров Украины по представлению Премьер министра Украины, а не

руководителями центральных правоохранительных ведомств, при которых функционируют органы досудебного следствия); образец единой форменной одежды, текст «Присяги следователя Украины» и порядок ее принятия; перечень единых специальных званий и порядок их присвоения; образец единого удостоверения следователя; виды поощрений, а также ответственность следователей; основания и порядок увольнения следователей с занимаемой должности; институт отставки; учебные и научные учреждения органов досудебного следствия и другие.

Четвертый раздел необходимо посвятить социальному и материальному обеспечению следователей, членов их семей, а также других работников органов досудебного следствия: порядку начисления заработной платы; предоставлению и оплате отпусков; материально-бытовому обеспечению; мерам социальной защиты следователей; их пенсионному обеспечению; порядку финансирования следственных органов; описанию образца печати и формы удостоверения личности следователя; разъяснению понятия «следователь» и другие.

Наконец, пятый раздел закона должен быть посвящен вопросам международно-правового сотрудничества органов досудебного следствия с компетентными органами иностранных государств в сфере расследования преступлений.

Без принятия Верховной Радой следственно-строительного закона «О досудебном следствии Украины» ни органы досудебного следствия, ни система уголовной юстиции в целом



нормально функционировать не будут, ибо без этого закона уголовный процесс Украины нельзя считать полноценным, так как не был бы он полноценным без закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», что представить просто не возможно.

Функциональная деятельность следователя значительно усложняется и наделением надзирающего прокурора не только правом осуществлять процессуальное руководство досудебным расследованием, но и возложением на него полной ответственности за результаты расследования преступления (ст. 36 УПК Украины). Такая законодательная новелла обязывает прокурора осуществлять тотальное вмешательство в выполнение каждого следственного (розыскного) действия и принятие каждого следственного (розыскного) решения, определять направление всего расследования, что никак не согласуется с процессуальной самостоятельностью и процессуальной независимостью следователя, закрепленных ч. 5 ст. 40 УПК Украины, ибо следователь является представителем исполнительной власти в уголовном процессе, что исключает всякую возможность какого-либо руководства его деятельностью со стороны представителя иной ветви государственной власти - прокурора. В связи с этим из полномочий прокурора необходимо исключить: дачу следователю обязательных для исполнения письменных поручений и указаний о проведении в установленном прокурором срок следственных (розыскных) действий, негласных следственных (розыскных действий), иных процессуальных действий,

лично прекращать уголовные дела, лично проводить отдельные следственные (розыскные) и процессуальные действия (п.п.4,9 ч.2 ст.36 УПК Украины).

Правовая природа и границы полномочий прокурора в его процессуальных отношениях со следователем не должны выходить за рамки надзорных полномочий и превращаться в постоянное и непрерывное руководство досудебным расследованием. Они должны быть сориентированы на обеспечение законности во время проведения досудебного расследования, а также на осуществление обвинения в форме подготовки и официального оформления уголовного иска (обвинительного акта), а не на непосредственном руководстве досудебным расследованием, за которое должен нести полную ответственность другой властный субъект досудебной стадии процесса – руководитель органа досудебного расследования (ст.39 УПК Украины). Правовое положение прокурора в правоотношениях со следователем должно ограничиваться процессуальной самостоятельностью следователя и содержанием прокурорского надзора за соблюдением законов во время проведения досудебного следствия. Недопустимо снимать со следователя ответственность за всестороннее, полное и объективное расследование преступления и перекладывать ее на надзирающего прокурора.

Закрепленное ч.3 ст.40 и ст.ст.311-315 УПК Украины право следователя на обжалование действий, бездействий и решений надзирающего прокурора вышестоящему прокурору не решает проблемы тотального

прокурорского вмешательства в процесс расследования преступления и осуществление мощного влияния на изменение внутреннего убеждения следователя путем принятия собственных решений по самым важным вопросам досудебного расследования. Сегодня следователи органов досудебного следствия используют право на обжалование действий, бездействий, решений надзирающих прокуроров лишь в единичных случаях из-за боязни вступить в конфликт с прокурором, который всегда рассматривает несогласие следователя со своим решением, как нарушение следователем своих служебных обязанностей, должностной субординации с вытекающими негативными последствиями для следователей [9,с.406]. В связи с этим, все процессуальные решения следователя, за исключением установленных Конституцией Украины, не должны согласовываться, санкционироваться или утверждаться прокурором.

Позиция некоторых ученых-правоведов, отстаивающих необходимость наделения надзирающих прокуроров всеми полномочиями следователя вплоть до личного расследования любого уголовного дела в полном объеме [10,с.182], не является убедительной, ибо прокурор и следователь – самостоятельные властные субъекты досудебной стадии процесса, которые выполняют во время проведения досудебного расследования различные уголовно-процессуальные функции, то есть имеют различное процессуально-правовое и функциональное назначение, что полностью исключает возможность наделения их одинаковыми полномочиями. И хотя



досудебное следствие и прокурорский надзор – неотъемлемые элементы единого целого, взаимно связаны между собой, ибо следственная деятельность невозможна без отдельных надзорных действий и процессуальных решений прокурора, но это совсем не значит, что прокурор и следователь выполняют одинаковые полномочия. У следователя – следственные полномочия, у прокурора – прокурорско – надзорные полномочия, которые существенно отличаются между собой. Первые обеспечивают всестороннее, полное и объективное расследование преступлений, другие – предупреждение, выявление и устранение нарушений закона. Даже нормы, которые регулируют следственную и прокурорскую деятельность, относятся к самостоятельным отраслям права, имеющим свой собственный предмет и метод регулирования.

Выводы. Правовое регулирование деятельности органов досудебного следствия Украины требует радикального усовершенствования. При этом оно должно быть не узкокорпоративным, а общегосударственным, как этого требует Конституция Украины. Приоритет в данном вопросе необходимо отдать детальной отработке и принятию следственно-строительного закона «О досудебном следствии Украины». Кроме того все организационные и процессуальные процедуры, относящиеся к деятельности следователя, также должны определяться законами. Только строгая, полная и исключительно законодательная регламентация деятельности следователя, стандартизация всей ее процедуры способны поднять

этот самостоятельный вид властной уголовной процессуальной деятельности на уровень, отвечающий требованиям настоящего времени. На это сегодня должны быть направлены все усилия как законодателя, так и ученых-правоведов Украины.

Список использованной литературы:

1. Півненко В.П. Досудове слідство України: проблеми організації діяльності /В.П. Півненко.-Кримінальна юстиція України: Збірник наукових праць.-Х.: СПДФО Сілічева С.О., 2005.-200с.
2. Солдатенко О.А. Досудове слідство в Україні: становлення та перспективи розвитку: Автореф. дис....канд.юрид.наук: 12.00.09. /О.А. Солдатенко. – К., 2006.-16 с.
3. Андрусак В.Б. Функції органів досудового слідства в кримінальному процесі України: Дис....канд.юрид.наук: 12.00.09. /А.Б.Андрусак.-Х.,2010.-226 с.
4. Литвинчук О.І. Процесуальний статус слідчого зановим КПК України / О.І. Литвинчук // Актуальні проблеми кримінально – процесуального законодавства й удосконалення діяльності судових і правоохоронних органів України: мат. міжнар. наук.-практ. конф.-Луганськ, ЛУВС ім.Є.О.Дідоренка, 2012.-С.62-65.
5. Зусь Л.Б. Правовое регулирование в сфере уголовного судопроизводства /Л.Б.Зусь.-Владивосток: ДВГУ, 1984.-248 с.
6. Півненко В.П. Роль і місце досудового слідства в державному апараті України /В.П. Півненко.-Вісник ХНУ ім. В.Н. Каразіна: серія «Право».-2013 № 1082.-С.295-297.
7. Коляда П. Важнейшие черты следователя /П.Коляда// Именем Закона.-2003.-№27(5363).-04.04.-10.04.-С.6-7.
8. Тертышник В. Судопроизводство должно быть дееспособным /В.Тертышник// Правительствен-

ный курьер.-2003.-329.-6 ноября.-С.16.

9. Курс уголовного судопроизводства: Учебник: В 3т. /Под. ред. В.А.Михайлова.-Т.1. - Воронеж: Изд.-во НПО «МОДЭК», 2006.-824 с.

10. Михайленко А.Р. Расследование преступлений: законность и обеспечение прав граждан /А.Р.Михайленко.-К.: Юринком Интер, 1999.-448с.



ФУНКЦИИ ПРОКУРОРА В ДОСУДЕБНОМ РАССЛЕДОВАНИИ: ПОНЯТИЕ И ВИДЫ

В. КУЧЕР,

соискатель кафедры правосудия юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко (Украина, Киев)

SUMMARY

On the basis of research of points of view of scientists, and also positions of current legislation of Ukraine, in the article author determination of criminal-legislative functions of public prosecutor is given on the stage of pre-trial investigation of criminal production, named basic and additional of his function, their essence opens up.

Keywords: pre-trial investigation, public prosecutor, criminal-legislative function, supervision, managing pre-trial investigation, prosecution.

На основании исследования точек зрения ученых-процессуалистов, а также положений действующего законодательства Украины, в статье дается авторское определение уголовно-правовых функций прокурора на стадии досудебного расследования уголовного производства, называются основная и дополнительные его функции, раскрывается их сущность.

Ключевые слова: досудебное расследование, прокурор, уголовно-процессуальная функция, надзор, руководство досудебным расследованием, обвинение.

Постановка проблемы. Традиционной функцией прокурора на стадии досудебного расследования в уголовном судопроизводстве долгое время считался надзор за соблюдением законов органами, совершающими оперативно-розыскную деятельность, дознание и досудебное (предварительное) следствие. Эта функция была закреплена в соответствующих положениях Конституции Украины, законе Украины «О прокуратуре», Уголовно-процессуальном кодексе Украины 1960 г (далее УПК Украины – прим. авт.) В статье 25 УПК Украины 1960 г. было сказано, что надзор осуществляется Генеральным прокурором Украины и подчиненными ему прокурорами. В ч. 2 указанной статьи законодатель разъяснял, что прокурор обязан во всех стадиях уголовного судопроизводства принимать предусмотренные законом меры по устранению всяких нарушений закона, от кого бы эти нарушения не исходили.

Вступление в законную силу нового Уголовного процессуального кодекса Украины (далее – УПК Украины) 20 ноября 2012 года [1] несколько изменило концепцию деятельности прокурора на досудебной стадии досудебного расследования.

являются четко определенными и систематизированными.

В связи с этим проблема функций прокурора в досудебной стадии уголовного судопроизводства нуждается в научных исследованиях, как с позиций науки уголовного процесса, так и положений нового уголовного процессуального законодательства Украины. Успешное решение этой проблемы повысит эффективность деятельности прокурора в уголовном производстве, а также эффективность досудебного расследования в целом.

Цель статьи. Целью статьи является изложение авторского видения функций прокурора в досудебном расследовании, проблемных аспектов их законодательного закрепления и практической реализации в уголовном судопроизводстве.

Изложение основного материала. Согласно статьи 121 Конституции Украины) [2] и статьи 2 Закона Украины «О прокуратуре» [3], прокуратура

Актуальность. Анализ соответствующих положений Конституции Украины, Закона Украины «О прокуратуре» с соответствующими изменениями и дополнениями, УПК Украины 2012 года и других законов о правоохранительной деятельности государственных органов свидетельствует, что уголовные процессуальные функции, выполняющиеся прокурором на стадии досудебного расследования, к сожалению, не



Украины является многофункциональным государственным органом смешанного типа.

Все функции прокуратуры выполняются официальными должностными лицами органов прокуратуры Украины – прокурорами: Генеральным прокурором Украины, его первым заместителем и заместителями Генерального прокурора Украины, их старшими помощниками и помощниками, прокурорами Автономной Республики Крым, областей, городов Киева и Севастополя, их первыми заместителями и заместителями, межрайонными прокурорами, прокурорами городов, районов, районов в городах, их первыми заместителями и заместителями, старшими прокурорами и прокурорами прокуратур всех уровней, действующих в пределах своей компетенции (ст. 13-16 Закона Украины «О прокуратуре»).

Общая характеристика конституционных функций прокуратуры свидетельствует о том, что государственно-правовая прокурорская деятельность – это установленный Конституцией Украины специфический и самостоятельный вид правоохранительной деятельности, который от имени государства осуществляется Генеральным прокурором Украины и подчиненными ему прокурорами путем выполнения предоставленных им Основным законом и специальным Законом «О прокуратуре» функций с целью защиты прав и свобод человека, общих интересов общества и государства. Перечнем этих функций определяется и место прокуратуры в государственном аппарате Украины [4, с. 7-9].

Значительный объем полно-

мочий прокурор выполняет и в уголовном процессе. Общеизвестно, что досудебное расследование уголовных правонарушений является наибольшим по объему и одним из наиболее важных видов уголовной процессуальной деятельности. Главной в деятельности государственных органов и должностных лиц, действующих в этой стадии уголовного производства, является реализация предоставленных им Конституцией и законами Украины уголовных процессуальных функций. Одним из ключевых субъектов досудебного расследования Уголовный процессуальный кодекс Украины определяет прокурора. При этом функции прокурора в досудебном расследовании должны в полной мере отвечать целям и заданиям, которые стоят как перед досудебным расследованием, так и перед уголовным судопроизводством в целом, которые закреплены в ст. 2 УПК Украины.

«Функция» как научная категория достаточно полно исследована в общей теории права и науке уголовного процесса. Необходимо отметить, что в науке уголовного процесса используется термин «уголовно-процессуальная функция». Вместе с тем, как отмечалось выше, до этого времени не сложилось единства в научных подходах ни к ее определению, ни к количеству и содержанию уголовных процессуальных функций прокурора на стадии досудебного расследования.

Подавляющее большинство ученых-процессуалистов под «уголовно-процессуальной функцией» (в том числе и прокурора) понимают отдельные направления уголовно-

процессуальной деятельности компетентного органа по выполнению заданий уголовного производства [5, с. 5].

Считаем, что уголовно-процессуальная функция – это отдельное направление уголовно-процессуальной деятельности (обвинение, защита, судебное разбирательство), а также отдельного субъекта этой деятельности в разных стадиях уголовного процесса.

Основополагающие, общепроцессуальные функции определяют исторический тип (модель) уголовного процесса, то есть основной способ разрешения конфликта, связанного с совершением уголовного правонарушения. Вместе с тем, субъекты уголовного процесса выполняют не только эти функции. У каждого субъекта уголовно-процессуальной деятельности есть соответствующая совокупность конкретных функций, с помощью которых происходит реализация им основополагающих (общепроцессуальных) функций, которые сами по себе выполняться не могут. Иначе говоря, отдельно взятый субъект уголовно-процессуальной деятельности вместе с основополагающей функцией уголовного производства (процесса) одновременно выполняет и другие уголовные процессуальные функции, обусловленные его правовым положением и конкретной стадией процесса, в которой он непосредственно действует. Однако он лишен права выполнять две из трех основополагающих (общепроцессуальных) функций – защиты, обвинения, судебного рассмотрения (согласно ч. 3 ст. 22 УПК Украины).



Результаты системного анализа действующего УПК Украины свидетельствуют о том, что прокурор в начальной стадии уголовного производства – досудебном расследовании, выполняет следующие уголовно-процессуальные функции: надзор за соблюдением законов во время проведения досудебного расследования уголовного правонарушения (ч.2 ст. 36 УПК Украины); обвинения подозреваемого в форме утверждения о совершении им деяния, предусмотренного законом Украины об уголовной ответственности, путем подготовки и официального оформления обвинительного акта (п. 13 ч. 2 ст. 36, ст. 291 УПК Украины); обеспечение прав и свобод участников процесса (ч. 2 ст. 3 Конституции Украины; ст. 8 УПК Украины). Кроме того, в ч. 2 ст. 10 Закона Украины «О прокуратуре» определена координационная функция прокурора органами, которые осуществляют оперативно-розыскную деятельность и досудебное расследование.

Прокурор на стадии досудебного расследования выполняет и другие уголовно-процессуальные функции, которые, однако, не так четко и ясно определены в законодательстве Украины. Анализ действующего законодательства, прокурорской практики и обобщения точек зрения ученых-процессуалистов позволяет прийти к такому выводу – в досудебном расследовании прокурор выполняет такие уголовно-процессуальные функции, как: 1) функция надзора; 2) процессуального руководства органами досудебного расследования; 3) обвинения в форме подготовки обвинительного акта; 4) координационную;

5) предупредительную; 6) организационного обеспечения.

Эти функции можно классифицировать на: наблюдательные и ненаблюдательные; основные и дополнительные; внешние и внутренние, постоянные и временные [6, с. 43-46; 7, с. 37].

Функция надзора за соблюдением законов во время проведения досудебного расследования закреплена в п.3 ст. 121 Конституции Украины, ч. 2 ст. 36 УПК Украины и в ст. 29 Закона Украины «О прокуратуре». Сущность этой функции определяется постоянным наблюдением за соблюдением законов с тем, чтобы органы, осуществляющие досудебное расследование уголовных правонарушений, и другие лица выполняли возложенные на них задания, неуклонно соблюдали установленный законом порядок реализации своих прав и обязанностей [8, с. 27].

Функция обвинения в форме подготовки и официального оформления обвинительного акта закреплена в п.13 ч. 2 ст. 36; ст. 291 УПК Украины. Ее сущность проявляется в возложенной на прокурора обязанности – использовать предусмотренные законом средства для установления лица, совершившего уголовное правонарушение для его разоблачения и привлечения к криминальной ответственности.

Функция процессуального руководства определяется лишь как форма прокурорского надзора за соблюдением законов во время досудебного расследования (ч. 2 ст. 36 УПК Украины). Ее сущность проявляется в направлении прокурором деятельности органов досудебного расследования в русло быстрого, полного и беспристрастного ис-

следования всех обстоятельств совершенного правонарушения, выявления обстоятельств, которые как разоблачают, так и оправдывают подозреваемого, а также обстоятельств, которые смягчают или обременяют его виновность, и предоставление им надлежащей правовой оценки (ч. 2 ст. 9 УПК Украины).

Координационная функция закреплена в ст. 10 Закона Украины «О прокуратуре» и направлена на проведение согласованных действий по противодействию преступности, коррупции уголовно-процессуальными правовыми средствами всех государственных органов, действующих в досудебной стадии процесса – досудебном расследовании. Сущность функции – привлечение прокурором органов, которые проводят оперативно-розыскную деятельность и досудебное следствие, к общим, согласованным действиям.

Превентивная функция обусловлена правовыми средствами реакции органов юстиции (в том числе и прокурора) на преступность, которые не могут реализоваться в отрыве от одновременного применения профилактических мероприятий. Такая связь двух линий влияния на преступность является объективной и неразрывной [9, с. 28]. Выполнение этой функции – общая обязанность всех государственных органов Украины, и в первую очередь тех, чья деятельность является уголовно-процессуальной.

Функция организационного обеспечения прокурорской деятельности на стадии досудебного расследования обусловлена необходимостью надлежащей организации работы прокурора



в определенном направлении его деятельности. Она представляет собой использование средств, направленных на полное выполнение заданий и функций прокурора в досудебном расследовании [10, с. 17-18]. От того, как будет организована работа, зависит эффективность осуществления уголовно-процессуальных функций прокурора, возложенных на него на стадии досудебного расследования.

Считаем, что уголовно-процессуальные функции прокурора, в первую очередь, следует классифицировать на два блока: основные и вспомогательные. К основным относятся функции: 1) надзора; 2) процессуального руководства органами досудебного расследования; 3) обвинения в форме подготовки обвинительного акта. Дополнительными функциями являются: координационная; превентивная; организационного обеспечения. Дополнительные функции конкретизируют основные, обеспечивают их реализацию или являются их элементами.

Вопросы исследования каждой из названных функций являются перспективными в плане научного исследования, их разработка повысит эффективность деятельности прокурора в уголовном производстве, а также эффективность досудебного расследования в целом.

Выводы. Таким образом, на основании результатов проведенного исследования, предлагаем под уголовно-процессуальными функциями прокурора понимать отдельное направление уголовно-процессуальной деятельности (обвинение) субъекта этой деятельности в разных стадиях уголовного процесса.

Анализ действующего законодательства, прокурорской практики и обобщения точек зрения ученых-процессуалистов позволяет прийти к выводу, что на стадии досудебного расследования прокурор выполняет такие уголовно-процессуальные функции: 1) надзора; 2) процессуального руководства органами досудебного расследования; 3) обвинения в форме подготовки обвинительного акта; 4) координационную; 5) предупредительную; 6) организационного обеспечения.

Список использованной литературы:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI ; Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України" від 13.04.2012 № 4652-VI. – Х. : Право, 2012. – 392 с.
2. Конституція України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
3. Про прокуратуру: Закон України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1789-12>.
4. Вернидубов І. Функції прокуратури на перехідний період// Право України. – 1998. - №2.
5. Ларин А. М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. – М.: «Юрид. лит.», 1986.
6. Давиденко Л. Функції прокуратури України згідно з новою Конституцією України // Право України. – 1997. - №6.
7. Про прокуратуру. Науково-практичний коментар: у 3 кн. // за заг. ред. В.П. Пшонки, О.М. Литвака. – Кн. 1. – К.: Алерта, 2013.
8. Савицкий В. М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. – М.: Наука, 1975.
9. Сахаров А. Б. Роль криминологической науки в предупреждении преступности // Соц. Законность. – 1985. – №12.
10. Каркач П.М. Організація роботи районної, міської прокуратури: наук.-практ. посібн. / П.М. Каркач. Х.: Право, 2013.



ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ОБЪЕКТА НЕДВИЖИМОСТИ, ВОЗВЕДЕННОГО НА ЗЕМЕЛЬНОМ УЧАСТКЕ, НЕ ОТВЕДЕННОМ ДЛЯ ЭТОЙ ЦЕЛИ: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

В. ТЕРЕЩЕНКО,

соискатель кафедры гражданского права Национального университета «Одесская юридическая академия»

SUMMARY

In this article investigated concept of unauthorized building, produced the analysis legislative visions of unauthorized building in the civil code of Ukraine, the civil code of Russian Federation and the civil code of The Ukrainian Soviet socialist Republic.

Keywords: real estate, the land area, unauthorized building.

В данной статье рассмотрено понятие самовольного строительства, осуществлен анализ законодательного видения самовольного строительства в Гражданском кодексе Украины, Гражданском кодексе Российской Федерации и Гражданском кодексе Украинской советской социалистической республики.

Ключевые слова: объект недвижимости, земельный участок, самовольное строительство.

Постановка проблемы. Вопрос правового регулирования последствий самовольного строительства актуален не только с точки зрения теории гражданского права, а и с позиции практики его правоприменения. Интерес к соответствующему правовому институту сложился исторически и связан с последствиями многочисленного нарушения при создании новых объектов недвижимости или перделки уже существующих. В науке гражданского права вопросы самовольного строительства традиционно рассматриваются при определении способов приобретения права собственности. Отнесение указанной нормы к разделу права собственности и других вещных прав Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины) обусловлено тем, что самовольное строительство при наличии определенных в законе условий может привести к возникновению права собственности у застройщиков или у других лиц. Вместе с тем, ст.376 ГК Украины, четко определяет, что лицо, осуществившее или осуществляемое самовольное строительство недвижимого имущества, не приобретает право собственности на него. Такая позиция законодателя вполне обоснована, поскольку отказ в признании права собственности на самовольно построенные объекты является главным средством борьбы с самовольным строительством. Кроме того, такое строительство признается неправомерным и квалифицируется как административное или криминальное нарушения.

Целью написания статьи является освещение понятия «самовольное строительство», анализ законодательной базы, касательно данного понятия, и анализ практики в данной сфере.

Исследованием данного вопроса занимались как отечественные, так и российские ученые. Разработкой проблематики в сфере самовольного строительства занимались Беленькая

Г., Джура А., Кобылянский В., Носик В, Савченко А., Слипченко С. Спасибо – Фатеева И, Сергеев Р, Толчеев Н. и др.

Изложение основного материала. Согласно ст. 376 ГК Украины, самовольным строительством считается жилой дом, здание, сооружение, другое недвижимое имущество, если они построены или строятся на земельном участке, который не был отведен для этой цели, или без надлежащего разрешения или надлежащим образом утвержденного проекта, или с существенными нарушениями строительных норм и правил.

Следует отметить, что Положение Гражданского кодекса УССР от 18 июля 1963 г.(далее – ГК УССР) закрепили в свое время понятия «самовольное» строительство. В частности, нормы ст. 105 ГК УССР предусматривали наступление невыгодных следствий для лица, которое осуществляло самовольное строительство жилого дома, хозяйственных и бытовых зданий и сооружений.

Таким образом, самовольным строительством считают



жилой дом, здание, сооружение, другое недвижимое имущество если они построены или строятся на земельном участке, который не был отведен для этой цели, или без надлежащего разрешения или надлежащих образом утвержденного проекта, или с существенными нарушениями строительных норм и правил [1,5].

По своей правовой сути самовольное строительство является правонарушением, потому что субъектом такого строительства игнорируются требования законодательства относительно прохождения согласительной процедуры с соответствующими государственными органами как на стадии землеотвода, так и при подготовке или при проведении застройки.

Вместе с тем, в теории гражданского права не всегда дают негативную оценку самовольному строительству, а рассматривают его как узаконенный способ легализации отступлений от требований закона, то есть как один из первоначальных способов приобретения права собственности [2, 527], [3, 326].

Самовольной считается также и застройка земельного участка недвижимым имуществом, отведенного не под застройку, а имеющего иное целевое назначение.

Нормы ст. 105 ГК УССР признавали самовольным построенный жилой дом или его часть (пристройку) без установленного разрешения или без надлежащих образом утвержденного проекта, или с грубым нарушением основных строительных норм и правил.

Анализ нормы ст. 376 ГК Украины дает основания предполагать, что законодатель опреде-

ляет фактически несколько относительно самостоятельных нарушений, которые могут выступать отдельными, самостоятельными основаниями для признания строительства конкретного объекта самовольным. Дом, другой объект недвижимости, если он был возведен или возводится на земельном участке, который не был отведен для этой цели, построенный без установленного разрешения, или без надлежащим образом утвержденного проекта, или с существенными отступлениями от проекта, или с грубым нарушением основных строительных норм и правил, считается самовольно построенным, и право собственности на него не возникает.

Таким образом, в ст. 376 ГК Украины определено четыре основания признания строительства самовольным. Следует отметить, что этот перечень является исчерпывающим, а следовательно, никакое другое нарушение при осуществлении строительства не влечет признания его самовольным. Для того чтобы строительство считалось самовольным, достаточно любого из четверых, определенных законом, оснований.

Сущность первого основания заключается в том, что самовольно построенным или таким, что самовольно строится, считается объект недвижимости, если он был возведен или возводится на земельном участке, который не был отведен для этой цели.

Согласно Постановлению Пленума Высшего Специализированного суда Украины по гражданских и уголовных делам от 30.03.2012 г. «О практике применения судами статьи 376 Гражданского кодекса Украины (о правовом режиме

самовольного строительства) [4] под целью предоставления земельного участка следует понимать вид использования земельного участка (статья 19 ЗК, Классификация видов целевого назначения земель, утвержденная приказом Государственного комитета Украины с земельным ресурсам от 23 июля 2010 года № 548), указанный в решении соответствующего компетентного органа государственной власти или местного самоуправления о предоставлении земельного участка в пользование или передачу в собственность с учетом целевого назначения земельного участка.

Практически указанное нарушение может состоять в следующем:

- земельный участок, на котором осуществлено (осуществляется) строительство, находится в коммунальной или государственной собственности и вообще не был предоставлен в установленном порядке никакому физическому или юридическому лицу;

- земельный участок был предоставлен лицу, которое осуществило (осуществляет) самовольное строительство, но не для застройки, а для других целей (например, для сельскохозяйственного использования);

- земельный участок был предоставлен, например, в аренду для застройки другому лицу, которое не давало разрешения (согласия) на осуществление строительства субъекту, который осуществил (осуществляет) самовольное строительство;

- земельный участок был предоставлен для других, чем застройка, целей иному лицу, а не лицу, которое осуществило (осуществляет) самовольное



строительство. Исходя из этого субъектом самовольного строительства, которое осуществлено (осуществляется) на земельном участке, который является неотведенным для застройки, может выступать лицо, которое вообще не имеет права на застроенный земельный участок; законный землепользователь (в том числе арендатор и лицо, которое имеет вещное право пользования чужим земельным участком для застройки /суперфиций/); владелец земельного участка (физическое или юридическое лицо).

В любом случае такое самовольное строительство нарушает права владельца или в то же время и законного владельца (пользователя) земельного участка. Именно поэтому законодатель закрепляет право владельца (пользователя) земельного участка требовать признание за ним права собственности на недвижимое имущество, которое самовольно построено на нем, если это не нарушает права других лиц.

Согласно закону владелец (пользователь) земельного участка имеет право использовать его по своему усмотрению, но согласно его целевому назначению. Целевое назначение земельного участка – это использование земельного участка по назначению, определенному на основании документации по землеустройству в установленном законодательством порядке (ст. 1 Закона Украины № 858-IV от 22 мая 2003 г. «О землеустройстве»). Основное целевое назначение земельных участков определяется, прежде всего, категориями, к которым он отнесен. Категории земель в зависимости от их целевого назначения установлены в ст. 19 ЗК Украи-

ны. Строительством объекта недвижимости на земельном участке, который не был отведен для этой цели, считается сооружение таких объектов на земельном участке, не отнесенном к землям жилой и общественной застройки, в частности, предназначенном для ведения орождения, сенокосения, выпаса скота и т.п., целевое назначение или вид использования которого не изменено в установленном законом порядке.

Обращает на себя внимание то, что закон в данном случае использует термин «отвод», а не более широкое по смыслу понятие «приобретение» относительно земельного участка (раздел IV ЗК Украины).

Таким образом, без внимания остается самовольная застройка, в частности, земельных участков, которые приватизированы, приобретены по гражданско-правовым договорам или в результате наследования и т.п. Кроме того, такая конструкция при определении одного из оснований самовольного строительства ограничивает субъектный состав возможных нарушителей физическим и юридическим лицом. Территориальная община, которая также может осуществлять строительство, в том числе с нарушением норм земельного и градостроительного законодательства, как субъект права коммунальной собственности на землю, не нуждается в отводе земельных участков для жилой и общественной застройки.

Как подчеркивает Левша М., невозможность признания территориальной громады субъектом самовольного строительства не согласовывается, во-первых, с гарантированным Конституцией Украины равенством всех субъ-

ектов права собственности перед законом (ст. 13) и, во-вторых, с тем, что территориальные громады действуют в гражданских отношениях на равных правах с другими участниками этих отношений (ст. 169 ГК Украины).

При решении вопроса о принадлежности земельного участка истцу нужно представить суду доказательства, свидетельствующее о предоставлении ему исполнительным органом государственной власти или органом местного самоуправления земельного участка, на котором расположено самовольное сооружение, для использования в целях, соответствующих назначению этого сооружения.

Под предоставлением земельного участка следует понимать решение компетентного органа власти или органа местного самоуправления о передаче земельного участка в собственность или предоставление в пользование, или передачу права пользования земельным участком на основании гражданско-правовых договоров с физическим или юридическим лицом.

Не может служить предоставлением земельного участка лишь решения компетентного органа власти о предоставлении разрешения на разработку проекта землеустройства относительно отвода земельного участка или для разработки проекта застройки.

Судебная практика исходит из того, что такими доказательствами могут быть не только решения соответствующего государственного органа или органа местного самоуправления предоставить земельный участок. В частности, уполномоченный орган может сообщить о том, что участок под самовольно воз-



веденным строением будет предоставлен тому лицу, за которым суд признает право собственности на это строение.

Если самовольное сооружение возведено на земельном участке, который принадлежит другому физическому или юридическому лицу, то право собственности на него может быть признано за застройщиком при условии перехода к нему соответствующего права на земельный участок или его часть по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством, с учетом ограничений оборотоспособности земельных участков [5, 33].

Следует отметить, что при рассмотрении дел о признании права собственности на самовольное строительство в Российской Федерации местные администрации, решая вопрос о предоставлении земельного участка под самовольное построенное недвижимое имущество, ссылаются на ст. 65 Земельного кодекса РФ, которая закрепляет принцип платности землепользования, и требуют решения вопроса об уплате задолженности за арендную плату в пределах срока исковой давности [6, 17].

Самовольным также считается строительство, если застройка осуществляется на земельном участке, который хотя и был отведен лицу, но для другого назначения, не связанного с застройкой, например, для сельскохозяйственного использования.

Следует отметить, что при осуществлении строительства на земельном участке, который не был отведен для этой цели, имеют место также нарушения и их требований законодательства. Речь идет:

во-первых, о нецелевом использовании земельного участка;

во-вторых, о самовольном его занятии;

в-третьих, об отсутствии надлежащего разрешения на строительство и надлежащих образом утвержденного проекта.

Последнее нарушение имеет место потому, что лицо, которое желает получить разрешение на строительство, должно добавить к заявлению документ, который заверяет ее право собственности или пользование земельным участком.

Мы считаем, что строительство на земельном участке, который вообще не был лицу отведен, является наиболее существенным нарушением, поскольку в этом случае, как правило, объединяются два нарушения: самовольное занятие земельного участка и самовольное строительство. Самовольное занятие земельного участка нарушает право собственности на землю или право пользования ею, а самовольное строительство - установленный порядок застройки земельного участка.

Самовольное занятие земельных участков в литературе определяется как противоправное использование земельного участка в натуре (на местности) вопреки требованиям действующего земельного законодательства относительно порядка приобретения и реализации права собственности на земельный участок или права землепользования гражданами, юридическими лицами, территориальными громадами и государством [7, 48].

Согласно ст. 1 Закона Украины «О государственном контроле по использованию и охране земель», «самовольным заняти-

ем земельного участка» считаются любые действия, которые свидетельствуют о фактическом использовании земельного участка при отсутствии соответствующего решения органа исполнительной власти или органа местного самоуправления о его передаче в собственность или предоставлении в пользование (аренду) или при отсутствии содеянного правомочия относительно такого земельного участка, за исключением действий, которые согласно закону являются правомерными [8].

Кстати, в Гражданский кодекс РФ в 2006 г. были внесены изменения относительно последствий самовольного строительства, согласно которым из ст. 222 ГК РФ была исключена норма, которая предусматривала возможность признания права собственности в судебном порядке за лицом, которое осуществило застройку на земельном участке, который не был отведен ему для этой цели. Считаем, что тем самым законодатель признал строительство на земельном участке, который не был отведен для этой цели, наиболее тяжелым правонарушением в сфере градостроительства.

В новой редакции положения ст. 222 ГК РФ предусматривают, что на самовольное сооружение могут приобрести право собственности только лица, в постоянном (бессрочном) пользовании которых находится земельный участок.

При этом лицу, которое осуществило сооружение, должны быть возмещены расходы на сооружение в размере, определенном судом. То есть, новая редакция нормы приведена в соответствие с положениями ст.ст. 263, 266 и 269 ГК РФ, которые



закрепляют презумпцию права собственности на сведения здания владельцев вещных прав на земельные участки.

Следует отметить, что указанная норма лишает возможности приобрести право на самовольное сооружение не только лиц, которые не имеют каких-нибудь прав по пользованию земельными участками, но и лиц, которые имеют такие права, например через договор аренды, но и вещных прав, которые не имеют право именно, на такой земельный участок [9, 19].

По мнению Р. Сергеева, признание права собственности на самовольное строительство возможно только при условии оформления права на землю. Признание права собственности судом в порядке, определенном ст. 376 ГК Украины, возможно после принятия её в эксплуатацию в определенном законом порядке. Возможным является только признание права собственности на материалы и оборудование [10, 13].

Нужно иметь в виду, что, согласно статье 376 ГК Украины, если владелец земли возражает против признания права собственности за лицом, которое сделало самовольное сооружение на его земле, или это нарушает права других лиц, такое имущество подлежит сносу за счет лица, которое построило его. Кроме того, право собственности на самовольное строительство может быть признано за владельцем земельного участка, если это не нарушает прав других лиц. При этом, согласно части 6 статье 376 ГК, лицо, которое осуществило самовольное строительство, имеет право на компенсацию расходов на строительство.

Отечественная судебная практика также исходит из того, что строительство лицом на земельном участке, который не был ему отведен, является нарушением с соответствующими последствиями.

Так, согласно решению Киевского районного суда г. Одессы от 19.02.2014 г. в деле № 520/6170/13-цб рассмотрев в открытом судебном заседании в г. Одессе гражданское дело по иску заместителя прокурора Киевского района г. Одессы в интересах государства в лице Одесского городского совета, Инспекции государственного архитектурно – строительного контроля в Одесской области к Ж., о приведении земельного участка к предыдущему состоянию путем сноса самовольно построенного объекта недвижимости, установлено следующее. Как видно из материалов дела и установлено в судебном заседании Ж. на земельном участке, расположенному по адресу: г.Одесса, ул. В. (территория садового общества „М») было начато строительство капитального двухэтажного дома. Как следует из объяснений главы садового Общества «М» М., Ж. не является и никогда не был членом СТ «М».

При осуществлении проверки Инспекцией ГАСК в Одесской области и Государственной инспекцией сельского хозяйства в Одесской области в апреле – мае 2013 года было установлено, что на указанном земельном участке находится объект незаконного строительства двухэтажного здания.

Согласно ч.2 ст. 116 Земельного кодекса Украины приобретение права на землю гражданами и юридическими лицами

осуществляется путем передачи земельных участков в собственность или предоставление их в пользование.

Согласно ст. 125 Земельного кодекса Украины право собственности на земельный участок, а также право постоянного пользования и право аренды земельного участка возникают с момента государственной регистрации этих прав.

Согласно ст. 126 Земельного кодекса Украины право собственности на земельный участок заверяется государственным актом. Право постоянного пользования земельным участком заверяется государственным актом на право постоянного пользования земельным участком. Право аренды земельного участка заверяется договором аренды земли, зарегистрированным согласно закону.

Согласно ст. 14 Конституции Украины земля является основным национальным богатством, которое находится под особой охраной государства.

Однако, как установлено судом, земельный участок по ул. В., на котором Ж. осуществлял строительные работы с нарушением вышеуказанных норм, использовался при отсутствии правоустанавливающих документов на землю.

Согласно частям 1, 7 ст. 376 ГК Украины жилой дом, здание, сооружение, другое недвижимое имущество считается самовольным строительством, если они построены или строятся на земельном участке, который не был отведен для этой цели, или без надлежащего разрешения или без надлежащим образом утвержденного проекта, или с существенными нарушениями строительных норм и правил. В



случае существенного отклонения от проекта, который противоречит общественным интересам или нарушает права других лиц, а также существенного нарушения строительных норм и правил суд по иску соответствующего органа государственной власти или органа местного самоуправления может постановить решение, которое обязует лицо, которое осуществило (осуществляет) строительство, провести соответствующую перестройку. Если проведение такой перестройки является невозможно или лицо, которое осуществило (осуществляет) строительство, отказывается от ее проведения, такое недвижимое имущество по решению суда подлежит сношению за счет лица, которое осуществило (осуществляет) строительство. Лицо, которое осуществило (осуществляет) самовольное строительство, обязано возместить затраты, связанные с приведением земельного участка в предыдущее состояние.

Итак, правовыми последствиями самовольного строительства, в случае обращения в суд с иском соответствующего органа, являются или сносение такого здания, или проведение соответствующей его перестройки. Право на обращение в суд с таким иском закон предоставляет, в частности, и соответствующему органу государственной власти или органу местного самоуправления.

Выводы. Учитывая изложенное, а также то, что Ж. фактически отказался от проведения перестройки, не оформил документы, которые подтверждают право пользования самовольно захваченного земельного участка, совершает действия, направленные на обретение права

собственности на самовольное сооружение, суд считает исковые требования заместителя прокурора Киевского района г. Одессы обоснованными и такими, что подлежат удовлетворению [11].

Закон Украины «Об ответственности предприятий, их объединений, учреждений и организаций за правонарушения в сфере градостроительства» предусматривает ответственность (в виде штрафа) застройщика за допущенные при строительстве нарушения. При этом уплата штрафа не освобождает предприятие от обязанности удалить допущенные нарушения и возместить убытки, которые возникли вследствие таких нарушений. Кроме того, нарушение строительных норм в предусмотренных законодательством случаях может привести к административной или уголовной ответственности виновных лиц [12].

Литература:

1. Кобилянський В. Як узаконити самовільне будівництво // Все про бухгалтерський облік. – 2008. – № 7 (1404) від 24 січня 2008 р. – С. 5.
2. Цивільне право України: В 2-х томах. Том 1: Підручник / За ред. д-ра юрид. наук, проф. Є.О. Харитонов, канд. юрид. наук Н.Ю. Голубевої. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – С. 527 (832 с.)
3. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В.І. (кер.авт.кол.), Баранова Л.М., Жилінкова І.В. та ін.; За заг.ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої, В.Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – С. 326 (480 с.)
4. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних

справ від 30.03.2012 № 6 «Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва)»: Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/>

5. Толчеев Н. Признание судом права собственности на самовольную постройку // Российская юстиция. – 2003. – № 5. – С. 33.

6. Киминчижи Е.Н. Запутанное регулирование самовольных построек // Российская юстиция. – 2007. – № 2. – С. 17.

7. Носік В.В. Самовільне зайняття земельних ділянок: теорія і практика / В.В. Носік // Земельне право України. – 2006. – № 5. – С. 52. С. 47-58.

8. Про державний контроль за використанням та охороною земель: Закон України від 19.06.2003 р. № 963-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 350.

9. Жогов Д., Малета С. Государственная регистрация как внесудебный способ признания прав на самовольные постройки // Право и экономика. – 2007. – № 3. – С. 19.

10. Сергеев Р. Чемодан без ручки, или Право на... Правовое регулирование самовольного строительства // Юридическая практика. – 2006. – № 32 (450) от 08.09.2006 г. – С. 13.

11. Архів Київського районного суду м. Одеси.

12. Джура А. «Правовой» самострой и недострой. Проблемные моменты участия в гражданском обороте объектов незавершенного строительства // Юридическая практика. – 2006. – № 49 (467) от 05.02.2006 г. – С. 15.



ЗНАЧЕНИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРЕДМЕТА ДОКАЗЫВАНИЯ ДЛЯ РАССЛЕДОВАНИЯ ГРАБЕЖЕЙ И РАЗБОЙНЫХ НАПАДЕНИЙ

Ю. КУШНЕРИК,

соискатель кафедры уголовного процесса Луганского государственного университета внутренних дел им. Э. А. Дидоренко (Украина, г. Луганск)

SUMMARY

Problem questions and typical consequence errors of determination investigators, public prosecutors of the article of proving at investigation of robberies and robbery attacks are considered in the article. On the basis of study of points of view of scientists and practical workers on this question, and also analysis of criminal-procedure legislation, author vision of determination of the article of proving on these categories of criminal cases is presented.

Keywords: robbery, robbery attack, pre-trial investigation, Criminal procedure code of Ukraine, consequence errors, article of proving

В статье рассмотрены проблемные вопросы определения следователями, прокурорами предмета доказывания при расследовании грабежей и разбойных нападений. На основании изучения точек зрения ученых и практиков на этот вопрос, а также анализа уголовно-процессуального законодательства, представлено авторское видение определения предмета доказывания по этим категориям дел.

Ключевые слова: грабеж, разбойное нападение, досудебное расследование, Уголовный процессуальный кодекс Украины, следственные ошибки, предмет доказывания

Постановка проблемы. Согласно статистических данных МВД Украины в целом на протяжении 2013 года зарегистрировано 563 560 уголовных правонарушений. В их структуре большую половину составляют правонарушения против собственности (334 821 из 563 560, или 59,4%). Количество зарегистрированных грабежей в 2013 году составляет 22 695 (6,8%), разбойных нападений – 2 856 (0,9%), из них 89 совершены организованными преступными группами. Однако следует отметить, что в 2013 году произошло снижение количества разбойных нападений по сравнению с 2012 г. на 11,6% (2856 против 3231).

На начало 2014 года не принято окончательного решения в 13 599 уголовных производствах о грабежах и в 1069 производствах о разбойных нападениях.

Значительная общественная опасность грабежей и разбойных нападений заключается не только в том, что они посягают на систему социальных, правовых, экономических и других общественных отношений. Совершение этих преступлений насильственно-корыстного характера является опасным ввиду возможности причинения тяжких последствий не только собственности, но и здоровью человека, что в свою очередь обуславливает необходимость адекватного реагирования на них со стороны правоохранительных органов.

Шепитько и других. Однако, необходимо отметить, что в связи с существенным изменением уголовного процессуального законодательства Украины многие теоретические и практические аспекты расследования преступлений этого вида приобрели характер проблемных, требующих своего научного осмысления и практического решения. Особенное значение для быстрого и полного раскрытия и расследования грабежей и разбойных нападений имеет правильное определение предмета доказывания в производствах этой категории, что необходимо для целенаправленности и плановости действий следователя, прокурора, суда, упорядоченности уголовного производства, установления направлений и пределов исследования, направленности следственных, розыскных и судебных версий, отдельных следственных (розыскных) действий.

Цель статьи. Целью статьи является изложение авторского видения определения предмета

Актуальность. Проблемы расследования грабежей и разбойных нападений рассматривались в работах таких известных ученых-процессуалистов и

криминалистов, как А. А. Алексеева, В. К. Весельского, А. В. Ищенко, Е. Д. Лукьянчикова, Н. А. Погорецкого, В. В. Пяковского, А. В. Щербаковой, В. Ю.



доказывания для расследования грабежей и разбойных нападений.

Изложение основного материала. В юридической литературе существуют много определений понятия «предмет доказывания». Например, В.М. Тertiшник и С.В. Слинко определяют предмет доказывания как круг обстоятельств, которые надлежит установить по уголовному делу [1, с. 47]. По мнению М.М. Михеенка, предмет доказывания - это совокупность предусмотренных уголовно-процессуальным законом обстоятельств, установление которых является необходимым для решения заявлений и сообщений о преступлениях, уголовного дела в стадии выполнения приговора, а также для применения процессуальных профилактических мер по делу [2, с. 99].

Как свидетельствует практика, правильное определение предмета доказывания вызывает определенные трудности. Научная разработка этого вопроса является крайне необходимой и важной для правильного разрешения уголовных производств, установления истины и решения иных задач уголовного процесса, закрепленных в ст. 2 УПК Украины [3]. Отмеченной проблеме уделяли внимание такие ученые-процессуалисты, как Ю.М. Денежный, А.Я. Дубинский, В.С. Зеленецкий, М.М. Михеенко, Н.А. Погорецкий, В. О. Попелюшко, С. Н. Стахивский, В.П. Шибико и др. Однако отдельные вопросы остаются недостаточно изученными и нуждаются в уточнении, что обусловлено, в том числе, изменениями уголовного процессуального законодательства Украины.

Согласно ст. 91 УПК Украины

предмет доказывания содержит такие элементы: 1) событие уголовного правонарушения (время, место, способ и другие обстоятельства совершения уголовного правонарушения); 2) виноватость обвиняемого в совершении уголовного правонарушения, форма вины, мотив и цель совершения уголовного правонарушения; 3) вид и размер вреда, нанесенного уголовным правонарушением, а также размер процессуальных расходов; 4) обстоятельства, которые влияют на степень тяжести совершенного уголовного правонарушения, характеризуют личность обвиняемого, отягощают или смягчают наказание, исключают уголовную ответственность или являются основанием закрытия к уголовного производства; 5) обстоятельства, которые являются основанием для освобождения от уголовной ответственности или наказания [3].

Значение предмета доказывания заключается в том, чтобы определить круг фактов и обстоятельств, которые должны быть установлены как для разрешения уголовного дела в целом, так и для принятия отдельных процессуальных решений [4, с. 50].

Невзирая на то, что установление вышеупомянутых фактов и обстоятельств является обязательным в каждом уголовном производстве, следственно-судебная практика расследования грабежей и разбойных нападений свидетельствует о том, что следователь и прокурор достаточно часто пренебрегают выполнением этих требований, проявляют невнимательность, недостаточную заинтересованность, их деятельность имеет при этом формальный характер. Судьи, в свою очередь, не уделяют достаточно внимания нарушениям,

которые допускаются на стадии досудебного расследования этой категории производств.

По нашему мнению, такие недостатки приводят к низкому уровню проведения досудебного расследования иб как следствие, влекут за собой следственные и судебные ошибки, непривлечение виновных к уголовной ответственности и наказанию невиновных лиц. В первую очередь, это приводит к снижению качества расследования грабежей и разбойных нападений, снижается и авторитет следователей ОВД, прокуроров, совершающих надзор за соблюдением законности при расследовании производств этой категории, в глазах населения.

Правильное определение содержания предмета доказывания обеспечивает целенаправленность и плановость действий следователя, прокурора и суда [5, с. 361]. Рассмотрим в отдельности составные элементы предмета доказывания при расследовании грабежей и разбойных нападений.

Во время расследования и судебного рассмотрения любого уголовного производства следователь, прокурор, суд, должны установить наличие или отсутствие события преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления).

Точное установление времени совершения грабежа или разбоя является необходимым не только для характеристики самого события преступления, но и для решения других вопросов: достиг ли подозреваемый на момент совершения преступления возраста уголовной ответственности; не закончились ли сроки давности, установленные ст. 49



КК Украины; какой уголовный закон подлежит применению ипр.

Место совершения преступления является территорией, на которой совершен грабеж или разбойное нападение. Степень точности установления места совершения преступления также может быть разной: в одних случаях раскрыть преступление невозможно, не установив место совершения преступления с точностью, которая измеряется метрами, в других это место может быть определено в виде названия населенного пункта, железнодорожной станции, вокзала и тому подобное [6, с. 118-119].

Способ совершения преступления – это те конкретные действия (или бездействие), которые повлекли или могли повлечь общественно опасные последствия. Если преступление совершено путем действия, то нужно установить, какие именно действия совершил виновный. Это особенно важно в случаях, когда грабеж либо разбой совершен несколькими соучастниками, действия каждого из которых должны быть индивидуализированы. Особенно важно правильно определить способ совершения преступления в случаях, когда это влияет на квалификацию преступления. Так, именно характер совершаемых действий позволяет отмежевать грабеж от разбоя.

Другие обстоятельства совершения преступления являются достаточно разнообразными: это может быть поведение потерпевшего, предшествующее совершению преступления; поведение обвиняемого, предшествующее преступлению, или сразу после его совершения, которое может свидетельствовать, например, о

действенном раскаянии, о том, что деяние было запланировано или спонтанно и тому подобное.

Обязательно должны быть установленные обстоятельства (если такие есть), исключаящие преступность деяния, предусмотренные ст.ст. 36-43 УК Украины; обстоятельства, которые могут быть основанием для освобождения от уголовной ответственности (ст.ст. 45-49, п. 1 ст. 97 УК); обстоятельства, в связи с которыми лицо может быть освобождено судом от наказания (п. 4 ст. 74, п. 1 ст. 105 УК).

Следующим элементом, который необходимо установить, является виновность обвиняемого в совершении преступления и мотивы преступления. Содержание вины обусловлено соотношением ее интеллектуального и волевого моментов. В связи с этим в каждом уголовном производстве подлежит доказыванию степень осознания лицом особенностей объекта посягательства, характера совершенных им деяний, последствий, а также других объективных признаков состава преступления и юридически значимых обстоятельств, волевое отношение к последствиям (желание или нежелание их наступления). При этом необходимо доказать, в чем именно выразался преднамеренный мотив, как было реализовано преступное намерение, какова была цель преступления и форма вины. Фактически в этом аспекте доказывается, что подозреваемое лицо может быть субъектом совершения преступления – грабежа или разбойного нападения.

Под мотивом преступления понимают побуждение к действию, возникающее на основе потребности. Любое поведение личности является мотивиро-

ванным. Однако настоящий мотив не всегда осознается лицом, и тогда она пытается объяснить для себя причины своих поступков другими обстоятельствами. С этой точки зрения, преступлений без мотивов не бывает. Несоответствие повода деянию или отсутствие повода не свидетельствует о безмотивности преступления. В каждом конкретном случае следует установить, в чем заключается тот или иной мотив (например, корыстные побуждения) [7, с. 104-105]. В некоторых случаях мотив является обстоятельством, отягчающим или смягчающим наказание. Его правильное установление необходимо также для характеристики личности обвиняемого [8, с. 182].

В каждом уголовном производстве про грабежи и разбойные нападения необходимо также доказывать обстоятельства, влияющие на степень тяжести преступления, а также обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого, смягчающие и отягчающие наказание (ч. 1 ст. 91 УПК Украины) [7, с. 105].

К таким обстоятельствам относятся данные о личности обвиняемого: фамилия, имя, отчество, дата и место рождения, гражданство, образование, место жительства, место работы и вид работы, семейное положение, наличие детей, состояние здоровья, данные о судимости, а также обстоятельства, смягчающие наказание (ст. 66 УК Украины), и обстоятельства, отягчающие наказание (ст. 67 УК Украины).

Согласно п. 3 ч. 1 ст. 91 УПК Украины еще одним обстоятельством, подлежащим доказыванию, является установление характера и размера ущерба, причиненного преступлением, а

также размеров процессуальных затрат.

Анализ норм уголовно-процессуального закона позволяет выделить три вида ущерба: физический (причинение вреда здоровью потерпевшего, что свойственно разбойным нападениям), имущественный (повреждение или уничтожение различного имущества, отчуждение имущества) и моральный (потери неимущественного характера вследствие моральных или физических страданий или других негативных явлений, причиненных физическому или юридическому лицу незаконными действиями или бездействием других лиц) [10, с. 266; 8, с. 107]. Следует отметить, что Е.Г. Коваленко выделяет как один из видов вреда политический, под которым понимает насильственное изменение или свержение конституционного строя или захват государственной власти, посягательство на территориальную целостность и неприкосновенность Украины и т.д. [7, с. 107].

Нужно установить, на кого именно возлагается обязанность возместить ущерб. Если в результате разбойного нападения потерпевшему был причинен физический вред и он находился на стационарном лечении в учреждении здравоохранения, то необходимо установить размер расходов на его лечение. Характер и размер ущерба должны быть установлены в каждом уголовном производстве независимо от того, влияет ли такой ущерб на квалификацию деяния.

Необходимо отметить, что удаление такого важного элемента предмета доказывания, как причины и условия, способствовавшие совершению преступле-

ния из редакции действующего УПК Украины 2012 года вызвало дискуссии как в научных кругах, так и среди практиков. Установление субъектом доказывания причин и условий, способствующих совершению преступления, имело большое превентивно-профилактическое значение для совершения новых преступлений и являлось основанием для вынесения следователем мотивированного представления о принятии мер по устранению этих причин и условий.

А.Н. Джужа предлагает изменять криминологическую классификацию причин совершения преступлений как совокупность таких обстоятельств, взаимодействующих друг с другом: антиобщественные (анти-социальные) взгляды (свойства) преступника, которые создали условия для возникновения в его сознании мотивации совершения преступления; внешние обстоятельства, сформировавшие эти взгляды; конкретные жизненные ситуации, которые во взаимодействии с жизненными принципами лица повлекли совершение им преступления, условия, которые облегчили совершение преступления [9, с. 79-91].

На наш взгляд, без выявления причин и условий совершения грабежей и разбойных нападений и внесения предложений по принятию мер для их устранения, исследование обстоятельств уголовного производства будет считаться не полным, поскольку эти обстоятельства имеют существенное значение для борьбы с преступностью и достижения задач уголовного судопроизводства.

Выводы. Таким образом, можно сделать вывод, что все-стороннее, полное и объективное

исследование вопроса отдельных элементов предмета доказывания имеет большое теоретическое и практическое значение для определения его сущности, правильного применения и дальнейшего совершенствования, которое заключается в определении круга фактов, из которых должны исходить следователь, прокурор и суд, принимая решение в уголовном производстве о грабежах, разбойных нападениях и других видах уголовных правонарушений.

Список использованной литературы:

1. Тертышник В.М., Слинько С.В. Теория доказательств. – Х., 1998.
2. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. – К., 1984.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI ; Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв’язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України” від 13.04.2012 № 4652-VI. – Х. : Право, 2012.
4. Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. – Воронеж, 1995.
5. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т. 1. – М., 1968.
6. Ляш А.О., Стахівський С.М. Докази і доказування у кримінальному судочинстві: Навчальний посібник; за наук. ред. Ю.М. Грошевого. – К.: Університет «Україна», 2006.
7. Коваленко Є.Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України: Підручник. – К., 2006.
8. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.В. Мозякова. – М., 2002.
9. Курс кримінології: Загальна частина: Підручник: У 2 кн. / За заг. ред. О.М. Джужа. – К., 2001.



CU PRIVIRE LA SISTEMUL DE PROMOVARE ȘI GARANTARE A STATUTULUI JURIDIC AL PERSOANEI ÎN REPUBLICA MOLDOVA

Octavian MARIAN,
doctorand

SUMMARY

Article includes a study of normative and institutional means to protect the legal status of the person in the Republic of Moldova. A particular attention is given to institutional component, since only the proclamation of the protection and promotion of rights and freedoms (the legislative component) is ineffective to guarantee the legal status of the person.

In this regard, it is necessary viable mechanisms - authority which according to legal status, have the power to ensure the promotion, respect and protection of individual rights. Are envisaged such authorities as Parliament, President of the Republic of Moldova, the Constitutional Court, the Government ombudsman, police, prosecution, etc.

Keywords: legal status of the person, rights and freedoms, protection, means of protection, Parliament, President of the Republic of Moldova, the Constitutional Court, the Government ombudsman, police, prosecution.

REZUMAT

Articolul cuprinde un studiu asupra mijloecelor normative și instituționale de protecție a statutului juridic al persoanei în Republica Moldova. O atenție deosebită se acordă componentei instituționale, întrucât doar proclamarea de către stat a protecției și promovării drepturilor și libertăților (prin componenta legislativă) este ineficientă pentru garantarea statutului juridic al persoanei, fiind necesare mecanisme viabile, adică autorități care, conform statutului legal, au competența de a garanta promovarea, respectarea și protecția drepturilor persoanei, circumscrise statutului lor. La categoria acestora sînt atribuite: Parlamentul, Președintele Republicii Moldova, Curtea Constituțională, Guvernul, Avocatul parlamentar, poliția, procuratura etc.

Cuvinte-cheie: statut juridic al persoanei, drepturi și libertăți, protecție, mijloace de protecție, Parlament, Președintele Republicii Moldova, Curtea Constituțională, Guvern, Avocat parlamentar, poliție, procuratură.

Introducere. Cercetarea statutului juridic al persoanei nu ar avea finalitate fără analiza metodelor și mijloacelor, a modului concret în care un stat asigură, garantează și promovează, în volum și intensitate, drepturile subiective ale persoanei.

În linii generale, garantarea statutului juridic al persoanei implică posibilitatea asigurată de stat de a beneficia de așa valori personale precum viața, sănătatea, onoarea, demnitatea, libertatea individuală, integritatea corporală și libertatea sexuală, libertatea morală și psihică, posibilitatea de a dispune de sine însuși, de timpul liber, de patrimoniul său, de a determina de sine stătător locul aflării etc. În concret, el cuprinde posibilitatea garantată de a cere de la stat protecția drepturilor circumscrise statutului său juridic, dreptul de a cere de la persoanele cu funcții de răspundere și cetățeni de a se abține de la atingerile aduse acestor drepturi. La rîndul său, protecția statutului juridic al persoanei de către stat rezidă în reprimarea și pedepsirea oricărui atentat asupra drepturilor enunțate.

adică din partea legislativului, a executivului și administrației, sau din partea instanțelor, atunci cînd acestea abuzează de competențele lor sau nu sînt capabile să asigure respectarea drepturilor încadrate în statutul juridic al persoanei. Dar asemenea atentate pot veni și din partea funcționarilor, care se fac deseori personal culpabili de atingerile aduse drepturilor persoanei [1, p. 20].

Ca urmare, protecția statutului juridic al persoanei poate fi circumscrisă la două componente - libertatea față de acțiunile de constrîngere aplicate de către stat și libertatea față de atentatele din partea altor persoane.

Ansamblul de mijloace de protecție a statutului juridic al persoanei în Republica Moldova include, mai întîi de toate, *componenta legislativă*: Constituția RM, acordurile și tratatele internaționale la care RM este parte, legile și actele normative subordonate legii. Con-

Din partea cui pot surveni asemenea atentate? În primul rînd, din partea celorlalți indivizi, căci individul, fiind moral imperfect, este tentat să-și înțeleagă libertatea ca pe posibilitatea nelimitată de a face ce

vrea. Apoi, din partea grupurilor, care în prezent fie sînt contaminate cu elemente ale puterii publice (partidele), fie impun maniera în care, în toate domeniile, trebuie să acționeze membrii lor (sindicatelor). În sfîrșit, din partea statului,



stituția Republicii Moldova consacra un întreg titlu – titlul II – proclamării drepturilor și libertăților cetățenilor, de la dreptul la viața și libertate individuală, la dreptul de asociere, informare, învățatură, dreptul de vot și de a fi ales, dreptul la administrare etc. Spre deosebire de trecut, astăzi aceste drepturi și libertăți nu sînt enunțate doar formal în Legea Supremă, dar sînt dezvoltate în legislația țării. Aceasta are un rol decisiv în protecția statutului juridic al persoanei în Republica Moldova, deoarece a condus la crearea unor mecanisme de protejare a drepturilor omului. În scopul realizării legale a drepturilor, în conținutul actelor normative adesea în mod special sînt indicate faptele juridice care condiționează posibilitatea realizării de către subiecți a drepturilor lor, ordinea realizării, căile și mijloacele, precum și precizarea subiecților concreți care urmează să contribuie la realizarea drepturilor și libertăților prin exercitarea atribuțiilor și obligațiilor lor funcționale [2, p. 30].

Fiind conștienți de faptul că doar proclamarea de către stat a protecției și promovării drepturilor și libertăților este inefficientă pentru garantarea statutului juridic al persoanei, în prezentul demers științific ne propunem să argumentăm că, în acest sens, sînt necesare mecanisme viabile – *componenta instituțională*, altfel spus autorități care conform statutului legal, au competența de a garanta promovarea, respectarea și protecția drepturilor persoanei, circumscrise statutului lor.

Rezultate obținute și discuții.

Din categoria acestor autorități face parte, mai întîi de toate, Parlamentul RM. O formă de garantare a drepturilor persoanei, cu

o arie din ce în ce mai largă de influență, este activitatea exercitată de Parlament prin comisiile sale specializate în domeniul drepturilor omului. Aceste comisii nu se limitează doar la constatarea unor violări ale drepturilor omului, dar ele pot dezbate proiecte de legi sau propuneri legislative referitoare la exercitarea drepturilor omului, contribuind astfel la perfecționarea cadrului juridic în domeniu.

Totodată, Parlamentul, în calitate de reprezentant al poporului, trebuie să exprime prin legi aspirațiile indivizilor la protecția statutului juridic al acestora. Totuși, astăzi Parlamentul, care altădată se pretindea că exprimă suveranitatea, este mai puțin credibil decît un compromis între interese fragmentare: de partid, de grup sau chiar personale. Ca urmare, se întrevede necesitatea de a condiționa Parlamentul prin două mijloce: acordarea unei valori superioare declarațiilor de drepturi și controlul constituționalității legilor.

Continuînd ideea rolului Parlamentului în protecția statutului juridic al persoanei, subliniem obligația acestuia de a asigura conformarea legislației interne cu legislația internațională și constituțională referitoare la drepturile omului. Întotdeauna, indiferent de sistemul de control adoptat, verificarea conformității legilor cu Constituția o face mai întîi Parlamentul, cu prilejul adoptării legii. Dar deoarece acest mecanism nu este suficient, el avînd neajunsuri care, de regulă, există ori de cîte ori un organ își controlează propria activitate, în majoritatea țărilor au fost constituite organe specializate pentru efectuarea controlului constituțional legislativ – organe

situate în afara celui legiuitor. În Republica Moldova acest control este încredințat Curții Constituționale.

În conformitate cu Constituția RM, controlul constituționalității legilor este exercitat de Curtea Constituțională, care reprezintă unica autoritate de jurisdicție constituțională în Republica Moldova. Astfel, Curtea garantează supremația Constituției; asigură realizarea principiului separării puterii de stat (putere legislativă, executivă și judecătorească); garantează responsabilitatea statului față de cetățean și a cetățeanului față de stat. Rolul Curții în asigurarea drepturilor și libertăților fundamentale constă în garantarea acestor drepturi și libertăți prin asigurarea supremației lor [3].

Constituind o instituție creată tocmai în scopul consolidării statutului de drept, Curtea Constituțională se înfățișează ca avînd un sistem de proceduri și un mecanism de funcționare care pot să asigure respectiv principiile constituționale și să apere drepturile și libertățile cetățenești. În decursul activității sale, prin deciziile și hotărârile pronunțate într-o serie de spețe, Curtea Constituțională a adus importante contribuții protecției statutului juridic al persoanei. Curtea Constituțională reprezintă unul dintre pilonii cei mai importanți ai sistemului de garanții constituționale, care asigură funcționarea democratică a societății și protejarea și promovarea drepturilor și a libertăților omului. Evoluția jurisprudenței Curții Constituționale de-a lungul timpului, dimensiunile contribuției sale la afirmarea principiului supremației Constituției, la perfecționarea legislației prin asigurarea compatibilității acesteia cu principiile și dispozi-



țiile Constituției, ca și rolul concret exercitat în domeniul apărării drepturilor și libertăților publice, dau măsura credibilității acestei instituții [4, p. 13].

Preluarea valorilor europene, printre care și respectul față de drepturile omului, primatul și aplicarea directă a dispozițiilor cuprinse în documentele internaționale privind drepturile și libertățile fundamentale, astfel cum acestea sînt interpretate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, constituie premise pentru garantarea eficacității mecanismului de protecție a statutului juridic a persoanei prin jurisprudența Curții Constituționale

O altă instituție cu rol major în protecția drepturilor omului este Președintele Republicii Moldova. Conform art. 77 din Constituție, Președintele reprezintă statul și este garantul suveranității, independenței naționale, al unității și integrității teritoriale a țării. Președintele Republicii Moldova este în drept, în cazul în care are obiecții asupra unei legi, să o trimită, în termen de cel mult două săptămîni, spre reexaminare, Parlamentului. Totodată, conform art. 6 din Legea cu privire la petiționare, președintele este investit cu funcția de analiză a petițiilor ce țin de problemele securității naționale, de drepturile și interesele legitime ale unor grupuri largi de cetățeni, ori care conțin propuneri privind modificarea legislației, deciziilor organelor de stat [5]. Prin urmare, Președintele RM este garantul respectării drepturilor omului în stat.

La rîndul său, Guvernul RM asigură legalitatea, ordinea publică, drepturile și libertățile cetățenilor (art. 3, p. 12) [6]; întreprinde acțiuni vizînd asigurarea drepturilor și libertăților cetățenilor (art.

16, p. 2); împreună cu instituțiile și autoritățile subordonate, are drept scop elaborarea și implementarea celor mai bune politici și reforme pentru a promova și a asigura respectarea drepturilor omului la nivel național, exercită conducerea generală a administrației publice și este responsabil în fața Parlamentului.

În majoritatea țărilor europene, organele de poliție aparțin, de regulă, puterii executive, avînd misiunea de a apăra normele de conduită în societate, ordinea și liniștea publică în fiecare stat. Una dintre sarcinile de baza ale acestui organ este asigurarea protejării și respectării drepturilor omului în societate. În Republica Moldova, poliția este o instituție publică specializată a statului, în subordinea Ministerului Afacerilor Interne, care are misiunea de a apăra drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei prin activități de menținere, asigurare și restabilire a ordinii și securității publice, de prevenire, investigare și de descoperire a infracțiunilor și contravențiilor [7]. Activitatea Poliției se desfășoară exclusiv în baza și pentru executarea legii, în interesul persoanei, al comunității și în sprijinul instituțiilor statului, pentru apărarea drepturilor și libertăților fundamentale și demnității umane, prevăzute în Declarația Universală a Drepturilor Omului, în Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și libertăților fundamentale, în Codul european de etică al poliției și în alte acte internaționale.

Poliția activează în conformitate cu principiile legalității, respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, imparțialității și nediscriminării, controlului ierarhic permanent, răspunderii

personale și profesionalismului, transparenței, respectării secretului de stat și al altor informații oficiale cu accesibilitate limitată. Poliția nu aplică, nu încurajează și nu tolerează tortura, tratamentul inuman sau degradant. Aplicarea forței fizice, mijloacelor speciale și a armelor de foc se admite doar în strictă conformitate cu legea și în cazul în care metodele non-violente nu asigură îndeplinirea atribuțiilor Poliției. Poliția apără viața, integritatea corporală, sănătatea și libertatea persoanei, proprietatea privată și publică, alte drepturi legitime ale persoanei și comunității (art. 18). Ea trebuie să apere persoanele indiferent de situația socială, patrimonială, de apartenența națională, de rasă, de sex și vîrstă, de studii și limbă, de atitudinea față de religie, de convingerile politice și de altă natură, călăuzindu-se în activitatea sa de prevederile legislației Republicii Moldova, dar și de acordurile internaționale, interguvernamentale și interdepartamentale la care Republica Moldova este parte.

O altă autoritate cu competențe largi în domeniul protecției statutului juridic al persoanei este instanța judecătorească. Persoana care apreciază că drepturile și libertățile sale fundamentale au fost încălcate are deschisă calea acțiunii în fața instanței judecătorești: ea poate sesiza instanțele civile sau de contencios administrativ sau, dacă încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale îmbracă forma unei infracțiuni, poate depune o plîngere la organul de urmărire penală sau la procuratură. Orice persoană care consideră că a suferit un prejudiciu prin încălcarea drepturilor sau libertăților sale poate solicita, în instanță, acordarea unor despăgubiri civile prin



introducerea unei acțiuni civile împotriva persoanei responsabile de această încălcare.

Oricare persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, are dreptul de a se adresa instanței de contencios administrativ competente. Contenciosul administrativ reprezintă o formă juridică de apărare a drepturilor omului, circumscrise statutului său juridic, împotriva eventualelor abuzuri ale organelor administrației publice și ale funcționarilor publici ce-și desfășoară activitatea în cadrul acestor organe.

Constituția stipulează că persoana vătămată într-un drept al său de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termen legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins, anularea actului și repararea pagubei (art. 53). Astfel, contenciosul administrativ se prezintă ca un mecanism eficace pentru curmarea unor abuzuri ale organelor administrației publice, creîndu-se mijloace de restabilire a legalității încălcate, de repunere în drepturi și de sancționare a celor ce folosesc abuziv competența pe care o au, în legătură cu emiterea actelor administrative [8]. Dacă se constată existența dreptului subiectiv care aparține reclamantului și ilegalitatea actului administrativ prin care i se încalcă acest drept, instanța de judecată în dispozitivul hotărîrii dispune anularea, în tot sau în parte, a actului administrativ sau obligă pîrîtul să emită actul administrativ cerut de reclamant ori să elibereze un certificat, o adeverință sau oricare alt înscris,

ori să înlăture încălcările pe care le-a comis, precum și dispune ad-judecarea în contul reclamantului a despăgubirilor pentru întîrzierea executării hotărîrii. Totodată, în cazul admiterii acțiunii, instanța de contencios administrativ se pronunță, la cerere, și asupra reparării prejudiciului material și moral cauzat prin actul administrativ ilegal sau prin neexaminarea în termenul legal a cererii prealabile. Mărimea prejudiciului moral se stabilește de instanța de contencios administrativ, independent de prejudiciul material, în funcție de caracterul și gravitatea suferințelor psihice sau fizice cauzate, de gradul de vinovăție a pîrîtului, dacă vinovăția este o condiție a răspunderii, luîndu-se în considerare circumstanțele în care a fost cauzat prejudiciul, precum și statutul social al persoanei vătămate (art. 25) [9].

Contenciosul administrativ este componenta judiciară care garantează contracararea abuzurilor și exceselor de putere ale autorităților publice, apărarea drepturilor persoanei în spiritul legii, ordonarea activității autorităților publice, asigurarea ordinii de drept [9]. Instituția contenciosului administrativ reprezintă o garanție juridică a integrității statutului juridic al persoanei în fața abuzurilor autorităților publice, un barometru important al democrației. Puterea vastă a autorităților, consacrată chiar de lege, nu trebuie să fie exorbitantă, ba din contra, acestea trebuie să aibă ca principiu diriguitor și factor moderator în activitatea sa asigurarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanei.

Atingerea adusă unor drepturi fundamentale poate fi incriminată ca infracțiune și sancționată ca atare. Codul penal [10] prevede ca infracțiuni faptele (acțiune sau inac-

țiune) prejudiciabilă, prevăzută de legea penală, săvîrșită cu vinovăție și pasibilă de pedeapsă penală (art. 14 alin. 1), prin care s-a adus atingere persoanei, drepturilor și libertăților acesteia, proprietății, mediului înconjurător, orînduirii constituționale, suveranității, independenței și integrității teritoriale a Republicii Moldova, păcii și securității omenirii, precum și întregii ordini de drept (art. 2 alin. 1). Victima unei infracțiuni poate sesiza organul de urmărire penală printr-o plîngere, ca ulterior procurorul să sesizeze instanța de judecată. Procesul penal are ca scop protejarea persoanei, societății și statului de infracțiuni, precum și protejarea persoanei și societății de faptele ilegale ale persoanelor cu funcții de răspundere în activitatea lor legată de cercetare a infracțiunilor presupuse sau săvîrșite, astfel ca orice persoană care a săvîrșit o infracțiune să fie pedepsită potrivit vinovăției sale și nici o persoană nevinovată să nu fie trasă la răspundere penală și condamnată (art. 1 alin.2) [11]. Acțiunea penală fiind pusă în mișcare, persoana căreia i s-a produs un prejudiciu material sau moral, ca urmare a infracțiunii, se poate constitui parte civilă în procesul penal și poate solicita acordarea unor despăgubiri.

Astfel, instanțele de judecată sînt constituite pentru a garanta înfăptuirea justiției în mod legal, corect, democratic, în vederea respectării drepturilor persoanei cuprinse în statutul său juridic. Totodată, legislația consacră dreptul la apel împotriva hotărîrilor instanțelor de judecată, ceea ce reprezintă o garanție necesară pentru evitarea arbitrariului și a erorilor judecătorești.

Un alt organ cu competențe



substanțiale în domeniul protecției statutului juridic al persoanei este Procuratura Republicii Moldova. Conform art. 124 din Constituția RM, Procuratura reprezintă interesele generale ale societății și apără ordinea de drept, precum și drepturile și libertățile cetățenilor, conduce și exercită urmărirea penală, reprezintă învinuirea în instanțele judecătorești în condițiile legii. Procuratura, în numele societății și în interes public, asigură aplicarea legii, apără ordinea de drept, drepturile și libertățile cetățeanului atunci când încălcarea acestora atrage sancțiune penală; conduce și exercită urmărirea penală; reprezintă învinuirea în instanța de judecată; participă, în condițiile legii, la judecarea cauzelor civile, inclusiv de contencios administrativ, și contravenționale în care procedura a fost intentată de ea; e) asigură asistența juridică și colaborarea internațională în domeniul său de activitate; f) implementează politica penală a statului; g) asigură protecție eficientă martorilor, victimelor infracțiunii și altor participanți la proces; h) intentează acțiune civilă în cazurile prevăzute de lege; i) exercită controlul respectării legilor în locurile de detenție preventivă și în penitenciare; j) exercită controlul legalității în Forțele Armate; k) exercită controlul asupra executării hotărârilor judecătorești în cauze penale (art. 5) [12].

Procuratura este o instituție autonomă în cadrul autorității judecătorești, care, în limitele atribuțiilor și competenței, apără interesele generale ale societății, ordinea de drept, drepturile și libertățile cetățenilor, conduce și exercită urmărirea penală, reprezintă învinuirea în instanțele de judecată, în condițiile legii (art. 1) [13]. Pro-

curatura își desfășoară activitatea pe principiul legalității. Activitatea Procuraturii este transparentă și presupune garantarea accesului societății și a mijloacelor de informare în masă la informațiile despre această activitate, cu excepția restricțiilor prevăzute de lege. Principiul independenței exclude posibilitatea de subordonare a Procuraturii autorității legislative și celei executive, precum și de influență sau de imixiune a unor alte organe și autorități ale statului în activitatea Procuraturii. Procurorul își organizează activitatea și o desfășoară pe principiul autonomiei, asigurat prin independență procesuală și control judecătoresc, care îi oferă posibilitatea de a lua de sine stătător decizii în cauzele și în cazurile pe care le examinează. În activitatea Procuraturii, controlul ierarhic intern și controlul judecătoresc sînt principii care asigură exercitarea dreptului procurorului ierarhic superior de a verifica legalitatea deciziilor emise de procurorul ierarhic inferior, precum și posibilitatea contestării în instanța de judecată a deciziilor și a acțiunilor cu caracter procesual ale procurorului (art. 2). Acțiunile întreprinse de procuror trebuie să fie îndreptate spre protecția drepturilor și libertăților persoanei, spre garantarea statutului ei juridic.

O altă instituție care în statele europene intervine prompt pentru a asigura eficiența mecanismelor legale de protecție a statutului juridic al persoanei este avocatul parlamentar, instituție cunoscută la nivel internațional sub denumirea generică de „Ombudsman”. Activitatea avocatului parlamentar are scopul să asigure garantarea respectării drepturilor și libertăților constituționale ale omului de

către autoritățile publice centrale și locale, instituții, organizații și întreprinderi, indiferent de tipul de proprietate, asociațiile obștești și persoanele cu funcții de răspundere de toate nivelele [14].

Organizarea și funcționarea instituției ombudsmanului a deschis o nouă filă în relația stat-individ, fiind considerată în statele occidentale un mecanism de mare valoare în protecția statutului juridic al persoanei și în consolidarea acțiunilor în domeniu ale organelor puterii publice. Ombudsmanul are menirea să apere spiritul legilor, protejînd drepturile și libertățile persoanei. El nu este un organ care să se substituie altora, dar este un organ alături de altele pentru salvagardarea drepturilor și libertăților omului [15].

În țările-membre ale Uniunii Europene, instituția avocatului parlamentar este constituită în baza dispozițiilor constituției și ale altor acte normative, fiind reprezentată de o personalitate independentă, cu cunoștințe juridice solide, care are misiunea să verifice activitatea organelor de stat centrale și locale; să vegheze la respectarea legalității în procesul adoptării actelor juridice sau administrative; să examineze plîngerile cetățenilor împotriva funcționarilor care comit abuzuri și fărădelegi în exercitarea atribuțiilor lor funcționale; să elaboreze recomandări pentru stabilirea legalității și să raporteze anual Parlamentului sau Guvernului ilegalitățile depistate.

Dezvoltarea acestei instituții în Europa a fost fortificată de adoptarea Recomandării Comitetului de Miniștri al Uniunii Europene, din septembrie 1985, care indica guvernelor statelor-membre să ia în considerație „posibilitatea de a numi Ombudsmani la nivel națio-



nal, regional, local sau pentru arii specifice ale administrației publice”, precum și „luarea în considerație la împuternicirea Ombudsman-ului, de a acorda o atenție particulară, în cadrul competenței sale generale, problemelor drepturilor omului și, dacă nu este incompatibil cu legislația națională, să inițieze investigații și să emită opinii, când sînt implicate chestiuni legate de drepturile omului” [16].

În Republica Moldova această instituție este creată și activează în baza Legii nr. 1349 din 17.10.1997 cu privire la avocații parlamentari, care reglementează activitatea, statutul și atribuțiile de bază ale avocatului parlamentar, precum și modul de funcționare a CpDOM - o autoritate publică constituită în mod special în vederea protecției drepturilor omului în Republica Moldova. Cu referire la exercitarea atribuțiilor avocatului parlamentar, art. 29 lit. a) prevede că acesta urmează să prezinte Parlamentului propuneri în vederea perfecționării legislației în vigoare în domeniul asigurării drepturilor și libertăților omului. În cazul în care se constată încălcări în masă sau grave ale drepturilor și libertăților constituționale ale omului, avocatul parlamentar are dreptul să prezinte un raport la una din ședințele Parlamentului, precum și să propună instituirea unei comisii parlamentare care să cerceteze aceste fapte (art. 30 alin. 1). Avocații parlamentari pot să asiste și să ia cuvîntul la ședințele Parlamentului și ale Guvernului (art. 30 alin. 2).

Confort art. 31, avocatul parlamentar are dreptul să sesizeze Curtea Constituțională în vederea controlului constituționalității legilor și hotărîrilor Parlamentului, decretelor Președintelui, hotărî-

rilor și dispozițiilor Guvernului, asupra corespunderii lor principiilor general acceptate și actelor juridice internaționale cu privire la drepturile omului. Acest drept este recunoscut și în art. 25 lit. i) din Legea nr. 317 cu privire la Curtea Constituțională [3], precum și în art. 38 lit. i) din Codul jurisdicției constituționale [17]. Astfel, avocatul parlamentar se prezintă ca un subiect cu drept de contestare, fapt care permite o abordare sistemică a problemelor legate de respectarea drepturilor omului în Republica Moldova, această prerogativă fiind o garanție în plus la respectarea drepturilor omului.

Avocații parlamentari examinează cererile privind deciziile sau acțiunile (inacțiunile): autorităților publice centrale și locale; instituțiilor, organizațiilor și întreprinderilor, indiferent de tipul de proprietate; asociațiilor obștești; persoanelor cu funcții de răspundere de toate nivelurile care, conform opiniei petiționarului, au încălcat drepturile și libertățile sale constituționale. Nu fac obiectul activității avocaților parlamentari plîngerile al căror mod de examinare este prevăzut de legislația de procedură penală, legislația de procedură civilă, legislația cu privire la contravențiile administrative și de legislația muncii. Avocatul parlamentar este în drept să solicite participarea oricărui organ în organizarea controlului circumstanțelor care urmează a fi elucidate, parvenite odată cu înaintarea petiției. Orice autoritate este obligată să colaboreze cu avocatul parlamentar, anumite autorități fortificînd aceste relații prin documente de parteneriat speciale.

Una dintre atribuțiile de bază este supravegherea activității instituțiilor publice, private cu pri-

vire la respectarea drepturilor omului. Totodată, trebuie remarcat că în urma efectuării controlului respectiv sînt întocmite acte de reacționare care prevăd măsuri ce trebuie întreprinse de către aceste instituții pentru a redresa situația victimelor încălcării drepturilor omului. În baza rezultatelor examinării cererii, avocatul parlamentar, de asemenea, este în drept (art. 28) să adreseze în instanța de judecată o cerere în apărarea intereselor petiționarului ale cărui drepturi și libertăți constituționale au fost încălcate; să intervină pe lîngă organele corespunzătoare cu un demers pentru intentarea unui proces disciplinar sau penal în privința persoanei cu funcții de răspundere care a comis încălcări ce au generat lezarea considerabilă a drepturilor și libertăților omului; să sesizeze persoanele cu funcții de răspundere de toate nivelurile asupra cazurilor de neglijență în lucru, de încălcare a eticii de serviciu, de tărăgănare și birocratism.

Totodată, imixtiunea în activitatea avocaților parlamentari cu scopul de a influența deciziile acestora asupra unor sesizări concrete, ignorarea intenționată de către persoanele cu funcții de răspundere de toate nivelurile a sesizărilor și neîndeplinirea recomandărilor avocaților parlamentari, precum și împiedicarea sub oricare altă formă a activității acestora se sancționează cu amendă de la 20 la 30 de unități convenționale aplicată persoanei fizice, cu amendă de la 75 la 100 de unități convenționale aplicată persoanei cu funcție de răspundere (art. 320) [18].

Avocatul parlamentar este o instituție care trebuie să garanteze o atitudine de corectitudine și transparență în activitatea pe care o desfășoară, mai cu seamă pentru



că aria de control pe care o deține se referă la activitatea instituțiilor publice, private, organizațiilor etc.

Centrul de Informare în Domeniul Drepturilor Omului [19] relevă că „deși există deja de mai bine de 15 ani, instituția națională a Ombudsmanilor nu a reușit să se afirme în calitate de lider al sistemului național de apărare a drepturilor omului, nici în calitate de forță motrice în ceea ce privește incorporarea dimensiunii și priorității drepturilor omului în agenda dezvoltării naționale. Absoluta majoritate a populației Republicii Moldova nu cunoaște despre existența acestei instituții, vizibilitatea Ombudsmanilor pe arena națională și în spațiul mediatic național este aproape zero. Modul în care instituția s-a manifestat în cadrul perioadei critice a evenimentelor din aprilie 2009 este absolut inadecvat și insuficient”.

Cauzele ineficienței în activitatea avocaților parlamentari sînt multiple. Mai întîi de toate, chiar dacă art. 11, alin. (1) din Legea nr. 1349 prevede că aceștia sînt independenți față de Parlament, Președintele Republicii, autoritățile publice centrale și locale, persoanele cu funcții de răspundere de toate nivelurile, totuși, pornind de la faptul că este numit de Parlament, mandatul acestuia este oarecum supus unei influențe politice. De aceea, există riscul ca pe parcursul activității sale să fie „penalizat” politic prin nedesemnarea acestuia pentru un mandat viitor. Mai mult decît atît, respectarea principiului independenței este greu de garantat și pentru că nu există nici un mecanism care să asigure neaplicarea unor sancțiuni politice imediate din partea Parlamentului,

din moment ce acesta ia decizia în mod individual cu privire la demiterea din funcție a avocatului parlamentar.

În al doilea rînd, legislația nu prevede mecanisme eficiente pentru asigurarea respectării principiului imparțialității, din moment ce avocații parlamentari vin din mediul procuraturii, sau altor organe de drept. În această ordine de idei este absolut necesară și importantă introducerea unei cerințe suplimentare față de candidații pentru poziția de ombudsmani: „Ombudsmanul nu poate fi persoana care în ultimii trei ani a activat în cadrul organelor de poliție, procuraturii, SIS, apărării sau altor organe de forță”. În opinia Centrului de Informare în Domeniul Drepturilor Omului asemenea prevedere va slăbi relațiile dintre ombudsmani și organele de forță, care dăunează independenței instituției ombudsmanilor.

Totodată, nu există un mecanism legal clar pentru a asigura ca autoritățile, care primesc recomandări de la avocații parlamentari pentru a remedia situația persoanelor a căror drepturi au fost încălcate, le aplică în practică. Uneori aceste recomandări rămîn nerealizate și necercetate (tratate cu indiferență). Uneori este dificil de realizat drepturile de care dispune avocatul parlamentar din cauza lipsei de colaborare cu instituțiile de stat, lipsa de vizibilitate duce uneori la neglijarea recomandărilor formulate de aceștia.

Art. 16 din Legea cu privire la avocații parlamentari limitează competența avocaților parlamentari, stipulînd că nu fac obiectul activității avocaților parlamentari plîngerile al căror mod de examinare este prevăzut de legislația de procedură penală, legislația de

procedură civilă, legislația cu privire la contravențiile administrative și de legislația muncii. Considerăm că această prevedere legală limitează excesiv competențele ombudsmanilor, deoarece anume în materia justiției penale, civile, a legislației muncii și contravențiilor administrative se comit cele mai grave încălcări ale drepturilor omului: tortura, maltrătarile, arestările arbitrare, procesele inechitabile, încălcarea drepturilor de proprietate, discriminarea în câmpul muncii, etc. Respectiv limitarea competențelor în modul expus face instituția ombudsmanilor practic ineficientă.

În pofida ansamblului de mecanisme analizate, statutul juridic al persoanei în Republica Moldova continuă să fie expus unor violări sistematice. Discriminarea, tortura, nerespectarea drepturilor procesuale ale părților în procesele de judecată, insuficiența măsurilor efective pentru asigurarea remedierii eficiente în cazul încălcărilor, traficul de ființe umane etc. reprezintă doar unele dintre încălcările frecvente ale drepturilor omului din Republica Moldova, fapt confirmat și de vizitele regulate ale reprezentanților instituțiilor internaționale [20]. În aceste condiții s-a încercat fortificarea sistemului de protecție a drepturilor omului prin instituirea unui organ public specializat, cu responsabilități în supravegherea respectării legislației în domeniul egalității și nediscriminării – Consiliul pentru Prevenirea și Combaterea Discriminării, format din 5 membri și asistat de un aparat administrativ [21].

Unele atribuții ale Consiliului sînt formale, fără posibilitatea de evaluare a eficienței acestora. Astfel, Consiliul examinează co-



responsabilitatea legislației cu standarde nediscriminatorii, adoptă avize consultative, monitorizează modul de implementare a legislației, contribuie la sensibilizarea și conștientizarea societății în vederea eliminării tuturor formelor de discriminare în contextul valorilor democratice, contribuie la soluționarea amiabilă a conflictelor apărute în urma săvârșirii faptelor discriminatorii prin concilierea părților și căutarea unei soluții reciproc acceptabile (art. 12). Asemenea activități dublează rolul avocaților parlamentari și a Centrului pentru Drepturile Omului în domeniul asigurării egalității în drepturi și nediscriminării. Drept argument pot servi rapoartele de activitate ale Centrului pentru Drepturile Omului din Moldova [22], care descriu cu lux de amănunte activitatea Centrului în domeniul egalității și non-discriminării.

Totodată, unele competențe ale Consiliului pot fi apreciate ca substanțiale. Spre exemplu, Legea cu privire la asigurarea egalității prevede că Consiliul este în drept să solicite informații de la persoanele fizice și juridice (art. 15 alin. 2). Iar art. 71² din Codul Contravențional, *Împiedicarea activității Consiliului pentru prevenirea și eliminarea discriminării și asigurarea egalității*, prevede că „împiedicarea activității Consiliului pentru prevenirea și eliminarea discriminării și asigurarea egalității cu scopul de a influența deciziile acestuia, neprezentarea în termenul prevăzut de lege a informațiilor relevante solicitate pentru examinarea plîngerilor, ignorarea intenționată și neexecutarea recomandărilor date de consiliu, împiedicarea sub orice altă formă a activității acestuia se sancționează cu amendă de la 50 la 100 de uni-

tăți convenționale aplicată persoanei fizice, cu amendă de la 75 la 150 de unități convenționale aplicată persoanei cu funcție de răspundere”. În felul acesta, Consiliul este înzestrat cu pîrghii puternice pentru realizarea obiectivelor sale, depășindu-se, esențial capacitățile avocaților parlamentari.

În același spirit, art. 15 alin. (6) din Legea cu privire la asigurarea egalității prevede: „În cazul în care nu este de acord cu măsurile întreprinse de persoana care a comis fapta discriminatorie, Consiliul are dreptul să se adreseze unui organ ierarhic superior pentru a se lua măsurile corespunzătoare și/sau să informeze opinia publică”. Dar Legea nu reglementează expres ce informații sau concluzii este în drept Consiliul să comunice publicului. Astfel, comunicarea către public a anumitor concluzii neobiective ale Consiliului, de natură să denigreze, să acuze și să lezeze public demnitatea unei persoane nu este exclusă. Această prevedere din Lege contravine articolului 21 din Constituția Republicii Moldova [23], care stabilește că „orice persoană acuzată de un delict este prezumată nevinovată pînă cînd vinovăția sa va fi dovedită în mod legal, în cursul unui proces judiciar public, în cadrul căruia i s-au asigurat toate garanțiile necesare apărării sale”.

Totuși, în mod ideal, reieșind din competențele cu care este înzestrat și din pîrghiile pe care le deține, acest organ ar putea deveni un mecanism important în combaterea discriminării, contribuind la protecția statutului juridic al persoanei. Consiliul ar putea contribui esențial la ameliorarea situației în domeniul nediscriminării prin sancționarea funcționarilor publici pentru faptele și deciziile discri-

minatorii; prin sancționarea angajatorilor pentru actele de discriminare în cîmpul muncii; prin tragerea la răspundere a persoanelor fizice pentru actele discriminatorii efectuate în viața de fiecare zi.

Statutul juridic al persoanei presupune un regim juridic, ca fundament al raporturilor dintre persoană și societate, dintre cetățean și stat, ce ar exclude restrîngerea arbitrară a drepturilor și libertăților individului [24]. Mijloacele de apărare, garantare și asigurare a respectării acestui statut pe plan intern decurg din sistemul legislativ național, din normele interne ale statului. Deși la etapa actuală au fost întreprinse unele măsuri pentru a fortifica sistemul de protecție a drepturilor omului și a se asigura statutul juridic al persoanei, situația rămîne precară. Problemele sînt generate de aplicarea inefficientă a cadrului normativ, lipsa de cunoștințe în domeniu în rîndul persoanelor responsabile pentru implementarea politicilor ce țin de drepturile omului în teritoriu, dar și lipsa de interes în redresarea situației respective. Fără responsabilizarea tuturor organelor publice vom rămîne la nivelul unor promisiuni minciunoase și discursuri bombastice. Este foarte important să existe un dozaj optim al diverselor mijloace de protecție a persoanei, căci protecție reală a statutului juridic al individului nu depinde de unul sau altul din mijloacele de protecție luate izolat (cu excepția accesului la justiție). Determinantă este existența unui ansamblu echilibrat de mijloace susceptibile de a acorda șanse reale cetățeanului de rînd de a-și finaliza demersul.

Concluzie. În condițiile deficienței mecanismelor interne de asigurare a statutului juridic al



persoanei, Curtea Europeană pentru Drepturile Omului se prezintă ca un mecanism internațional efektiv, care garantează persoanelor ce locuiesc pe teritoriul R. Moldova contestarea efectivă a hotărârilor naționale, atunci când se consideră că un drept fundamental a fost încălcat. Deși Curtea este o instituție europeană, aceasta are un rol deosebit de important în asigurarea statutului juridic al persoanei în Republica Moldova prin constatarea încălcărilor săvârșite de către stat și prin oferirea unor remedii eficiente victimelor.

Referințe bibliografice

1. Robert Jacque. *Libertes publiques et droits de l'homme*. Paris: Montchrestien, 1988.
2. Ростовщиков И. В., Ростовщикова О. В. *О юридических гарантиях прав и свобод человека*. В: Российский юридический журнал, 2000, № 4, с. 26-33.
3. *Legea cu privire la Curtea Constituțională*, nr. 317-XIII din 13.12.94. Publicată în Monitorul Oficial Nr. 8 din 07.02.1995.
4. Marinică Elena Claudia. *Protejarea și protejarea drepturilor omului prin mijloace cotencioase*. București: Institutul Român pentru Drepturile Omului, 2011, 184 p.
5. *Legea nr. 190 din 19.07.1994 cu privire la petiționare*, republicată în Monitorul Oficial nr. 6-8 din 24.01.2003.
6. *Legea cu privire la Guvern nr. 64-XII din 31.05.90*, republicată în Monitorul Oficial nr. 131-133/1018 din 26.09.2002, p. 3, Veștile nr. 8/191, 1990.
7. *Legea cu privire la activitatea Poliției și statutul polițistului*, nr. 320 din 27.12.2012. În: Monitorul Oficial nr. 42-47 01.03.2013.
8. Tohătan Ioan Ștefan. *Drepturile omului și strategii antidiscriminatorii*. 2008, <http://www.scribd.com/doc/16193182/Drepturile-Omului-Curs1>.
9. *Legea contenciosului administrativ*, nr. 793 din 10.02.2000. În: Monitorul Oficial nr. 57-58 din 18.05.2000.
10. *Codul penal al Republicii Moldova*, nr. 985 din 18.04.2002. În: Monitorul Oficial nr. 72-74 din 14.04.2009.
11. *Cod de procedură penală al Republicii Moldova* nr. 122 din 14.03.2003. În: Monitorul Oficial nr. 104-110 din 07.06.2003.
12. *Legea cu privire la procuratură* nr. 294 din 25.12.2008. În: Monitorul Oficial nr. 55-56 din 17.03.2009.
13. *Legea cu privire la procuratură* nr. 294 din 25.12.2008. În: Monitorul Oficial nr. 55-56 din 17.03.2009, art.155, <http://www.transparency.md/content/view/311/68/1/1/lang,en/>
14. *Legea nr. 1349 din 17.10.1997 cu privire la avocații parlamentari*. În: Monitorul Oficial nr. 82-83 din 11.12.1997.
15. *Noțiuni cu privire la instituția avocatului parlamentar*. <http://www.e-democracy.md/files/ombudsman-moldova-2012.pdf>.
16. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=605470&SecMode=1&DocId=687260&Usage=2>.
17. *Codul jurisdicției constituționale* nr. 502 din 16.06.1995. În: Monitorul Oficial nr. 53-54 din 28.09.1995.
18. *Codul contravențional al Republicii Moldova*, nr. 218 din 24.10.2008. În: Monitorul Oficial nr. 3-616.01.2009.
19. <http://www.cido.org.md/attachments/article/69/CIDO%20ombudsman.pdf>
20. Vidaicu Daniela. *Instituția avocatului parlamentar în Republica Moldova: realități și perspective*. Chișinău, 2012, <http://www.e-democracy.md/files/ombudsman-moldova-2012.pdf>
21. *Legea cu privire la asigurarea egalității*, nr. 121 din 25.05.2012. În: Monitorul Oficial nr. 103 din 29.05.2012.
22. *Raport privind respectarea drepturilor omului în Republica Moldova în anul 2012*. Centrul pen-