

©“Адвокатская Палата”

Официальное издание
Адвокатской палаты Московской области
№ 2, февраль 2011
Научно-практический журнал, выходит с
01.01.2003

Издание зарегистрировано в Министерстве Российской Федерации по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций.

Свидетельство о регистрации
ПИ-77-14492 от 27.01.2003 г.

Учредитель: Адвокатская палата Московской области

Издатель: Адвокатская палата Московской области

Главный редактор: Ю.М.Боровков

Выпускающий редактор: А.А.Горшенков

Компьютерная графика, верстка: А.А.Исупов

Адрес редакции: 111020, город Москва,

Госпитальный вал, 8/1, строение 2

Телефон редакции: (495) 360-3941, 360-8630

E-mail: armo@bk.ru **Web:** www.armo.ru

Подписной индекс: 82201

Отпечатано: ООО “Красногорская типография”

143000, Московская область, город Красногорск,

Коммунальный квартал, д.2

Объем: 6 п.л. **Тираж** 1000 экз. **Заказ** 1089

Редакционный Совет журнала "Адвокатская палата"

1. Председатель редакционного совета журнала
Галоганов Алексей Павлович, адвокат, президент АПМО;
2. **Ария Семен Львович**, адвокат, член АПМО;
3. **Бойков Александр Дмитриевич**, адвокат, член АПМО;
4. **Боровков Юрий Михайлович**, адвокат, первый вице-президент АПМО;
5. **Володина Светлана Игоревна**, адвокат, вице-президент ФПА РФ, член Квалификационной комиссии АПМО;
6. **Добровольская Светлана Игоревна**, адвокат, руководитель Экспертно-консультативного совета АПМО;
7. **Жаров Александр Евгеньевич**, Уполномоченный по правам человека в Московской области;
8. **Ковалева Лидия Николаевна**, адвокат, член Совета АПМО;
9. **Пепеляев Сергей Геннадьевич**, адвокат, член Совета АПМО;
10. **Пилипенко Юрий Сергеевич**, адвокат, первый вице-президент ФПА РФ;
11. **Юрьев Сергей Сергеевич**, адвокат, председатель президиума коллегии адвокатов “Межрегион”.

В номере:

События	
Калейдоскоп событий	2
Обмен опытом	
А.В. Киц Справедливость восторжествовала	3
Ю.А. Кругов Призван на военную службу незаконно...	6
Р.И. Романов Привлечение к участию в арбитражном процессе иностранного лица как способ затягивания судебного разбирательства	12
М.И. Фёдоров Дело о лингвистической экспертизе	16
В.Н. Байбуз Господа, оплатите вексель	18
А.В. Никифоров Влияние традиций российской правовой школы на общие положения наследования по завещанию	21
А.Н. Кривоносов Принятие решения по делам о налоговых правонарушениях	27
С.В. Дьяконова Условное осуждение и его правовая природа	31
Философия права	
Р.П. Чернов О презумпции невиновности. Людологический обзор (окончание)	34
История адвокатуры	
С.Ю. Макаров Адвокаты и герцоги. Очерк истории взаимоотношений французской адвокатуры и общества в конце XVII века	41
Наследие	
М.Г. Топчан, Ю.В. Щиголев Анатолий Федорович Кони - юрист и мыслитель	44
Немного юмора	
Немного юмора...	48

Рукописи не возвращаются,
публикации не оплачиваются

КАЛЕЙДОСКОП СОБЫТИЙ

Благодарность от врачей

На заседании Совета Адвокатской палаты Московской области 26 января 2011 г. состоялось знаменательное событие: свою признательность нашей палате за помощь в организации и проведении "Дня Донора" в минувшем ноябре выразили врачи Московской областной станции переливания крови.

Представитель этого уважаемого государственного учреждения здравоохранения С.А. Дёмин вручил президенту АПМО А.П. Галоганову "Благодарность", в которой напоминает, что донорство воспитывает в человеке лучшие нравственные качества - доброту, отзывчивость, патриотизм, в которых так нуждается современное общество. А добровольная и бескорыстная сдача крови во имя спасения людей, попавших в беду, - высокий акт гуманизма. Именно благодаря ему многие пациенты, находящиеся в тяжёлом состоянии, получают шанс вернуть здоровье и сохранить жизнь.

Такой гуманизм и проявили многие подмосковные адвокаты. "Благодаря Вашей помощи высокоэффективную гемотранфузионную терапию в полном объёме смогут получить самые маленькие наши сограждане - пациенты детского отделения Московского областного онкологического диспансера, Московского областного перинатального центра, детского ожогового центра", - отмечается в документе за подписью главного врача ГУ "МОСПК", главного трансфузиолога Московской области Л.И. Каюмовой.

В заключение "Благодарности" выражается надежда на дальнейшее сотрудничество медиков и адвокатов. Конечно же, оно будет продолжено.

Отменён в полном объёме

В январе с.г. президиумом Новосибирского областного суда под председательством заслуженного юриста РФ председателя Новосибирского облсуда В.И. Михайленко в полном объёме был отменён вынесенный ранее обвинительный приговор. Хирурга Е.В. Булгакова обвиняли по двум эпизодам ст.228.1 ч.1 УК РФ (сбыт наркотиков).

Участовавший в судебном заседании заместитель областного прокурора также просил об отмене приговора, поддержав доводы надзорной жалобы адвоката Адвокатской палаты г. Москвы Р.П. Чернова. Оглашая доводы надзорного постановления, президиум указал на допущенное нарушение права на защиту и неправомерную квалификацию действий хирурга при отсутствии изначальных оснований к возбуждению уголовного дела.

В Мордовии оплатят бесплатную помощь

С января с.г. в Мордовии начал действовать республиканский закон "Об оказании отдельным категориям гра-

ждан Российской Федерации на территории республика Мордовия юридической помощи бесплатно". Как сообщил пресс-службе ФПА президент АПРМ В.М. Волков, на финансирование бесплатной юридической помощи из регионального бюджета выделено около двух миллионов рублей. В.М. Волков был одним из разработчиков республиканского закона. На сегодняшний день на территории Мордовии практикуют 303 адвоката.

Избрание президента ФПА

Во второй половине января в Санкт-Петербурге состоялось заседание Совета Федеральной палаты адвокатов России. Главным вопросом повестки дня стало избрание президента Федеральной палаты адвокатов. Была выдвинута одна кандидатура - Е.В. Семеняко.

По решению членов Совета выборы проводились путём открытого голосования. За Е.В. Семеняко проголосовали все члены Совета ФПА за исключением самого воздержавшегося, самого Евгения Васильевича.

Благодаря коллег за оказанное доверие, президент ФПА отметил, что высоко ценит уровень открытости и доверия товарищей по Совету. По мнению Семеняко, уже в ближайшее время адвокатуре особенно будут нужны единство и корпоративность. Совету ФПА предстоит выработать общую позицию адвокатского сообщества в рамках государственной программы "Юстиция", предусматривающей кардинальные изменения во многих областях юридической практики и правоприменения. Эта позиция будет представлена на рассмотрение делегатам Пятого Всероссийского съезда адвокатов, который пройдёт в Москве 26 апреля с.г.

В Доме литераторов о работе адвокатов

В традиционном месте ежегодных конференций подмосковных адвокатов - Центральном Доме литераторов в Москве - прошла 28 января и "круглая" десятая отчётно-выборная конференция Адвокатской палаты Московской области. В Большом зале ЦДЛа обсудить свои проблемы сошлись почти пятьсот делегатов от 4862 областных адвокатов. Были избраны секретариат, мандатная, редакционная и счётная комиссии конференции. Свои приветственные речи в её адрес озвучили почётные гости: первый заместитель председателя Московской областной думы С.В. Юдаков, заместитель начальника Управления Министерства юстиции России по Московской области К.Ю. Плехов, президент Адвокатской палаты г. Москвы Г.М. Резник, президент Гильдии российских адвокатов Г.Б. Мирзоев и другие.

Центральным пунктом повестки дня стал обстоятельный доклад президента АПМО А.П. Галоганова о работе руководящих органов палаты и адвокатов палаты за отчётный период. В частности, Алексей Павлович остановился на таком приоритетном направлении деятельности подмосковных защитников как оказание доступ-

ной бесплатной юридической помощи нуждающимся согражданам. Ей занимались в минувшем году более 1300 адвокатов АПМО, выполнивших свыше 23,5 тысяч поручений почти 19 тысяч жителей области и других регионов. Подобная работа велась адвокатами и в многочисленных общественных приёмных губернатора, правительства и думы Московской области, приёмных Полномочного представителя Президента РФ в Центральном Федеральном округе и партии "Единая Россия".

В числе проведённых за истекший период мероприятий палаты президент отдельно выделил такие неординарные акции как продолжившийся второй год масштабный благотворительный проект в пользу больных детей "Голос сердца", Шестой фестиваль авторской песни им. Жени Кривенко и Третью ежегодную литературную церемонию, посвящённую творчеству адвокатов Московской области, вторично прошедший теннисный турнир палаты.

Подготовлено свыше 200 стажёров - для них и помощников адвоката в офисе АПМО на Госпитальном валу было прочитано 390 учебных лекционных часов. Не оставались без внимания также успешно сдавшие экзамен - их группы прослушали курсы длительностью 340 часов, а действующие адвокаты могли повысить свою квалификацию в течение 120 часов. Лекции читали лучшие подмосковные и московские адвокаты, известные учёные-юристы.

Первый вице-президент АПМО Ю.М. Боровков отчитался об исполнении сметы на общие нужды АПМО за прошлый год и зачитал проект новой сметы на год текущий. Председатель постоянной Ревизионной комиссии А.Л. Красинский рассказал о прошедших проверках финансовой деятельности палаты. О документации, которую должен предоставить в палату адвокат для оплаты его работы в порядке ст. 50 ГПК, напомнил член Совета АПМО Н.Н. Большаков.

С различными докладами и в прениях по вопросам выступили также адвокатские руководители и адвокаты Б.В. Горемыкин, Ю.В. Щиголев, В.А. Фомин, В.А. Сизова, К.Г. Скулина, М.А. Абрамович, С.В. Халмош, И.С. Яртых, В.М. Шеркер, А.И. Краснокутская, В.В. Набоков и другие.

По итогам X очередной конференции адвокатов Московской области были приняты Решения из 26 пунктов. В частности, работа Совета Адвокатской палаты Московской области за 2010 год признана удовлетворительной. Утверждены отчёт Ревизионной комиссии АПМО за прошедший период, а сама комиссия увеличилась теперь на два человека, таким образом, её количество отныне будет составлять семь адвокатов. Утверждено исполнение сметы АПМО за прошлый год и утверждена новая смета. С 1 января текущего года на 40 рублей увеличены обязательные отчисления адвокатов на общие нужды палаты, таким образом, они составляют теперь 580 рублей ежемесячно. Отдельно стоит остановиться на единовременных отчислениях для членов АПМО, получивших статус адвоката после 28 января 2011 года. Они повысились и составляют теперь 10 тысяч рублей, направляемых на расходную статью сметы "Профессиональное обучение". Следует заметить, что даже после повышения размер единовременного адвокатского от-

числения в подмосковной палате остаётся одним из самых низких в стране, отставая от некоторых других адвокатских палат в десятки раз. Утверждён протокол Счётной комиссии о результатах тайного голосования по обновлению (ротации) Совета АПМО. В Совет вошли пять человек, получивших простое большинство голосов делегатов, принявших участие в голосовании. Это А.И. Волков, Л.Н. Ковалёва, Ю.В. Пайгачкин, С.В. Халмош и Е.А. Цуков. Утверждён протокол и о выборах Квалификационной комиссии палаты. В неё вошли шесть адвокатов: М.А. Абрамович, С.И. Володина, М.Л. Гонопольский, А.Н. Лобунец, А.В. Рублёв и М.Н. Толчеев. А на грядущий в апреле Всероссийский съезд адвокатов в качестве представителей АПМО делегированы президент АПМО А.П. Галоганов, первый вице-президент АПМО Ю.М. Боровков и вице-президент АПМО Ю.Г. Сорокин. В качестве почётных гостей съезда делегированы заслуженные юристы РФ С.Л. Ария и А.И. Краснокутская.

В ходе мероприятия на большом экране неоднократно демонстрировался видеоролик о жизни палаты за все восемь лет её существования. Подробнее же с материалами конференции можно будет ознакомиться в №1 2011 г. "Вестника АПМО" - информационного ежеквартального издания подмосковной палаты.

(по материалам нашего спецкора и адвокатских СМИ)

А.В. Киц - адвокат АПМО, член Союза журналистов России

СПРАВЕДЛИВОСТЬ ВОСТОРЖЕСТВОВАЛА

(В том числе, благодаря публикации журнала "Адвокатская палата". Но никто не признал допущенные ошибки, не извинился и не ответил за них...)

От редакции. В ноябрьском номере 2009 года "Адвокатская палата" опубликовала статью нашего автора А.В. Кица "Кто может в нашей стране заставить любить и исполнять законы и Конституцию?". Значительная ее часть - как пример так называемого обвинительного уклона в отечественном судопроизводстве - была посвящена 30-летнему сотруднику полка ДПС ГИБДД ГУВД Ростовской области Игорю Керману, которого совершенно голословно обвинили в разбойном нападении и незаконном завладении чужим автомобилем. Затем последовало такое же нелепое обвинение в мошенничестве. Не станем пересказывать все подробности этого запутанного дела. Скажем лишь, что в редакционном послесловии "Адвокатская палата" заявила, что рассматривает данную статью, как еще одно обращение в соответствующие компетентные органы и, прежде всего, в Генеральную прокуратуру РФ - для рассмотрения и принятия необходимых мер. Сегодня мы вновь возвращаемся к этой теме.

С высоты своей колокольни

Фемида и правоохранительная система наши устроены таким сложным образом, что вынесения двух оправдательных вердиктов присяжными заседателями и, соответственно, двух оправдательных приговоров гражданину России, отсидевшему в тюрьме более чем 4,5 года, оказалось недостаточно, чтобы он обрел свободу. Поскольку сторона обвинения имеет право вновь всё обжаловать, с поразительным упорством доказывая вину невиновного. Это лишь одна из составляющих, которая может служить красноречивой характеристикой нашего общества. Она определяет силу законов, по которым живут в этом обществе, и, как следствие, указывает на наличие коррупции в нем. "Сытый" и "сильный" презренно и безразлично смотрят на горе людей с высоты своей колокольни. Пока сами с неё не свалятся или не окажутся в рядах таких же страдальцев. Примеров - хоть отбавляй...

Руки назад! Голову вниз! Бегом марш...

Напомним, уголовное дело Игоря Кермана было рассмотрено в Ростовском областном суде дважды: в 2007 году в течение девяти месяцев, и в 2008-2010 годах в течение двух лет. Дважды разным составом суда было вынесено одно решение - о невиновности Игоря Кермана и его непричастности к преступлениям, связанным с разбоем и мошенничеством.

Черная полоса в жизни Кермана, длившаяся весь период пребывания его в тюрьме в течение 37 месяцев, закончилась повторным оправдательным приговором суда.

15 апреля 2010 года после повторного судебного разбирательства в Ростовском областном суде, уже в новом составе, присяжные заседатели вновь вынесли оправдательный вердикт в отношении Игоря Кермана. В этот же день Игорь Керман в соответствии со ст. 346 УПК РФ был освобожден из-под стражи и отпущен на свободу. Заметим, второй раз за период более чем четырехлетнего расследования уголовного дела. 22 апреля 2010 года судья Ростовского областного суда Татьяна Черкасова вынесла оправдательный приговор Игорю Керману, который подтвердил результаты первого судебного расследования (в другом составе суда) в 2007 году. Это стало доказательством того, что представленные стороной обвинения в уголовном деле материалы о виновности Игоря Кермана не имеют ничего общего с действительностью. Об этом еще на стадии предварительного расследования адвокатами многократно были поданы жалобы в вышестоящие органы, от которых, как всегда, следовали одни отписки. Всем всё было не только безразлично, но и встали стеной в защиту так называемой "чести" мундира. Спросить бы сейчас с них за бездействие и равнодушие. Но у нас это почему-то не принято. Да и некому спрашивать.

Не всеми слова "Наша честь" забыты

Сторону обвинения такой поворот событий по уголовному делу в отношении Игоря Кермана вновь не устроил. Была направлена кассационная жалоба в Верховный Суд РФ с требованием отмены оправдательного приговора. 29 июля 2010 года в Верховном Суде были рассмотрены представления обвинения и возражения защиты на них с предоставлением подтверждающих фактов и документов. Вынесенный 22 апреля 2010 года оправдательный приговор Ростовского областного суда оставлен в силе и вступил в законную силу.

Простите уж за пафос, но справедливость, законность, правосудие, а не "понятия" и "связи" восторжествовали благодаря судьям высшей категории из Верховного Суда РФ, которые в соответствии с законом честно исполняют свои обязанности, отвечающие требованиям Конституции РФ, УПК РФ, Закону "О статусе судей в Российской Федерации", Кодексу судейской этики и не поддаются влиянию со стороны.

После окончания судебного расследования судья Татьяна Черкасова была переведена с должности судьи в надзорную инстанцию Ростовского областного суда. Возможно, это повышение для нее, и теперь она станет квалифицированно исправлять ошибки, которые могут допустить другие судьи.

Кто оценит и возместит?

В семье Игоря Кермана за время его вынужденного отсутствия подросла малолетняя дочь, родился сын. Ко-

нечно же, без воспитания и заботы отца. Жене сделали операцию. После рождения ребенка она проходила лечение, а маленький сын тоже долго лечился в больнице по месту проживания и в городе Ростове-на-Дону, в институте акушерства и педиатрии. Сильно заболели родители-пенсионеры. Ухудшилось здоровье мамы Игоря, инвалида 2-й группы. Скучной пенсии родителей еле хватало, чтобы платить коммунальные услуги, приобретать лекарства, самое необходимое для содержания себя и семьи сына. Необходимо было подрабатывать, чтобы позволить себе ездить на суд и в СИЗО в Ростов-на-Дону, оплачивать услуги адвокатов. На одни только передачи продуктов питания сыну и мужу в тюрьму тратилась значительная часть скудного семейного бюджета.

Кто теперь оценит переживания, моральные и душевные боли, вызванные, в том числе, досужими толкованиями соседей, знакомых, сослуживцев самого Игоря, его жены, сестры, родителей? Кто оценит утрату определенного авторитета в обществе, компенсирует увольнение с места работы, возместит длительные материальные затруднения? Кто возместит содержание под стражей, силы, потраченные на борьбу с обстоятельствами, которые заставляли признаться в совершении того, чего не совершал? Кто даст страховку за болезни, страдания и унижения человеческого достоинства Игоря Кермана и всех тех, кто переживал за него? Работающая с высокими оборотами мясорубка перемальвывает и калечит судьбы всех подряд, не думая о том, что скоро в России не останется людей (впрочем, не только россиян), которых не коснулась современная правоохранительная система.

Не все выдерживают испытание на прочность, верность, любовь, дружбу. Все это - покалеченные судьбы. И все это - уничтожение нации, если взять и сложить такие же судьбы, которых в России, к глубокому стыду перед цивилизованным миром и сожалению, очень много.

Отделались легким испугом

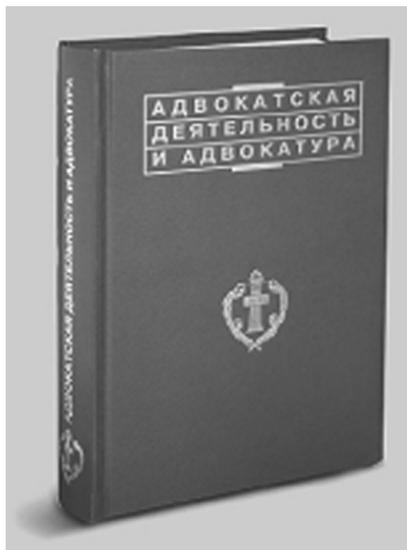
Каковы же последствия для тех, кто выносил незаконные решения?

Трое оперативников - Лобырев, Секизян и Орлов, уже бывшие работники правоохранительных органов, которые в 2006 году активно принимали участие в сборе доказательств виновности Игоря Кермана, уволены из органов МВД за должностные преступления. В том числе за фальсификацию доказательств по обвинению различных лиц по другим материалам расследования в 2008-2010 годах. Более серьезного наказания никто из них не понес.

Не каждый высокопоставленный чиновник из касты "сытых" и "сильных" способен признать допущенные ошибки. Поэтому Игорю Керману и его родственникам, возможно, еще предстоит доказывать, что они к событиям, повлекшим людские страдания и горе, не имеют никакого отношения. Что ж, поживём - увидим.

Тем не менее, семья Игоря благодарит тех людей, кому не безразличен Закон, кто не соглашается с произволом и борется с беззаконием. Но слышат ли их те, кто по своим должностным обязанностям должен услышать?

Законодательство об адвокатуре: полная версия



Вышел в свет сборник нормативных актов и документов "Адвокатская деятельность и адвокатура". Издание подготовлено Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации и Фондом поддержки и развития адвокатуры "Адвокатская инициатива".

В сборник вошли международные документы, определяющие статус и правовое положение адвоката, законодательные акты Российской Федерации об адвокатуре, указы Президента РФ и нормативные акты Правительства РФ, министерств и ведомств.

Значительный раздел составляют судебные решения, касающиеся отдельных аспектов адвокатской деятельности и защиты прав адвоката.

В последнем разделе содержатся акты Федеральной палаты адвокатов.

Заказать сборник "Адвокатская деятельность и адвокатура" можно в Фонде "Адвокатская инициатива" и в редакции "Новой адвокатской газеты".

Объем - 650 страниц.
Цена книги 350руб.

Для читателей "Новой адвокатской газеты" оформивших подписку через редакцию на 2011 год - 300руб.

Тел. (495) 787-28-35. Факс. 787-28-36. E-mail: AGpodpiska@mail.ru

Ю.А. Кругов - адвокат АПМО, Московская городская коллегия адвокатов "Форт", полковник юстиции в отставке

Призван на военную службу незаконно...

(о некоторых проблемах защиты по уголовным делам о воинских преступлениях граждан, призванных на военную службу с нарушениями законодательства РФ о воинской обязанности и военной службе)

Адвокат, принимая на себя защиту в уголовном процессе, обязан честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещёнными законодательством Российской Федерации средствами. Естественно, что в уголовном процессе адвокат - защитник всегда стремится добиться наилучшего для доверителя результата расследования по уголовному делу.

Задачей - максимум для защитника при этом является прекращение уголовного преследования, предпочтительней всего, - по реабилитирующим основаниям: в связи с отсутствием события преступления либо в связи с отсутствием в деянии состава преступления (п.п. 1 и 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ). Принятие такого решения по делу не только не влечёт за собой какие-либо негативные последствия для доверителя в дальнейшем, но и означает возникновение у последнего права на реабилитацию: возмещение имущественного вреда, устранение последствий морального вреда и восстановление в трудовых, пенсионных, жилищных или иных правах. Вред, причинённый гражданину в результате уголовного преследования, возмещается государством в полном объёме, независимо от вины органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда.

В данной статье автор хочет поделиться некоторым практическим опытом, накопленным в процессе работы по защите законных прав и интересов военнослужащих по призыву, которые необоснованно привлекались к уголовной ответственности за совершение преступлений против военной службы.

Полагаю, что некоторая часть адвокатского сообщества может испытывать определённые трудности при осуществлении защиты данной категории военнослужащих по уголовным делам о так называемых "воинских преступлениях". Данное предположение основано на том, что отдельные адвокаты, в силу различных причин не только не проходили военную службу, но и не сталкивались с ней воочию, в связи с чем имеют весьма смутное представление об этой сфере общественных отношений.

Большинство норм УК РФ имеет универсальный характер: вопросы ответственности за совершение преступлений, как правило, решаются одинаково независимо от того, в какой сфере общественной жизни они совершены. Однако существует ряд норм, которые либо полностью выражают интересы военной службы, либо выделяют эти интересы среди других. Это связано с особым характером военно-служебной деятельности в сочетании с её исключительной опасностью и обязательностью, принципом единоначалия, воинской дисциплиной, а также строгой регламентацией жизнедеятельности

требованиями Общевоинских уставов и приказами командиров и начальников.

Кроме того, осуществляя защиту военнослужащих по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных главой 33 УК РФ, адвокату необходимо не только знать положения законодательства о воинской обязанности и военной службе, но и ориентироваться во всём массиве ведомственных нормативных актов, так или иначе регламентирующих воинские правоотношения.

Интересы военной службы и общества, в целом, требуют, чтобы к уголовной ответственности привлекались только лица, виновные в совершении преступления, и исключалась ответственность тех, кто совершил деяния, формально предусмотренные уголовным законом, но в действительности не образующие преступления.

Перечень обстоятельств, исключающих преступность деяний, приведён в ст.ст. 37-42 УК РФ, они хорошо известны любому адвокату.

Хочу порекомендовать коллегам обратиться к "Обзору судебной практики по делам о преступлениях против военной службы и некоторых должностных преступлениях, совершаемых военнослужащими" от 1 марта 2002 года, подготовленному Военной коллегией Верховного Суда Российской Федерации. Названный "Обзор..." также актуален сегодня. Он многократно был опубликован, в связи с чем его содержание в настоящей публикации ввиду его громозкости не производится.

Вместе с тем полагаю необходимым остановиться на тех особенностях субъекта преступлений против военной службы, наличие которых обязательно должно проверяться при расследовании уголовных дел названной категории. Их наличие может привести к благоприятным для доверителя результатам расследования уголовного дела, вплоть до прекращения по реабилитирующим основаниям.

Субъектами преступлений против военной службы, согласно ст. 331 УК РФ, могут быть военнослужащие и граждане, пребывающие в запасе, во время прохождения ими военных сборов. В воинских преступлениях субъект относится к категории специальных, то есть обладающих, наряду с общими признаками (вменяемостью и возрастом) - специальными. К их числу следует прежде всего отнести пребывание лица в момент совершения преступления на военной службе.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона "О воинской обязанности и военной службе" от 28 марта 1998 года (с последующими изменениями и дополнениями, далее ФЗ) гражданин, проходящий военную службу, является военнослужащим и имеет статус, устанавливаемый Федеральным законом. Под военной службой понимается особый вид федеральной государственной службы, исполняемой гражданами, в Вооружённых Силах

Российской Федерации, а также во внутренних войсках Министерства внутренних дел РФ, в войсках гражданской обороны, инженерно-технических и дорожно-технических воинских формированиях при федеральных органах исполнительной власти, в Службе внешней разведки, органах Федеральной службы безопасности, федеральных органах государственной охраны, создаваемых на военное время специальных формированиях.

Призыву на военную службу, согласно части 1 статьи 22 того же закона, подлежат граждане мужского пола в возрасте от 18 до 27 лет, состоящие или обязанные состоять на воинском учёте и не пребывающие в запасе. В соответствии с частью 4 этой же статьи, **решение о призыве граждан на военную службу может быть принято только после достижения ими возраста 18 лет.**

Таким образом, военную службу по призыву, в подавляющем большинстве, проходят граждане, не обладающие необходимым социальным опытом, а также достаточными знаниями действующего законодательства и нормативных документов. Всё это повышает роль адвоката в осуществлении грамотной и качественной защиты последних в случае их привлечения к уголовной ответственности.

Ввиду изложенного важное значение для определения круга субъектов преступлений против военной службы имеет установление начального и конечного момента состояния на военной службе.

В соответствии с частью первой статьи 38 ФЗ, срок военной службы для военнослужащих, призванных на военную службу, составляет 12 месяцев.

Согласно части десятой и одиннадцатой той же статьи началом военной службы для граждан, не пребывающих в запасе, призванных на военную службу, считается день присвоения воинского звания рядового, а окончанием военной службы - дата исключения военнослужащего из списков личного состава воинской части.

Кроме того, порядок прохождения гражданами Российской Федерации военной службы по призыву определён также "Положением о порядке прохождения военной службы" (утверждено Указом Президента РФ от 16 сентября 1999 года № 1237).

Так, согласно пункту "а" части третьей и части четвёртой статьи 3 "Положения...", срок военной службы для военнослужащих, проходящих военную службу по призыву, истекает в соответствующее число последнего месяца срока военной службы по призыву. Днём окончания военной службы считается день исключения военнослужащего из списков личного состава воинской части. Военнослужащий должен быть исключён из списков личного состава воинской части в день истечения срока его военной службы, кроме случаев, установленных Федеральным законом и настоящим Положением. День исключения из списков личного состава воинской части является для военнослужащего днём окончания (последним днём) военной службы.

Как следует из положений части одиннадцатой статьи 38 ФЗ, военнослужащий должен быть исключён из списков личного состава воинской части в день истечения срока его военной службы, за исключением ряда случаев, перечень которых является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит.

В названном Федеральном законе (п. 12 ст. 38) указывается, что в срок военной службы не засчитывается время пребывания в дисциплинарной воинской части и отбывания дисциплинарного взыскания в виде ареста, а также время самовольного оставления части или места службы свыше 10 суток. В этих случаях срок службы должен увеличиваться на это время. Следует также иметь в виду, что военнослужащему, освобождённому из дисциплинарной воинской части, при условии его безупречной военной службы, время пребывания в дисциплинарной воинской части может быть засчитано в срок его военной службы в соответствии с "Положением...".

К уголовной ответственности за преступления против военной службы лицо может быть привлечено и после окончания военной службы при условии, что деяние совершено им в период военной службы и не истекли сроки давности привлечения к уголовной ответственности.

Совершение преступления, предусмотренного главой 33 УК РФ, лицом, оказавшимся на военной службе на незаконном основании, исключает ответственность за преступления против военной службы.

Важное значение для установления наличия либо отсутствия состава преступления в действиях доверителя, проходящего военную службу по призыву, имеет проверка его социально-демографических и иных данных о личности и семейно-имущественном положении с точки зрения их соответствия требованиям, предъявляемым российским законодательством о воинской обязанности и военной службе.

Особенно актуальным это является в наши дни, поскольку до сих пор факты незаконного призыва граждан на военную службу не только не изжиты, но и носят массовый характер. Как сообщил в своём интервью средствам массовой информации Главный военный прокурор Сергей Фридинский, прокурорскими проверками те или иные нарушения законодательства о призыве на военную службу в 2009 году были выявлены в трети военных комиссариатов.

Специфическим ограничительным признаком субъекта преступления против военной службы является его **принадлежность к гражданству Российской Федерации**. Согласно ст. 59 Конституции РФ военную службу несёт только гражданин Российской Федерации. Действующим законодательством прохождение военной службы по призыву иностранными гражданами не предусмотрено.

В этой связи очень важно внимательно разобраться в принадлежности доверителя к гражданству Российской Федерации либо другого государства. В последнем случае лицо не может являться субъектом воинского преступления. Данное положение актуально, поскольку многие граждане, родившиеся на территории бывших республик СССР до дня вступления в силу Закона РФ "О гражданстве Российской Федерации" - 1 июля 2002 года, в последующем в соответствии с федеральным законом его не приобрели. Де-факто являясь гражданами иностранного государства, они могут быть незаконно, сами не подозревая об этом, призваны на военную службу.

Иногда это происходит умышленно, когда граждане иностранных государств, преследуя свои цели, осознанно обращаются в военкомат с просьбой призвать их на военную службу. Автору известен случай, когда молодой человек (русский по национальности), проживавший в городе Душанбе, с целью скрыться от уголовной ответственности за совершённое на территории Республики Таджикистан преступление, обратился в военкомат в одном из городов Центральной России по месту жительства его бабушки. Несмотря на то, что он даже не состоял на воинском учёте, его охотно призвали в армию и направили в одну из воинских частей. Лишь спустя полгода в ходе расследования уголовного дела, возбуждённого военной прокуратурой по факту самовольного оставления им воинской части, факт незаконного призыва был выявлен, а уголовное дело о воинском преступлении прекращено за отсутствием состава преступления.

Основания, исключающие возможность признания лица субъектом преступления против военной службы, обозначены в законе либо как **обстоятельства, наличие которых не допускает призыв лица на военную службу, либо даёт право на освобождение либо отсрочку от военной службы.**

Представляется, что во всех случаях, когда лицо призвано на военную службу, несмотря на наличие указанных оснований, либо продолжает служить после возникновения таких оснований, пребывание такого лица на военной службе следует считать незаконным, и его, как не отвечающего требованиям, предъявляемым к военнослужащим, признавать субъектом преступления против военной службы нельзя. В случае совершения им общественно опасного деяния, содержащего состав иного, общеуголовного преступления, он подлежит ответственности за это преступление.

Частью второй статьи 22 ныне действующего Федерального закона "О воинской обязанности и военной службе" установлено, что на военную службу **не призываются граждане, которые в соответствии с настоящим Федеральным законом освобождены от исполнения воинской обязанности, призыва на военную службу, а также граждане, не подлежащие призыву на военную службу.**

От призыва на военную службу освобождаются граждане (часть первая статьи 23 ФЗ):

- а) признанные не годными или ограниченно годными к военной службе по состоянию здоровья;
- б) проходящие или прошедшие военную службу в Российской Федерации;
- в) проходящие или прошедшие альтернативную гражданскую службу;
- г) прошедшие военную службу в другом государстве.

Право на освобождение от призыва на военную службу имеют граждане (часть вторая 2 статьи 23 ФЗ):

- а) имеющие предусмотренную государственной системой аттестации учёную степень;
- б) являются сыновьями (родными братьями):
военнослужащих, проходивших военную службу по призыву, погибших (умерших) в связи с исполнением ими обязанностей военной службы и граждан, проходивших военные сборы, погибших (умерших) в связи с ис-

полнением ими обязанностей военной службы в период прохождения военных сборов;

граждан, умерших вследствие увечья (ранения, травмы, контузии) либо заболевания, полученных в связи с исполнением ими обязанностей военной службы в период прохождения военной службы по призыву, после увольнения с военной службы либо после отчисления с военных сборов или окончания военных сборов.

Не подлежат призыву на военную службу граждане (часть третья статьи 23 ФЗ):

- а) отбывающие наказание в виде обязательных работ, исправительных работ, ограничения свободы, ареста или лишения свободы;
- б) имеющие неснятую или непогашенную судимость за совершение преступления;
- в) в отношении которых ведётся дознание либо предварительное следствие или уголовное дело в отношении которых передано в суд.

Перечень оснований для отсрочки от призыва на военную службу приведён в статье 24 названного ФЗ и ввиду его большого объёма в настоящей публикации не приводится.

Моя прокурорско-следственная, а затем адвокатская практика показывает, что более 90 процентов уголовных дел, прекращённых по реабилитирующим основаниям в стадии предварительного следствия, были прекращены в связи с выявлением у обвиняемых (подозреваемых) различных заболеваний, исключающих прохождение ими военной службы. Последнее обстоятельство было обусловлено недостатками в организации и проведении медицинского освидетельствования граждан при призыве. Примерно 5 процентов дел были прекращены в связи с теми или иными основаниями, предусмотренными частью третьей статьи 23 ФЗ. Все остальные поводы для прекращения уголовных дел в связи с признанием субъекта преступления не соответствующим требованиям законодательства о военной службе составляют примерно не более трёх процентов.

В связи с изложенным остановлюсь более подробно на двух вышеназванных основаниях освобождения военнослужащих по призыву от уголовной ответственности за совершение воинских преступлений.

Предполагается, что для службы в Вооружённых силах должны отбираться исключительно здоровые молодые люди. К сожалению, это далеко не так. Как утверждает председатель межрегионального движения "Солдатские матери" Татьяна Кузнецова, у призывника практически нет шансов получить законную отсрочку от призыва. В маленьких городах, - продолжает она, - вообще не существует такой отсрочки, как отсрочка по состоянию здоровья. Если молодой человек находится в призывном возрасте, ему автоматически пишут, что он годен к военной службе.

В соответствии с п. 13 "Положения о призыве на военную службу граждан РФ", утвержденного постановлением Правительства РФ № 663 от 11 ноября 2006 года, призывная комиссия принимает решение в отношении призывника только после определения категории годности его к военной службе.

Порядок медицинского освидетельствования граждан при призыве на военную службу определён "Поло-

жением о военно-врачебной экспертизе" (Постановление Правительства Российской Федерации № 123 от 25 февраля 2003 года с последующими изменениями и дополнениями). Этим же документом определены требования к состоянию здоровья граждан, подлежащих первоначальной постановке на воинский учёт, граждан, подлежащих призыву на военную службу (военные сборы), граждан, поступающих на военную службу по контракту, граждан, поступающих в училища и военно-учебные заведения, военнослужащих, а также граждан, пребывающих в запасе Вооруженных Сил Российской Федерации.

Документ этот доступен для всеобщего ознакомления с ним, он размещён в правовых информационных электронных базах, имеется в свободной продаже в книжных магазинах.

В соответствии с пунктом 1 статьи 5-1 ФЗ призывники проходят медицинское освидетельствование врачами-специалистами: терапевтом, хирургом, неврологом, психиатром, окулистом, отоларингологом, стоматологом, а в случае необходимости - врачами других специальностей.

Согласно п. 15 "Положения о военно-врачебной экспертизе", граждане до медицинского освидетельствования проходят по направлению военных комиссариатов диагностические исследования в порядке и объеме, установленных Министерством обороны РФ совместно с Министерством здравоохранения РФ.

"Инструкцией о порядке проведения медицинского освидетельствования, обследования (лечения) граждан РФ при призыве на военную службу и лечебно-оздоровительных мероприятий среди граждан РФ, получивших отсрочки от призыва по состоянию здоровья" (далее именуется Инструкция), регламентирована необходимость осуществления не ранее 30 суток до начала проведения медицинского освидетельствования призывников таких мероприятий, как:

а) флюорографическое (рентгенологическое) исследование органов грудной клетки в двух проекциях (если оно не проводилось или в медицинских документах отсутствуют сведения о данном исследовании в течение последних шести месяцев);

б) анализ крови (определение СОЭ, гемоглобина, лейкоцитов);

в) анализ мочи (удельный вес, белок);

г) электрокардиографическое исследование.

На основании пункта 8 Инструкции, сведения о результатах флюорографического, лабораторных исследований записываются в карту медицинского освидетельствования гражданина, подлежащего призыву на военную службу. Флюорограммы (рентгенограммы), анализы крови, мочи и электрокардиограммы находятся в личном деле призывника до истечения срока его хранения.

Согласно пункту 9 Инструкции врач-специалист, привлекаемый к медицинскому освидетельствованию призывника, выносит заключение о категории его годности к военной службе после изучения его анамнеза (истории жизни и заболевания), результатов клинико-инструментального исследования и оценив состояние здоровья.

В соответствии с пунктом 4 статьи 5-1 ФЗ, в случае невозможности вынесения медицинского заключения о

годности гражданина к военной службе по состоянию здоровья, в ходе медицинского освидетельствования гражданин направляется на амбулаторное или стационарное медицинское обследование в медицинскую организацию.

Очевидно, что для того, чтобы досконально разобраться в данных документах, требуются специальные познания, в связи с чем адвокату необходимо получить соответствующую консультацию у специалистов-врачей, прежде собрав необходимые сведения о состоянии здоровья подзащитного.

Защитнику важно выяснить у военнослужащего, его родителей, близких родственников, каким было состояние его здоровья до призыва на военную службу, где и по поводу чего он лечился в подростковом возрасте, как проходил медицинское освидетельствование при призыве, направлялся ли на углубленное обследование. Кроме того, выясняются сведения о перенесённых травмах (особенно черепно-мозговых), об успеваемости, поведении в школе и быту, странностях в поведении, наследственности, а также иные данные, характеризующие доверителя.

При необходимости адвокат на основании адвокатского запроса может получить необходимые сведения непосредственно из лечебных учреждений. Важно также ознакомиться с личным делом и учётной картой призывника, которые находятся в военном комиссариате по месту призыва. Копии этих документов в обязательном порядке должны быть истребованы следователем и приобщены к материалам уголовного дела. В них содержатся сведения о результатах медицинского освидетельствования призывника за несколько лет, а также результаты углубленных исследований, если таковые проводились.

Следует иметь в виду, что по уголовным делам о воинских преступлениях в ходе следствия обязательно (как правило, до предъявления следователем обвинения) должна быть проведена военно-врачебная комиссия в отношении подозреваемого. Не исключено, что её проведение может быть поручено подконтрольным (поднадзорным) врачам-специалистам, которые ввиду такого своего положения могут оказаться не вполне объективны. В силу изложенного к результатам такого исследования здоровья следует относиться критически. Кроме того, важно, чтобы в состав комиссии вошли все необходимые врачи-специалисты, прошедшие соответствующую подготовку по специальности. Результаты их осмотров, а также сделанные ими заключения должны быть отражены в медицинской книжке военнослужащего, которая также приобщается к материалам уголовного дела.

Заключение военно-врачебной комиссии о состоянии здоровья, категории годности к военной службе в случае несогласия с ним может быть обжаловано в вышестоящую военно-врачебную комиссию либо в судебном порядке.

Не исключается заявление адвокатом (при наличии соответствующих оснований) ходатайства о проведении судебной психиатрической экспертизы, причём перед экспертами, кроме стандартных вопросов о вменяемости и др., непременно должен быть поставлен вопрос: "Годен ли такой-то по своему психическому состоянию к военной службе?"

Опрашивая мать (отца) подзащитного, адвокату следует выяснять следующие обстоятельства, которые должны быть приняты во внимание следователем при расследовании уголовного дела:

- не страдал ли кто-либо из близких родственников психическими, либо иными заболеваниями?

- как проходили беременность и роды, были ли осложнения?

- когда сын начал ходить, говорить, не было ли отставаний в развитии, каких-либо странностей в поведении, не состоял ли он на учёте у невропатолога, психиатра?

- когда сын пошёл в школу, какова была его успеваемость, дублировал ли он обучение в одном и том же классе?

- как он характеризовался в школе и в быту, состоял ли на учёте в детской комнате милиции, инспекции по делам несовершеннолетних?

- каково было состояние его здоровья до призыва на военную службу, имелись ли черепно-мозговые травмы, проходил ли он лечение в медицинских учреждениях, когда и по поводу каких заболеваний?

Данный перечень вопросов не является исчерпывающим и уточняется, исходя из конкретных обстоятельств дела. Ответы на них могут дать основания для ходатайства о назначении судебно-психиатрической экспертизы в отношении подзащитного, либо для углубленного обследования его в условиях психиатрического стационара.

Как правило, вопросы отбывания уголовных наказаний, судимости, дознания, предварительного следствия и суда (ч. 3 ст. 23 ФЗ) у практикующих юристов затруднений не вызывают. Вместе с тем, обязательно следует иметь в виду следующее.

1) Продолжают иметь место случаи, когда граждане, совершив преступление, сами идут в военкомат, полагая, что призыв на военную службу может помочь избежать им уголовного преследования. В результате сведения о возбуждении уголовного дела органами дознания и предварительного следствия в призывную комиссию не попадают.

2) Нередко бывает, когда гражданин, в отношении которого расследуется уголовное дело, призывается на военную службу, не зная о своём праве на освобождение от призыва. В последующем это может привести к приостановлению следствия по месту призыва и объявлению его в федеральный розыск следователем или судом.

3) Граждане, которым по приговору суда было назначено уголовное наказание в виде штрафа, зачастую не расценивают данное обстоятельство как судимость, кроме того, уклоняются от его уплаты. Согласно уголовному законодательству (п. "б" ч. 3 ст. 86 УК РФ), в данном случае судимость погашается только через год после уплаты штрафа. В случае неуплаты штрафа граждане могут оставаться судимыми и спустя год после вступления в законную силу приговора суда о назначении им наказания в виде штрафа. По крайней мере, один такой случай автору известен.

Источниками получения такой информации могут являться беседы с доверителем, его близкими, материалы личного дела призывника, сведения о судимости и нали-

чий компрометирующих материалов, истребуемые следователем.

Таким образом, адвокат обязан тщательно изучать личность подзащитного, его социально-демографические данные и сведения о семейно-имущественном положении его семьи. В любом случае, при осуществлении защиты военнослужащих по уголовным делам следует учитывать не только положения уголовного и уголовно-процессуального законодательства, но также требования законодательства о военной службе. В обязательном порядке с первых дней и на протяжении всего следствия необходимо помнить о возможности прекращения уголовного преследования в отношении доверителя в случае выяснения вышеназванных обстоятельств, в связи с чем следует принимать все возможные меры для их выявления.

При наличии оснований полагать, что доверитель был признан на военную службу незаконно, адвокат должен заявить ходатайство либо о прекращении уголовного преследования, либо о переквалификации преступления с воинского на общеуголовное. Пример такого ходатайства опубликован ниже, он выносится на обсуждение. Данное ходатайство адвоката было вынесено по конкретному уголовному делу в 2010 году, оно было удовлетворено следователем, а уголовное дело в отношении доверителя было прекращено.

Документ

Следователю военного следственного отдела
СКП РФ по Н-скому гарнизону
майору юстиции Иванову И.И..

От адвоката МГКА "Форт" Кругова Ю.А.
в защиту интересов военнослужащего войсковой части 00000 Поповкина Ивана Анатольевича

ХОДАТАЙСТВО о прекращении уголовного дела

Вами расследуется уголовное дело, возбуждённое по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 335 УК РФ, в отношении рядового войсковой части 00000 Поповкина И.А., защитником которого я являюсь.

Поповкин И.А. органами предварительного следствия подозревается в том, что около 14 часов 30 минут 22 марта 2010 года в расположении подразделения, являясь военнослужащим по призыву, нанёс побои сослуживцу рядовому Бобкову Д.И. Тем самым он нарушил уставные правила взаимоотношений между военнослужащими при отсутствии между ними отношений подчинённости, т. е. совершил воинское преступление, предусмотренное главой 33 УК РФ.

Как известно, к числу обязательных специфических признаков преступлений против военной службы относятся признаки субъекта преступления. Субъектами этого преступления могут быть только военнослужащие и граждане, пребывающие в запасе, во время прохожде-

ния ими военных сборов. Не вызывает ни малейшего сомнения, что никто, кроме них, исполнителем преступления против военной службы быть не может.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона "О воинской обязанности и военной службе" лицо считается военнослужащим, если оно проходит военную службу в Вооружённых Силах РФ.

Очевидно, что совершение преступления, предусмотренного главой 33 УК РФ, лицом, оказавшимся на военной службе на незаконном основании, исключает его ответственность за преступление против военной службы.

Основания, исключающие возможность признания лица субъектом преступления против военной службы, обозначены в законе либо как обстоятельства, наличие которых не допускает призыв лица на военную службу, либо даёт право на освобождение либо отсрочку от военной службы.

Представляется, что во всех случаях, когда лицо призвано на военную службу, несмотря на наличие указанных оснований, либо продолжает служить после возникновения таких оснований, пребывание такого лица на военной службе следует считать незаконным и его, как не отвечающего требованиям, предъявляемым к военнослужащим, признавать субъектом преступления против военной службы нельзя.

В случае совершения этим лицом общественно опасного деяния, содержащего состав иного, общеуголовного преступления, оно подлежит ответственности за это преступление.

В соответствии с требованиями пунктов "а" и "в" части третьей статьи 23 Федерального закона "О воинской обязанности и военной службе" граждане, признанные не годными или ограниченно годными к военной службе по состоянию здоровья, а также в отношении которых ведётся дознание либо предварительное следствие или уголовное дело в отношении которых предано в суд, призыву на военную службу не подлежат.

В материалах уголовного дела имеются представленные стороной защиты сведения о привлечении Поповкина И.А. к уголовной ответственности за кражу, совершённую им 5 сентября 2009 года, то есть до его призыва на военную службу. Постановлением мирового судьи судебного участка № 8 города Донского Ивановской области уголовное дело в отношении Поповкина И.А. 16 февраля 2010 года было прекращено на основании ст. 25 УПК РФ.

Таким образом, поскольку в отношении Поповкина И.А. велось предварительное следствие, призыв его на военную службу в ноябре 2009 года был проведён вопреки законодательству Российской Федерации. В связи с изложенным последний в силу своего статуса не может нести уголовную ответственность за совершение воинского преступления.

Кроме того, военно-врачебной экспертизой, проведённой по ходатайству стороны защиты врачами-психиатрами МОПБ № 2 им. В.И. Яковенко, установлено, что Поповкин И.А. в настоящее время по состоянию здоровья "Д" - не годен к военной службе, в связи с чем не может быть привлечён к уголовной ответственности за совершение воинского преступления. Очевидно, что состояние здоровья моего доверителя при призыве его на

военную службу надлежащим образом на проверялось, поскольку признаки выявленного у него заболевания имелись ещё до призыва последнего на военную службу. Поэтому решение о призыве последнего на военную службу было призывной комиссией принято незаконно также по указанной причине.

В связи с вышеизложенным, названные действия Поповкина И.А. не образуют состава преступления, предусмотренного частью первой статьи 335 УК РФ, а могут содержать лишь признаки уголовного преступления против личности, например, как нанесение побоев (часть первая статьи 116 УК РФ).

В соответствии с частью второй ст. 20 УПК РФ уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьёй 116 частью первой, являются уголовными делами частного обвинения, возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего, его законного представителя и **подлежат прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым.**

К материалам уголовного дела приобщено заявление потерпевшего Бобкова Д.И., в котором последний просит уголовное дело в отношении Поповкина И.А. прекратить, поскольку между ними достигнуто примирение.

На основании изложенного, в целях обеспечения прав и законных интересов представляемого лица, руководствуясь ст.ст. 49, 53, 119, 120 и 175 УПК РФ, -

ХОДАТАЙСТВУЮ:

1. Названное уголовное дело в отношении Поповкина Ивана Анатольевича в соответствии с требованиями части второй статьи 20 УПК РФ - ПРЕКРАТИТЬ.

Защитник адвокат

Ю.А.Кругов.

Р.И. Романов - адвокат Московской коллегии адвокатов "ГРАД", L.L.M.

ПРИВЛЕЧЕНИЕ К УЧАСТИЮ В АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ ИНОСТРАННОГО ЛИЦА КАК СПОСОБ ЗАТЯГИВАНИЯ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Процессуальные действия оппонента, направленные на затягивание судебного разбирательства или на воспрепятствование вынесению законного и обоснованного судебного решения, нередко могут послужить причиной неоднократных отложений судебных заседаний. Это требует больших затрат от адвоката (представителя) добросовестной стороны в процессе, а также влечет дополнительные расходы для его доверителя в связи непредвиденно затянувшимся разбирательством.

Последние изменения в АПК РФ, направленные на борьбу с затягиванием судебных тяжб, не затронули особенностей извещения иностранного гражданина или иностранного юридического лица, в связи с чем привлечение указанных лиц, не имеющих представителей на территории РФ, к участию в судебном разбирательстве по сей день остается одним из наиболее распространенных разновидностей злоупотребления правом.

Снижение активности суда в процессе, а также возведение принципа диспозитивности до уровня бесспорной истины часто ведут к злоупотреблению сторон, когда стороны используют процессуальные правомочия в полном противоречии с их назначением. Подобное поведение сторон не способствует укреплению системы правосудия, главной проблемой которого в последнее время, по замечанию председателя ВАС РФ А.А. Иванова, является массовое злоупотребление процессуальными правами¹.

Исходя из положений ч. 2 ст. 111 АПК РФ, под злоупотреблением процессуальными правами подразумеваются невыполнение сторонами своих процессуальных обязанностей, если это привело к срыву судебного заседания, затягивание судебного процесса, воспрепятствование рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта, нарушение лицом, участвующим в деле, претензионного или иного досудебного порядка урегулирования спора. Кроме того, злоупотребление отдельными правами может выражаться также в заявлениях принять обеспечительные меры в отсутствие какого-либо обоснования, многократно заявляемых ходатайствах об отложении дела, жалобах на действия суда, сомнительно мотивированных заявлениях об отводе суда и т.п.².

Затягивание арбитражного процесса представляет собой умышленные действия (бездействие) лица, участвующего в деле, направленные на максимальную временную отсрочку принятия итогового судебного акта или иного промежуточного судебного акта (в частности, определения суда), которые могут повлечь неблагоприятные последствия для одного из участников процесса.

На практике наиболее часто встречаются следующие злоупотребления процессуальными правами и невыполнения процессуальных обязанностей, используемые недобросовестными участниками процесса, в том числе и в целях затянуть судебный процесс³:

- представление суду и лицам, участвующим в деле, отзывают на иск и доказательств по делу непосредственно в судебном заседании, а не до его начала, как того требует ст. 9 АПК РФ;

- заявление отводов арбитражному суду в отсутствие каких-либо доказательств того, что судья лично, прямо или косвенно заинтересован в исходе дела либо имеются иные обстоятельства, которые могут вызывать сомнения в его беспристрастности (ст. 21 АПК РФ);

- заявление ходатайств об отложении рассмотрения дела в связи с болезнью представителя, командировкой генерального директора, занятостью адвоката в другом арбитражном процессе;

- умышленное сокрытие от арбитражного суда полномочий на представление интересов лица, в отношении которого отсутствуют доказательства его уведомления о судебном заседании;

- уклонение от представления доказательств, истребованных арбитражным судом, или представление их с нарушением срока, установленного судом;

- заявление немотивированных возражений против продолжения рассмотрения дела в судебном заседании непосредственно сразу после предварительного судебного заседания при наличии бесспорных требований истца, не опровергнутых ответчиком в предварительном заседании;

- подача заявления о фальсификации доказательств без заявления о назначении экспертизы, т.е. без намерения фактически доказать факт фальсификации;

- подача встречного иска с целью затянуть судебный процесс;

- отказ от получения корреспонденции представителем иностранного лица, проживающего на территории РФ, по мотивам отсутствия полномочий с требованием соблюдения процедуры извещения иностранного лица путем направления поручения в учреждение юстиции со ссылкой на Конвенцию о вручении за границей судебных и внесудебных документов по судебным и внесудебным делам (Гаага, 15 ноября 1965 г.)⁴.

С практической точки зрения интересен для изучения вопрос использования некоторыми участниками процесса или их представителями такой процессуальной возможности, находящейся на грани с злоупотреблением процессуальными правами, как привлечение к участию в судебном процессе иностранного гражданина или иностранного юридического лица с целью отсрочить вынесение итогового судебного акта в связи с необходимостью извещения вновь привлеченного лица, не имеющего представителя на территории Российской Федерации.

Иностранные граждане, лица без гражданства, а также иностранные организации и международные организации признаются в Российской Федерации полноправными субъектами правоотношений, за исключением некоторых изъятий ограничительного характера для ино-

странных инвесторов и для группы лиц, в которую входит иностранный инвестор, при их участии в уставных капиталах хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства⁵, а также в иных случаях, прямо предусмотренных федеральным законодательством.

Это, в частности, вытекает из положений:

(а) части 3 статьи 62 Конституции РФ, устанавливающей возможность иностранных граждан и лиц без гражданства пользоваться в Российской Федерации правами и нести обязанности наравне с российскими гражданами.

В соответствии с постановлением Конституционного Суда РФ от 17.02.1998 № 6-П речь в данной статье идет о случаях, устанавливаемых лишь применительно к таким правам и обязанностям, которые являются правами и обязанностями именно гражданина РФ, то есть возникают и осуществляются в силу особой связи между государством и его гражданами. Как по буквальному смыслу статей 22 и 46 Конституции РФ (с учетом употребления в них терминов "каждый" и "лицо"), так и по смыслу, вытекающему из взаимосвязи этих статей с другими положениями главы 2 "Права и свободы человека и гражданина" Конституции РФ, а также с общепризнанными принципами и нормами международного права, право на свободу и личную неприкосновенность и право на судебную защиту являются личными неотчуждаемыми правами каждого человека, вне зависимости от наличия у него гражданства какого-либо государства, и, следовательно, должны гарантироваться иностранным гражданам и лицам без гражданства наравне с гражданами РФ.

(б) абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ, указывающего, что правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом;

(в) ч. 5 ст. 27 АПК РФ, согласно которой арбитражные суды рассматривают подведомственные им дела с участием российских организаций, граждан Российской Федерации, а также иностранных организаций, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую деятельность, организаций с иностранными инвестициями, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Согласно положениям постановления ФАС Северо-Западного округа от 16.06.2006 по делу № А56-3181/2006 в силу п. 5 ст. 27 АПК РФ арбитражные суды рассматривают подведомственные им дела независимо от того, участвуют ли в этих делах российские организации и граждане либо иностранные лица, если международным договором не предусмотрено иное.

Несмотря на то, что использование этой процессуальной возможности имеет очевидный умысел на затягивание разбирательства, формально эти действия не противоречат закону. По этой причине недобросовестные участники прибегают к рассматриваемому способу затяги-

вания процесса на той стадии процесса, когда принятие решающего исход дела судебного акта уже неизбежно, но положение вещей (в силу отсутствия прямого судебного запрета или иного законного ограничения) еще позволяет передать часть имущества или иного актива, являющегося предметом спора, постороннему лицу, что неизбежно влечет необходимость привлечения этого лица к участию в процессе.

Для привлечения к участию в процессе третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, согласно ч. 1 ст. 51 АПК РФ достаточно доказать, что судебный акт может сказаться на правах или обязанностях привлекаемого лица.

Если же недобросовестный участник разбирательства в ходе процесса передал спорное имущество (а равно право, долю в уставном капитале, ценные бумаги и т.д.) иностранному гражданину или иностранному юридическому лицу и суд привлек это лицо к участию в процессе, суд сталкивается с проблемой извещения нового участника. Необеспечение судом надлежащего извещения лица, участвующего в деле, чревато риском отмены решения в вышестоящих инстанциях, в силу права нормы ст. 42 АПК РФ, устанавливающей, что лица, не участвовавшие в деле, о правах и об обязанностях которых арбитражный суд принял судебный акт, вправе обжаловать этот судебный акт⁶, а также оспорить его в порядке надзора⁷.

Участвующие в арбитражном процессе иностранные физические и юридические лица, находящиеся на территории РФ, извещаются по общим правилам, предусмотренным ч. 5 ст. 121 АПК РФ.

В случае же, если указанные лица находятся, проживают или расположены вне пределов РФ, они подлежат извещению об имеющемся в российском арбитражном суде разбирательстве соответствующим определением арбитражного суда посредством направления поручения в учреждение юстиции или другой компетентный орган иностранного государства в соответствии с ч. 3 ст. 253 АПК РФ.

Очевидно, что невозможность завершения подготовки дела к судебному разбирательству вследствие необходимости извещения иностранного лица по правилам ч. 3 ст. 253 АПК РФ в руках недобросовестного участника спора может стать действенным механизмом умышленного затягивания процесса.

Порядок извещения иностранных лиц, находящихся вне пределов Российской Федерации, порядок направления и исполнения поручения арбитражного суда определяются международными договорами Российской Федерации, к примеру, уже упоминавшейся Гаагской конвенцией от 15 ноября 1965 года о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам.

В соответствии с абз. 4 ст. 15 указанной Конвенции извещение участника судебного разбирательства должно быть осуществлено "в такой период времени, когда ответчик имел достаточное время для защиты". В то же время ст. 10 Конвенции предусматривает при отсутствии возражений со стороны государства местонахождение

ния иностранного лица возможность его извещения и с помощью более удобных способов (например, с привлечением международной курьерской службы).

Также практикуется такой способ извещения иностранного лица, как организация любым лицом, заинтересованным в судебном разбирательстве, вручения судебного документа непосредственно должностными лицами, судебными чиновниками (приставами) или другими компетентными лицами запрашиваемого государства. Как правило, факт извещения подтверждается их переведенными на русский язык с проставлением апостилей аффидевитами (письменными показаниями, данными под присягой)⁸.

В государствах, входящих в состав СНГ (в том числе России), применяется Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 года), ст. 5 которого устанавливает взаимное оказание правовой помощи: включает вручение и пересылку документов и выполнение процессуальных действий, в частности, проведение экспертизы, заслушивание сторон, свидетелей, экспертов и других лиц. Также ст. 4 Соглашения Комиссии высших хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины от 21.12.1991 "О сотрудничестве хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины" устанавливает, что хозяйственные, арбитражные суды государств - членов Содружества обязуются оказывать взаимную правовую помощь, включая выполнение различных процессуальных действий по просьбе суда, в производстве которого находится дело.

Обозначенный способ сношений получил распространение в ходе взаимодействия судов близлежащих государств, имеющих исторически сложившиеся тесные хозяйственные, экономические и культурные связи, а также схожие правовые системы⁹.

В последнее время законодатель предпринял ряд последовательных шагов, направленных на ускорение судопроизводства в арбитражном суде. В АПК РФ внесен ряд изменений¹⁰, призванных существенно упростить и ускорить с процессуальной точки зрения рассмотрение судебного разбирательства.

В плоскости рассматриваемого вопроса представляются полезными и в будущем успешно применяемыми такие правовые механизмы, как: (а) подача заявления об ускорении рассмотрения дела на имя председателя арбитражного суда (ч. 6 ст. 6.1 АПК РФ); и (б) возложение судом на лиц, участвующих в деле, обязанности самостоятельно предпринимать меры по получению информации о движении дела с использованием любых источников такой информации и любых средств связи под страхом риска наступления неблагоприятных последствий в результате непринятия мер по получению указанной информации, если суд располагает информацией о том, что эти лица извещены о начавшемся процессе (ч. 6 ст. 121 АПК РФ).

Согласно ч. 1 ст. 6.1 АПК РФ судопроизводство в арбитражных судах и исполнение судебного акта осуществляются в разумные сроки.

В соответствии с решением ФАС Московского округа от 07.09.2010 по делу № КГ-А41 / 8533-10 при определении разумного срока судопроизводства в арбитражных судах, который включает в себя период со дня поступления искового заявления или заявления в арбитражный суд первой инстанции до дня принятия последнего судебного акта по делу, учитываются такие обстоятельства, как правовая и фактическая сложность дела, поведение участников арбитражного процесса, достаточность и эффективность действий суда, осуществляемых в целях своевременного рассмотрения дела, а также общая продолжительность судебного разбирательства.

Часть 6 ст. 6.1 АПК РФ устанавливает, что заинтересованные лица вправе обратиться к председателю арбитражного суда с заявлением об ускорении рассмотрения дела, если после принятия искового заявления (заявления) к производству арбитражного суда дело длительное время не рассматривается и судебный процесс затягивается. В свою очередь, председатель арбитражного суда по результатам рассмотрения данного заявления может установить срок проведения судебного заседания по делу и (или) указать действия, которые следует совершить для ускорения рассмотрения дела (ч. 7 ст. 6.1 АПК РФ). Возможность обращения к председателю суда с заявлением об ускорении рассмотрения дела позволяет (в случае формирования положительной правоприменительной практики) надеяться на эффективное обеспечение независимости и беспристрастности суда.

Кроме того, ст. 126 АПК РФ дополнена пунктом 9, который предусматривает, что к заявлению, подаваемому в арбитражный суд, должны быть приложены выписка из ЕГРЮЛ или ЕГРИП с указанием сведений о месте нахождения или месте жительства истца и ответчика и (или) приобретении физическим лицом статуса индивидуального предпринимателя либо прекращении физическим лицом деятельности в качестве индивидуального предпринимателя или иной документ, подтверждающий указанные сведения или отсутствие таковых. Эти документы должны быть получены не ранее чем за 30 дней до дня обращения истца в арбитражный суд.

Представляется, что данные изменения оправданы с точки зрения потребностей правоприменительной практики (необходимости оптимизации процедуры направления судебных извещений) и в целом соответствуют нормам действующего материального права.

Однако следует отметить, что, несмотря на все положительные нововведения в арбитражное процессуальное законодательство, проблема уведомления иностранного лица, участвующего в процессе, не утратила своей остроты.

В случаях, когда в ходе судебного разбирательства добросовестная сторона процесса сталкивается с явным злоупотреблением процессуальным правом со стороны оппонента, выраженном в привлечении иностранного гражданина или иностранной организации, предлагается незамедлительно предпринять следующие действия, направленные на обеспечение извещения вновь привлеченного иностранного лица:

1) необходимо ходатайствовать перед судом о направлении судебного запроса в органы Федеральной миграционной службы о регистрации привлеченного иностранного гражданина по месту пребывания на территории Российской Федерации;

2) обеспечить направление судебного запроса в органы Федеральной миграционной службы о выдаче иностранному гражданину разрешения на работу на территории Российской Федерации;

3) обеспечить направление судебного запроса в органы Пограничной службы Федеральной службы ФСБ России с целью установления факта пересечения иностранным гражданином государственной границы Российской Федерации, т.к. указанный гражданин в действительности может продолжать находиться в пределах РФ, что существенно облегчит процедуру его извещения об имеющемся разбирательстве;

4) направление судебного запроса в нотариальную палату субъекта РФ, где привлеченный иностранный гражданин (или иностранная организация) преимущественно находился ранее, а также нотариальные конторы, где предположительно могли быть совершены нотариальные действия с его участием, что может помочь в установлении представителя этого лица на территории Российской Федерации;

5) обращение с запросами в посольство или консульства страны, гражданином которой является привлеченное к участию в процессе лицо, как с целью установления его места пребывания в России, так и с целью возможности его извещения посредством дипломатических каналов, если, например, с данной страной не имеется прямого почтового сообщения или оно затруднено;

6) обращение в органы Федеральной налоговой службы с целью установления факта участия иностранного гражданина или иностранного юридического лица в коммерческих организациях на территории РФ, а также, например, наличия аккредитации на территории РФ филиалов и представительств иностранного юридического лица.

Помимо судебных запросов, можно использовать законодательно установленную возможность сбора сведений (доказательств) путем направления запроса адвоката (ст. 6 ФЗ от 31.05.2002 № 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации").

Все перечисленные мероприятия, при условии их своевременного претворения в жизнь, существенно увеличат шансы на скорое рассмотрение спора по существу в арбитражном суде.

Дополняя изложенные выше способы разрешения данного вопроса можно предложить отчасти перенять практику Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, касающейся получения письменных извещений¹¹.

Согласно ст. 3 Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному местожительству или почтовому адресу; когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное со-

общение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения.

Избранный МКАС при ТПП способ удостоверения факта извещения представляется весьма эффективным с позиции необходимости придания арбитражному процессу процедурной рациональности, что в отличие от гражданского процесса вполне допустимо в силу различий в субъектном составе участников разбирательства и их возможностей.

В заключение остается лишь посетовать, что законодатель, внося очередные необходимые коррективы в арбитражное процессуальное законодательство, не сумел до конца разглядеть и пресечь активно применяемую в целях затягивания судебного разбирательства возможность привлечения иностранного лица в связи с отсутствием процедуры его оперативного извещения. В то же время нельзя не признать, что разрешение данного узкого вопроса требует глубокой методологической проработки, так как при ненадлежащем извещении одного из участников процесса неизбежно будет нарушен принцип состязательности, без которого немыслимо само правосудие.

Ссылки

¹ См.: Цитата недели // ЭЖ-Юрист. Российская правовая газета. 2006. №20. С. 1.

² Постановление ФАС Центрального округа от 19.02.2009 по делу № А23-1391/08Г-12-52.

³ См.: Добровольский В.И. Применение корпоративного права: практическое руководство для корпоративного юриста / В.И. Добровольский. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 338-382.

⁴ См.: Бюллетень международных договоров. 2005. № 3.

⁵ См.: Определение ВАС РФ от 14.10.2010 N ВАС-12440/10 по делу N А40-59081/09-83-445.

⁶ См. постановления ФАС Московского округа от 01.11.2010 N КГ-А41/13289-10 по делу N А41-27723/10; от 22.10.2010 N КГ-А40/5443-10 по делу N А40-108978/09-132-777; постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.07.2010 по делу N А56-78865/2009.

⁷ См.: Определение ВАС РФ от 05.08.2010 N ВАС-2209/10 по делу N А65-16430/2008-СГ1-5.

⁸ См.: Постановление ФАС Московского округа от 26.08.2003 N КГ-А40/5552-03.

⁹ Лукашенко Т. Статус субъектов международной правовой помощи в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 6.

¹⁰ См.: Федеральные законы от 09.03.2010 № 20-ФЗ, от 30.04.2010 № 69-ФЗ, от 27.07.2010 № 194-ФЗ и № 228-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ См.: ст. 3, Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" // СПС КонсультантПлюс.

М.И. Фёдоров - адвокат, преподаватель Воронежского экономико-правового института

ДЕЛО О ЛИНГВИСТИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЕ

С 29 июня 2010 года по 22 октября 2010 года мировым судьей судебного участка номер 1 Таловского района Воронежской области рассматривалось уголовное дело частного обвинения Новиковой о нанесении ей оскорблений и угрозе ее здоровью Красиковым. В ходе дела 11 октября 2010 года заслушана в качестве специалиста лингвист Дегтярева, которая относительно названных Новиковой слов, которые якобы говорил Красиков, пояснила, что они в данном конкретном случае, если и были, то не могут рассматриваться, как произнесенные в неприличной форме. Кроме того, она сказала, в них (в словах, о которых говорит Новикова) нет направленности на Новикову, они могут лишь свидетельствовать о низкой речевой культуре произносившего их. То есть, не может быть и необходимого признака такого состава преступления, как оскорбление - нет выражения в неприличной форме.

Сомневаясь в сказанном специалистом, суд 15 октября 2010 года высказался за назначение лингвистической экспертизы, предложив сторонам подать свои вопросы. 19 октября 2010 года представитель Красикова адвокат Федоров выступил с возражениями относительно проведения экспертизы, и в случае ее назначения, предложил дополнить ее определенными вопросами.

В этот же день 19 октября 2010 года Красиковым в тот же мировой суд было подано заявление частного обвинения о привлечении Новиковой к уголовной ответственности за оскорбление его, как назвавшую его в одном из судебных заседаний "бандитом с большой дороги".

22 октября 2010 года и Новикова и Красиков от своих частных обвинений в адрес друг друга отказались, чем были прекращены оба дела, и так и не был окончательно решен вопрос о назначении экспертизы.

Предлагаем возражения адвоката Федорова насчет экспертизы, которые показательны тем, насколько затруднительными являются вопросы, которые может решить лингвистическая экспертиза.

Мировому судье мирового участка номер 1
Таловского района
Воронежской области
Кавешникову А.А.
По делу 1-46/10

По обвинению Красикова Николая Александровича
От адвоката Федорова Михаила Ивановича,
в защиту Красикова Николая Александровича

ВОПРОСЫ ПО НАЗНАЧЕНИЮ ЭКСПЕРТИЗЫ

В судебном заседании 15 октября 2010 года по уголовному делу частного обвинения гражданкой Новиковой моего подзащитного Красикова Николая Александровича

ча в устном оскорблении, угрозе её здоровью в помещении здания ДК с. Н-Чигла судья заявил, что сомневается в пояснениях специалиста, и что по своей инициативе назначает судебную лингвистическую экспертизу.

И предложил представить вопросы для экспертизы.

Сначала считаю необходимым заявить, что назначение экспертизы невозможно по следующим основаниям.

Новикова обратилась с заявлением об оскорблении ее Красиковым, назвав якобы произнесенные им во множественном числе слова "с..ки", "твари", "уроды".

Но факт произнесения Красиковым указанных слов ничем материальным не подтвержден. Нет ни записи, нет текста на письменном носителе, никакого другого. Есть лишь голосовое утверждение.

Ее заявления противоречат показаниям Красикова, который отрицает факт произнесения указанных слов Новиковой.

Слова, о которых говорит Новикова, опровергаются показаниями нотариуса Бездуховой, присутствовавшей на собрании, показаниями Ремнева и др.

Чтобы экспертам ставить вопрос о наличии оскорбления или нет, оно должно быть зафиксированным. А если нет зафиксированного факта, то что подвергать экспертизе, слова Новиковой? Слова Красикова об отсутствии слов, о которых говорит Новикова? Одни слова Новиковой, сказанные в первых заседаниях суда, или иные слова, сказанные уже 15 октября после нескольких судебных заседаний, которые она по контексту и по восприятию изменила?

Эксперту должны быть представлены установленные факты. А их в данном случае нет. Одни противоречивые и голословные заявления заинтересованной стороны.

Кроме того, каждое слово должно оцениваться в контексте. А установленным контекстом что является? Показания Новиковой, которые сама Новикова от заседания к заседанию изменяла? Что будет предложено для оценки экспертам?

Какой будет эксперт делать вывод, ведь надо учитывать состояние Новиковой, которое могло повлиять на ее восприятие. Как будет эксперт проводить оценку воспринятых Новиковой слов, о которых она заявляет, но которые отрицаются другими доказательствами?

В судебных заседаниях Новикова меняет показания, ошибается в приводимых ею фактах (это отражено в протоколах суда: то считает количество присутствующих 100 человек, потом 80 человек, а нотариус Бездухова говорит о 20 человеках, и др.), более того, она заявила о своем состоянии, что боялась Красикова, а ее боязнь усилилась якобы услышанными ею фразами об угрозе, следовательно, можно предположить, что она воспринимала окружающую ее действительность и слова, произносимые другими лицами, в искаженном виде.

Тем более, она испытывает к Красикову неприязнен-

ные отношения, который якобы мешает заниматься ей оформлением документов по работе и от чего зависит ее заработок. Понятно ее неприязненное отношение к Красикову, о котором она еще говорит, что "по слухам он бандит с большой дороги".

Также важен контекст, в котором если и были, то сказаны слова. Слово "с..ки", если отнесено к собаке, то носит положительную характеристику, слово "уроды" имеет разные значения, а в чешском языке - "красавец", и др.

И открыт вопрос, могли ли эти слова вылететь у говорившего механически, без относительности к кому, человека.

С учетом перепуганности Новиковой слова, о которых говорит Новикова, слышались (эти слова) ей или нет?

То есть, нет установленного факта. А, значит, нет материального объекта исследования.

А как оценивать слова, которые могли вылететь - не вылететь, могли быть восприняты и так и иначе, о произнесении - не произнесении которых противоречивые данные, с разными фактическими данными, если исходить из самих же показаний Новиковой, которые опровергаются другими показаниями, как их подвергать экспертизе?

Считаю, назначение экспертизы при наличии таких противоречий, отсутствии материального, подлежащего исследованию объекта, отсутствии документально зафиксированного факта, наличии лишь слов возбужденной, боящейся, что-то слышащей-не слышащей в обстановке шума заявительницы, которая сама меняет показания, наличии опровергающих пояснения Новиковой доказательств,

не возможно.

Но если суд все-таки назначит экспертизу, то в соответствии со ст. 198, 283 УПК РФ

ПРОШУ:

Если экспертиза будет назначаться лингвистическая, то:

1. Назначить ее проведение в экспертном учреждении вне Центрально-Черноземного края, чтобы минимизировать возможность влияния на ее проведение инициатора назначения экспертизы, и провести в Российском Федеральном центре судебной экспертизы (г. Москва, Пречистенская наб, 115).

2. На разрешение экспертам поставить вопросы:

А). Возможно ли проведение экспертизы при отсутствии материального объекта для исследования с записью слов, о которых заявляет Новикова (например, аудиозаписи и др.)?

Б). Возможно ли проведение экспертизы при наличии противоречий пояснений Новиковой пояснениям Красикова, отрицавшего произнесение таких слов, Ремнева (пр. с/з 21.07.2010 года), находившегося в зале и не слышавшего таких слов, Лукьянова (пр. с/з 21.07.2010 года), Коновалова (пр. с/з 21.07.2010 года), показаниям нотариуса Бездуховой (пр. с/з 28.07.2010 года), находившейся в 5 метрах от Новиковой и заявившей, что таких слов не слышала, других многочисленных противоречий.

В). Являются ли слова "с..ки", "твари", "уроды", которые якобы услышала Новикова, словами, унижающими ее честь и достоинство, выраженными в неприличной

форме, если они механически вылетели у произносившего их?

Г). Являются ли слова "с..ки", "твари", "уроды", которые якобы услышала Новикова, словами, унижающими ее честь и достоинство, выраженными в неприличной форме, если они произнесены во множественном числе и без указания их обращения к Новиковой?

Д). Являются ли оскорблениями Новиковой указанные слова, если они произнесены во множественном числе, без указания их обращения к Новиковой, и смотрящим на нее произносившим во множественном числе слова лицом?

Е). Могут ли быть неоскорбительными для Новиковой указанные слова, если они произнесены во множественном числе, без указания их обращения к Новиковой, человеком, посмотревшим и на Новикова?

Ж). Является ли состоятельным пояснение специалиста Дегтяревой Татьяны Владиславовны, данное ею в суде 11 октября 2010 года?

Для экспертизы направить дело с протоколами судебных заседаний 29.06.2010 года, 06.07.2010 года, 21.07.2010 года, 28.07.2010 года, 5.10.2010 года, 11.10.2010 года, 15.10.2010 года и с моим ходатайством о вопросах.

Если экспертиза будет назначена, то обязать экспертов извещать меня и Красикова Николая Александровича о времени и месте проведения экспертизы, так как я и он желаем присутствовать при проведении экспертизы, а Красиков желает давать объяснения эксперту.

4. Выдать мне копию постановления о назначении экспертизы.

Адвокат М.И.Федоров

19 октября 2010 года

В.Н. Байбуз - управляющий партнёр адвокатского бюро "Джейнови" АПМО

Господа, оплатите вексель

В крупных российских компаниях сложилась практика, согласно которой для эффективного ведения бизнеса и защиты активов от внешнего посягательства в бизнес-процессе должно быть задействовано большое количество различных юридических лиц. Речь идет о юридических лицах, входящих в холдинговую структуру, либо каким-либо другим образом подконтрольных владельцам компании. Порой такое юридическое лицо выполняет-то всего одну-единственную функцию в сложном механизме бизнес-структуры компании, но, тем не менее, это юридическое лицо обязано иметь руководителя, вести бухгалтерскую отчетность и исполнять иные обязательства, возложенные на него законом.

В виду того, что упомянутые юридические лица, фактически, не ведут иной хозяйственной деятельности, за исключением той, которая возложена на них внутренними регламентами компании, директора в большинстве случаев являются номинальными и назначаются из числа работников, занимающих в основной компании совершенно иные должности, не связанные с управлением; и, что самое главное, не ведающими о том, какие операции осуществляются управляемыми ими юридическими лицами. Обязанность номинального директора сводится к тому, чтобы подписывать документы, представляемые соответствующими специалистами компании. Нередко случается, что подписывать приходится пустые бланки.

Экономия руководством компании финансовых средств порой ведет к тому, что юридическое лицо существует не один год, и в различное время осуществляет совершенно разную деятельность, т.е. наделяется иными функциями. Например: с момента создания юридического лица выполняло какие-то операционные функции, а через несколько лет вдруг стало держателем недвижимости (т.е. осуществляет владельческие функции). Этим обстоятельствам зачастую не придают серьезного значения. Оно и понятно, большая компания, множество текущих задач и, как следствие, отсутствие времени на анализ состояния юридических лиц, входящих в группу. Наличие в компании специализированных корпоративных отделов и отделов по управлению имуществом также не всегда свидетельствует о полном контроле над юридическими лицами и имуществом компании.

Никто не опасается, что однажды чистые листы бумаги, подписанные номинальным директором, могут быть использованы недобросовестным сотрудником компании в корыстных целях.

В арбитражный суд поступило исковое заявление от компании А. о взыскании с компании В. вексельного долга и процентов по векселю. В исковом заявлении истец указал, что является законным держателем векселя в соответствии с ст. 16, 77 положения "О простом и пе-

реводном векселе" и вправе осуществлять все права по нему, в том числе и право требовать платежа. Ранее истец пытался предъявить вышеуказанный вексель к платежу по месту нахождения (адресу, указанному в векселе) Ответчика, который являлся векселедателем. Однако предъявить вексель к платежу не представлялось возможным, так как векселедатель по указанному адресу отсутствовал. Нотариусом по заявлению Истца был составлен Акт о протесте векселя в неплатеже.

Получив копию искового заявления, ответчик-компания В. пришла в недоумение, так как компания никогда не выдавала векселей, не заключала никаких вексельных сделок. Ознакомившись с документами, являющимися приложениями к исковому заявлению, выяснилось, что требования заявлены на основе простого векселя, якобы, выданного компанией В., подписанного от имени генерального директора ответчика Т., уволившегося из компании за несколько лет до указанного события. Местом платежа являлся юридический адрес компании В., по которому фактически компания никогда не располагалась.

В судебном заседании вызванный в качестве свидетеля Т. показал, что никогда не выдавал никаких векселей от имени компании В. и видит этот вексель впервые.

В ходе судебного следствия было установлено следующее. Собственно сам вексель порока формы не имел, хотя сумма векселя на несколько миллионов рублей отличалась от обязательства об оплате.

Первым векселедержателем являлась компания Д., которая, в свою очередь, передала вексель дальше по бланковому индоссаменту.

На вопросы представителей ответчика о том, где и у кого истец приобрел вексель, векселедержатель ответил, что увидел объявление о продаже векселя в Интернете.

Ответчик заявил ходатайство о проведении почерковедческой экспертизы подписи генерального директора на векселе. Результат экспертизы удивил ответчика: "подпись на векселе от имени Т. выполнена самим Т."

Таким образом, компания В. оказалась в ситуации, когда мошенники в сговоре с кем-то из сотрудников компании воспользовались чистым бланком с подписью Т., придав ему присущую векселю форму. Чему тут удивляться, классическая рейдерская схема.

Честно сказать, ситуация для компании В. безнадежная, если пассивно отдаться на волю случая, и надеяться, что суд сам во всем разберется и вынесет справедливое решение.

В указанном деле адвокаты ответчика обнаружили ряд, на их взгляд, существенных оснований для отказа истцу в удовлетворении его требований.

Во-первых, согласно выписке из ЕГРЮЛ и решения учредителя, решение о назначении Т. генеральным директором компании В. было принято через пять дней по-

сле даты, указанной на векселе как дата его выдачи. То есть, на момент выдачи векселя, Т. не являлся генеральным директором компании В. и, соответственно, не имел полномочий подписывать вексель от имени компании В.

Во-вторых, в результате внесудебных переговоров между истцом и ответчиком, проводимых в то же самое время (т.е. в период, когда дело слушалось в арбитражном суде) под контролем Управления по борьбе с экономическими преступлениями, в отношении генерального директора компании-истца было возбуждено уголовное дело по ст. 163 УК РФ (вымогательство). Состав преступления, предусмотренного вышеуказанной статьей, заключается в требовании передачи чужого имущества или права на имущество или совершения других действий имущественного характера под угрозой применения насилия либо уничтожения или повреждения чужого имущества. То есть, со стороны вымогателя должна звучать какая-то угроза жизни, здоровью, имуществу. В данном деле была иная ситуация, так как директор компании А. считал себя добросовестным векселедержателем и, соответственно, по его убеждению, внесудебное требование об уплате компанией В. денежной суммы вдвое меньше указанной в векселе являлось его законным правом и не могло повлечь за собой уголовного преследования. А угроза арестовать счета и имущество ответчика, собственно, и угрозой нельзя назвать. Это предупреждение о последующих юридических действиях векселедержателя.

Возможно, что оснований для возбуждения уголовного дела в тот момент у правоохранительных органов и не имелось. Однако благодаря возбуждению уголовного дела в дальнейшем картина изменилась.

В ходе расследования уголовного дела была проведена экспертиза, предметом которой являлось установление срока давности изготовления векселя и определение ответственности времени учинения подписи Т. на векселе, времени изготовления самого векселя.

Экспертиза установила, что дата изготовления векселя не соответствовала дате учинения подписи Т. Подпись была учинена значительно раньше, чем текст векселя был напечатан на листе бумаги. Разница во времени составляла не менее двух лет.

У следствия не было сомнения, что вексель был изготовлен на бланке, который ранее, т.е. до момента внесения в него соответствующих реквизитов, был подписан генеральным директором компании В. Однако это ничего не меняло в вексельных отношениях сторон, так как судью арбитражного суда абсолютно не интересовала история происхождения этого векселя. А действительно, какие у нее могли быть сомнения? Оригинал векселя был представлен в судебное заседание и приобщен к материалам дела. Вексель подписан генеральным директором. Подлинность печати никем не оспаривалась и заявления об утрате которой в правоохранительные органы не поступало. Таким образом, позиция истца была предельно ясна, а требование законно. Следовательно, объективных препятствий для вынесения окончательного решения по спору у суда не имелось.

ВС РФ и ВАС РФ № 33/14 от 04.12.2000 вексельными сделками признаются, в частности, сделки по выдаче, акцепту, индоссированию, авалированию векселя, его акцепту в порядке посредничества и оплате.

Согласно статье 142 Кодекса ценной бумагой является документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении. Поэтому при рассмотрении дел об исполнении вексельных обязательств суду необходимо проверять, соответствует ли документ формальным требованиям, позволяющим рассматривать его в качестве ценной бумаги (векселя).

В рассматриваемом деле вексель, представленный суду, соответствовал всем вышеуказанным критериям. Оснований считать его не соответствующим требованиям, предъявляемым к ценным бумагам (векселям), у суда не имелось.

В соответствии со статьями 16, 77 Положения о простом и переводном векселе, лицо, у которого находится вексель, рассматривается как законный векселедержатель в том случае, когда оно основывает свое право на непрерывном ряде индоссаментов, даже если последний индоссамент является бланковым.

Если последний индоссамент является бланковым (то есть не содержащим указания лица-индоссата), то в качестве законного векселедержателя рассматривается лицо, у которого вексель фактически находится; данное лицо вправе осуществлять все права по векселю, в том числе и право требовать платежа.

Следовательно, право истца в рассматриваемом деле требовать платежа по векселю являлось законным.

Согласно п. 9 вышеуказанных постановлений пленумов, законный векселедержатель не обязан доказывать существование и действительность своих прав, они предполагаются существующими и действительными. Бремя доказывания обратного лежит на вексельном должнике.

Как это было написано на небезызвестном плакате - "Спасение утопающих, дело рук самих утопающих". Таким образом, чтобы доказать недобросовестность векселедержателя ответчик мог рассчитывать только на себя самого, а если быть более конкретным, на результаты расследования уголовного дела, возбужденного по его заявлению.

Практика показывает, что при рассмотрении споров о взыскании вексельного долга суды особо не желают уделять внимание заявлениям векселедателя о вызове в суд различных свидетелей, т.к. абстрактность обязательства, выраженного в векселе, доказательством наличия которого является только подпись лица, уполномоченного на подписание векселя, не подразумевает иных способов доказывания его существования. Следовательно, допросы свидетелей и исследование различных косвенных доказательств, по существу, не могут повлиять на выводы суда.

Таким образом, результат экспертизы подписи, из которого следует, что эта подпись принадлежит лицу, уполномоченному векселедателем на подписание векселей, является "железобетонным доказательством" существования вексельного обязательства.

В соответствии с пунктом 1 Постановления Пленумов

В данном деле позиция судьи арбитражного суда, развившаяся в нежелании "копать глубоко", во многом была обусловлена еще и тем, что ответчик в ходе судебного заседания не требовал признания вексельной сделки по выдаче векселя недействительной.

А между тем, согласно п. 13 постановлений вышеуказанных пленумов, сделки, на основании которых вексель был выдан или передан, могут быть признаны судом недействительными в случаях, предусмотренных Гражданским кодексом РФ. Признание судом указанных сделок недействительными не влечет недействительности векселя как ценной бумаги и не прерывает ряда индоссаментов. Последствием такого признания является применение общих последствий недействительности сделки непосредственно между ее сторонами (статья 167 Кодекса).

У компании В. имелось несколько оснований для заявления встречного иска о признании вексельной сделки недействительной, однако компания не воспользовалась этим правовым инструментом.

Позиция компании В. заключалась в том, что обязанным по векселю считается физическое лицо, подписавшее вексель от имени юридического лица не имея на то законных полномочий от представляемого.

В свою очередь, истец утверждал, что положения вексельного законодательства не устанавливают императивного правила о необходимости одновременного (одномоментного) составления и выдачи векселя, что, по его мнению, прямо следует из п. 10 Положения и подтверждается сложившейся судебной практикой нескольких Федеральных арбитражных судов. Следовательно, вступив в должность генерального директора и, одновременно, став единственным участником общества через 5 дней после даты, указанной на векселе, Т. фактически одобрил выдачу векселя. Кроме того, скрепление подписи Т. печатью ответчика, по его мнению, также свидетельствовало об одобрении сделки, поскольку подпись могла быть скреплена печатью только после вступления Т. в должность, т.к. до этого печать находилась у предыдущего директора.

Как истец и запланировал, в удовлетворении его ходатайства о вызове в судебное заседание генерального директора первого векселедержателя, от чьего имени был сделан бланковый индоссамент на векселе (компания Д.), суд отказал. Тогда истец представил в судебное заседание заблаговременно составленный *affidavit* (affidavit - нотариально-удостоверенное объяснение свидетеля) генерального директора компании Д., в котором было указано, что ранее возглавляемая им компания Д. неоднократно совершала вексельные сделки. Осмотрев предъявленный представителем истца вексель, он отметил в объяснении, что подпись на обратной стороне векселя (имелся в виду бланковый индоссамент) похожа на его. Таким образом, истец лишил ответчика возможности задать генеральному директору компании Д. интересующие его вопросы, которые могли пролить свет на историю возникновения спорного векселя, тем самым предопределив исход дела. Нотариальное объяснение генерального директора компании Д. было положено в основу судебного решения по делу как ключевое доказательство. Ответчик

при этом был полностью лишен возможности каким-либо образом опровергнуть это доказательство.

Решением арбитражного суда иск был удовлетворен в полном объеме. Постановлением апелляционной инстанции решение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Суд сделал следующий вывод: *"скрепление подписи генерального директора Т. печатью ответчика может свидетельствовать о том, что подпись генерального директора общества правомочна, что также подтверждается заключением экспертизы, назначенной и проведенной в рамках рассматриваемого дела"*.

В ходе расследования уголовного дела было установлено, что вексель компанией В. не выдавался. Однако установить, кем был изготовлен вексель, оказалось гораздо сложнее, чем это представлялось на первый взгляд. По крайней мере, для начала необходимо было провести экспертизу подписи лица, сделавшего бланковый индоссамент от имени первого векселедержателя, т.е. генерального директора компании Д. Для следствия не стало сюрпризом, что компания Д. незадолго до момента предъявления векселя к оплате была ликвидирована путем присоединения к региональному обществу с ограниченной ответственностью.

Установить местонахождение бывшего директора компании Д. и допросить его не представилось возможным, т.к. по месту регистрации он не проживал, а оснований для объявления его в розыск у следствия не имелось.

Не раскрывая карт, скажу, что компании В. все-таки удалось защититься от посягательств мошенников.

А.В. Никифоров - адвокат МОКА, к.ю.н.

Влияние традиций российской правовой школы на общие положения наследования по завещанию

Право, как указывает С.С. Алексеев, является живым организмом, чутко реагирующим на изменение общественных отношений. Закон, не обладающий подобной гибкостью, приводится в соответствии с новыми социальными реалиями /8, 10/. Произошедшие и происходящие изменения действующего законодательства свидетельствуют об истинности данного мнения. Вместе с тем, наследственное законодательство, одновременно, отражает и уже сложившиеся в государстве правовые традиции, которые, в настоящее время, наиболее значительно отражены, прежде всего, в общих положениях наследования по завещанию ГК РФ /1/, отражающих специфические черты отечественного завещательного наследования.

Исследуя традиции наследования, прежде всего, необходимо отметить, что ГК РФ, в отличие от ГК 1964 г. /6/ раскрывает понятие "завещание". Согласно ч. 5 ст. 1118 ГК РФ, завещание является односторонней сделкой, которая создает права и обязанности после открытия наследства. Ранее указание на завещание как на сделку одностороннего характера содержалось в юридической литературе. Законодательное закрепление данного положения представляется абсолютно верным и отвечающим пониманию юридической природы завещания, обоснованной отечественной цивилистикой.

По мнению Л.В. Санниковой /20, 36/, формулировка ч. 5 ст. 1118 ГК РФ не совсем корректна, поскольку права и обязанности порождаются юридическим составом, в котором завещание выступает наряду с другими юридическими фактами. Действительно, например, для возникновения прав и обязанностей у душеприказчика, помимо наличия завещания, необходимо еще два юридических факта: открытие наследства и согласие быть исполнителем завещания. Вместе с тем, с мнением автора нельзя согласиться, поскольку, исходя из смысла ст. 1118 ГК РФ, она посвящена общим положениям о завещании, а не составу юридических фактов. Поэтому ч. 5 ст. 1118 ГК РФ не требует корректировки. В свою очередь, дополнительные юридические факты содержатся в статьях ГК РФ, посвященных соответствующим участникам наследственных правоотношений.

Указание на завещание как на одностороннюю сделку соответствует и ч.4 ст.1118 ГК РФ, согласно которой в завещании может содержаться распоряжение только одного гражданина. Совершение завещания двумя и более гражданами не допускается. Необходимо отметить, что подобная концепция принята не во всех странах. Например, англо-американское право допускает совместные и взаимные завещания, сущность которых состоит во встречных обязательствах завещателей в отношении друг друга. Вместе с тем, запрещение взаимных завещаний было известно римскому праву. Здесь содержалось требование о том, что текст завещания должен быть отделен от текста всякого другого акта, поскольку послед-

ний может в одно и тоже время понадобиться обоим сторонам, в результате чего могут пострадать интересы одной из них /14, 40/.

Отечественная правовая школа всегда придерживалась позиции о содержании в завещании волеизъявления только одного наследодателя, что нашло свое отражение в законодательстве. Так, в ст. 1032 Свода законов гражданских /13, 240/ указывалось, что поскольку завещание по усмотрению завещателя при жизни его может подлежать отмене или изменению, то два лица совокупно, в одном и том же завещании, не могут изъявлять свою волю. Нормы ГК РСФСР 1922 г. /7/ и 1964 г. подобных требований не содержали, поэтому в судебной практике имел место случай, когда суд признал действительным завещание, составленное от имени двух лиц /22, 33-34/. Позднее на недопустимость удостоверения одного завещания от имени нескольких лиц обращалось внимание в разъяснении Министерства юстиции РСФСР /2/.

В практическом отношении, взаимное завещание составляет неразрешенными целый ряд вопросов. Во-первых, завещание из личной односторонней сделки становится договором, что противоречит ч. 1 ст. 1118 ГК РФ. Во-вторых, наличие встречных обязательств порождает проблему свободы формирования и выражения воли каждого из наследодателей. Кроме того, Д.И. Мейер справедливо указывал, что при совершении взаимного завещания двумя наследодателями, завещание одного составляет как бы условие завещания другого, и тогда, при отмене одного завещания, возникает сомнение на счет действительности другого /15, 799/. Немаловажным является и то обстоятельство, что при взаимном завещании открытие наследства после одного из завещателей влечет преждевременное оглашение воли второго завещателя, вне зависимости от его согласия на это, т.е. нарушается тайна завещания. Поэтому непринятие отечественным наследственным законодательством концепции взаимных завещаний представляется правильным.

Завещание должно быть совершено только лично наследодателем. Совершение завещания через представителя не допускается (ч. 3 ст. 1118 ГК РФ). Такое ограничение было известно и дореволюционному и советскому законодательству о наследовании. Наследование по завещанию изменяет или отменяет наследование по закону, которое считается наиболее оптимальным с точки зрения государства. Составляя завещание, наследодатель по своей воле устанавливает частный порядок наследственного преемства, индивидуальный для каждого случая завещательного наследования. Поэтому необходимость личного совершения завещания позволяет устранить сомнения в действительности этого порядка и отсутствии подлога, которые могли бы возникнуть при составлении завещания через представителя.

Развитие наследования по завещанию не могло не от-

разиться на требованиях закона в отношении надления лица правом на составление завещания. Вместе с тем, традиционно и в дореволюционном, и в советском праве наследования способность к совершению завещания признавалась только за полностью дееспособными лицами. Данная позиция отражена и в ГК РФ - правом на совершение завещания обладает только гражданин, полностью дееспособный на момент составления завещания (ч. 2 ст. 1118). На наш взгляд, такое указание закона в современных условиях вряд ли можно признать обоснованным.

Прежде всего, необходимо отметить, что и в зарубежном законодательстве нет единого подхода к рассматриваемой нами проблеме. Например, в силу ст. 1345 Гражданского кодекса Грузии /10, 79/, завещателем может быть совершеннолетнее, дееспособное лицо. Вместе с тем, законодательство данной страны, хотя и содержит указание на ограниченную дееспособность лиц в возрасте от 7 до 18 лет, но не раскрывает объем правомочий таких несовершеннолетних (ст. 14 ГК Грузии). Аналогичное требование известно и гражданскому праву Израиля /11, 459/.

В свою очередь, ст. 904 Французского Гражданского кодекса предусматривает, что "несовершеннолетний, достигший 16 лет и не эмансипированный, может делать распоряжения только посредством завещания и только в размере половины вещей, которыми закон разрешает несовершеннолетнему распоряжаться" /19, 577/. Расширяя данную норму, ст. 420 Гражданского кодекса Латвийской республики устанавливает право несовершеннолетнего, достигшего возраста 16 лет, составлять завещание "обо всем своем свободном имуществе" /9, 164/.

В отечественной юридической литературе осталось дискуссионным положение о возможности предоставления несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет права совершать завещание. Большинство авторов отрицательно отвечают на данный вопрос. Так, основываясь на действующем законодательстве, В.В. Гуцин указывает, что ст. 26 ГК РФ наделяет несовершеннолетних правом самостоятельно использовать в потребительских целях полученный ими трудовой заработок, но совершать сделки в отношении принадлежащего им имущества они могут только с согласия родителей, усыновителей, опекунов, что неприменимо к завещанию /12, 82/.

Вместе с тем, законодатель, согласно ч. 2 ст. 26 ГК РФ, наделяет несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет правом осуществлять права автора на результаты своей интеллектуальной деятельности, а также вносить вклады в кредитные учреждения и распоряжаться ими. Кроме того, начиная с 16 лет, несовершеннолетние вправе быть членами кооперативов и крестьянских (фермерских) хозяйств, а также в силу ст. 63 ТК РФ, заключать трудовые договоры. Думается, это свидетельствует о тенденции законодательного расширения прав несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет, что, в свою очередь, не позволяет согласиться и с другим мнением В.В. Гуциной о том, что у гражданина, не достигшего 18 лет, полной сознательности к существу совершаемых завещательных распоряжений может и не быть. Лицо, наделенное правом внести вклад в банк, в равной степени осознанно может и распорядиться им при совершении

завещания. Кроме того, допуская свободное распоряжение несовершеннолетним своим заработком, стипендией и иными доходами, нелогичным и необъяснимым выглядит запрет на распоряжение такими доходами на случай смерти.

Необходимость изменения ч. 2 ст. 1118 ГК РФ обоснована и с практической точки зрения. Так, несовершеннолетний М. был единственным собственником квартиры, в которой после развода родителей постоянно проживал вместе с отцом. Мать М., в силу ряда причин, не поддерживала контактов с бывшей семьей. В 2003 г., в связи с предстоящей операцией по поводу тяжелого порока сердца, М. хотел составить завещание, которое устраняло бы от наследования указанной квартиры его мать. Нотариус, руководствуясь ст. 1118 ГК РФ, в удостоверении такого завещания отказала. Впоследствии между родителями М. возник наследственный спор.

Безусловно, приведенный нами пример нельзя назвать типичным. Вместе с тем, появление у несовершеннолетних личной собственности позволяет говорить о необходимости учета подобных случаев. Совершенно очевидно, что лишая несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет права на совершение завещания, законодатель умалывает его возможность заботиться о близких ему людях, что вряд ли можно признать оправданным. Поэтому, по нашему мнению, несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет должны обладать правом на составление завещания.

Нормы ч. 2 ст. 1118 ГК РФ отрицательно отвечают на вопрос о действительности завещаний, совершенных гражданами, ограниченными судом в дееспособности вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами. Ранее наиболее интересное мнение по данной теме высказала Т.Д. Чепига, которая считает возможным предоставление указанным лицам права на составление завещания /23, 51/. Такая точка зрения основывалась на том, что исполнение завещания после смерти наследодателя исключает возможность использования наследственного имущества в антисоциальных и антиобщественных целях, т.е. не противоречит цели ограничения гражданина в дееспособности в рассматриваемом случае.

Представляется необходимым обратиться к нормам действующего законодательства и судебной практики для обоснования нашей точки зрения по данному вопросу. В соответствии со ст. 30 ГК РФ, ограничение судом дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими веществами, преследует цель защиты интересов семьи, которую такие граждане ставят в тяжелое материальное положение. Ранее Верховный Суд РФ указывал, что под ограничением дееспособности, по рассматриваемому основанию, понимается лишение судом гражданина права совершать без согласия попечителя ряд действий, в число которых входит и совершение завещания /3/.

Таким образом, ВС РФ считает, что составление завещания ограничено дееспособным гражданином возможно, но с согласия попечителя. Необходимость получения согласия не противоречит свободе завещания, поскольку речь идет только о согласии, а не о личном присутствии попечителя и необходимости его ознакомле-

ния с содержанием завещания. Кроме того: согласие попечителя не противоречит и личному характеру завещания, двусторонность сделки определяется не количеством лиц, в ней участвующих, а количеством согласованных волеизъявлений.

По нашему мнению, законодательное ограничение права на совершение завещания для данной категории лиц вполне оправданно в практическом отношении. Специалистами по судебной медицине отмечается, что при злоупотреблении спиртными напитками, равно как и наркотическими веществами, достаточно быстро развивается патологическое опьянение, одним из признаков которого является сумеречное помрачение сознания с искаженным восприятием действительности, непредсказуемыми и импульсивными поступками. "Внешне больной не похож на пьяного..., патологическое опьянение заканчивается также внезапно, как и началось. Обычно больные не помнят, что с ними было, и что они делали" /17, 218/.

Думается, что болезненная воля лица, находящегося в подобном состоянии, может получить в завещании совершенно неожиданное воплощение. Например, желая навредить "непонимающей" его жене, наследодатель может завещать свою квартиру "понимающему" другу. Поэтому умаление права на совершение завещания позволяет избежать подобных случаев и защищает интересы членов семьи лица, злоупотребляющего спиртными напитками или наркотическими веществами.

Возвращаясь к требованиям ч.2 ст.1118 ГК РФ, следует отметить, что дееспособным гражданин должен быть именно на момент составления завещания. Характерен в этом отношении следующий пример судебной практики: У. предъявила иск к своей дочери З. о признании недействительным завещания, составленного ее родной сестрой К., по которому К. завещала принадлежащий ей дом З. При этом истица указала, что наследодатель решением суда в 1982 г. была признана недееспособной по причине душевного заболевания, и что она являлась опекуном сестры. Учитывая, что как опекун она не могла от имени опекаемой составить на себя завещание, было решено, что К. составит завещание в пользу З., что и было сделано, факт недееспособности наследодателя был от нотариуса скрыт. После оформления наследственных прав З. стала препятствовать истице пользоваться домом, в котором она прожила с сестрой около 20 лет. Решением суда заявленные требования были удовлетворены, несмотря на недобросовестные действия истицы, как опекуна. Наследодатель К. не обладала дееспособностью на момент подписания завещания /19, 35/.

Традиционным для наследственного права является и требование ч. 1 ст. 1118 ГК РФ, в силу которого распорядиться имуществом на случай смерти можно только путем составления завещания. Завещание - сделка, влекущая правовые последствия только после смерти наследодателя. В этом проявляется одна из специфических черт завещания, отличающая его от сходного, на первый взгляд, дарения. Необходимо отметить, что дореволюционное законодательство относило завещание, как и дарение, к так называемым дарственным способам приобретения прав на имущество, проводя при этом их строгое разграничение.

Дореволюционному наследственному законодательству было известно такое понятие как "выдел" наследства. Согласно ст. 1556 Проекта Гражданского уложения /13, 593/, выделом признавалось безвозмездное предоставление имущества предполагаемому наследнику с указанием, что предоставленное имущество должно быть включено в счет того имущества, которое выделяемый получит в порядке наследования по закону после выделяющего. Представляется, что отсутствие подобной нормы в ГК РФ абсолютно оправдано и соответствует сложившейся практике понимания наследования.

Положение о завещании как единственном способе распоряжения имуществом на случай смерти не получило прямого закрепления в ГК 1964 г. На практике это приводило к случаям, когда наследник по завещанию фактически получал наследство при жизни наследодателя в "обмен" на предоставление завещателю пожизненного содержания, в связи с чем в последствии ставился вопрос о признании таких завещаний действительными /16, 114-115/. Таким образом, норма ч. 1 ст. 1118 ГК РФ, по нашему мнению, прежде всего, направлена на защиту возможных наследников от заключения наследодателем притворных сделок в отношении наследства.

Завещание начинает "действовать" только после смерти завещателя, позволяет последнему, во-первых, отменить или изменить ранее составленное завещание, а, во-вторых, требовать от соответствующих органов соблюдения тайны завещания.

По данному вопросу необходимо отметить требование ч. 2 ст. 1130 ГК РФ, согласно которому завещание, отменное полностью или частично последующим завещанием, не восстанавливается, если последующее завещание полностью или частично отменено завещателем. Здесь ясно прослеживается охрана законодателем интересов завещателя - волеизъявление, измененное один раз, не может считаться действительным уже в силу самого факта такого изменения, не зависимо от последующей судьбы этого изменения.

Достаточно часто предметом судебного разбирательства являются споры, связанные с изменением или отменой завещания. Анализируя сложившуюся судебную практику, Московский областной суд считает, что оформляя наследственные права, необходимо исполнить последнюю волю завещателя, а для этого необходимо иметь подтверждение того, что именно предъявленное завещание и есть последняя воля наследодателя. Так по одному из дел нотариус выдал свидетельство о праве на наследство по завещанию, которое ранее было удостоверено другим нотариусом, не истребовав сведения об изменении или отмене завещания. Впоследствии это привело к нескольким сделкам купли-продажи квартиры, которая входила в состав наследства и последующему иску жены завещателя о признании за ней права собственности на квартиру. В ходе судебного заседания было установлено, что подпись наследодателя и удостоверительная надпись на завещании, сделанная первым нотариусом, являются подделкой. Иск был удовлетворен и семья последнего покупателя выселена без предоставления другого жилого помещения /5, 34/.

Немаловажным представляется закрепление в ч. 1 ст. 1130 ГК РФ права наследодателя на изменение или от-

мену завещания без чьего-либо согласия. Нотариус удостоверяет завещание в соответствии с волеизъявлением наследодателя, и не вправе впоследствии изменять текст завещания. Например, решением суда удовлетворен иск П., предъявленный к своему брату о признании завещания, составленного их умершей матерью, частично недействительным по той причине, что фактически их мать завещала садовый дом и земельный участок только ему, но после смерти матери, не желая обидеть брата, он обратился к нотариусу, составившему завещание, с просьбой вписать в завещание и ответчика, что было сделано; и это дало возможность им обоим получить свидетельства о праве на наследство и быть принятыми в члены садоводческого товарищества. Проведенной по делу почерковедческой экспертизой было установлено, что фрагмент дописанной части завещания, который был выполнен после всего текста распоряжения словами "а также и моему сыну П." был допечатан при повторной закладке экземпляра завещания на той же пишущей машинке. Свидетель К. пояснила, что видела подлинник завещания, составленный наследодателем, в котором было указано, что все имущество было завещано только истцу /5, 34/.

На наш взгляд, приведенное решение суда законно и обосновано. Изменение завещания может происходить только по волеизъявлению наследодателя. Наследник по завещанию, руководствуясь даже самыми благими пожеланиями, не вправе корректировать личное распоряжение завещателя, поскольку в таком случае ставится под вопрос существование самого принципа свободы завещания и, как следствие, нарушается право наследодателя распорядиться своим имуществом по личному усмотрению.

Правило о тайне завещания начало формироваться еще до 1917 г. Так согласно ст. 1042 Свода законов гражданских, вторичная и последующие выписки нотариального завещания при жизни завещателя выдавались только ему или его поверенному, снабженному законной доверенностью. Это позволяет сделать вывод о том, что до смерти наследодателя никто из наследников не должен был ничего знать о содержании завещания.

Необходимость соблюдения тайны завещания является гарантией свободного волеизъявления наследодателя при его совершении. Ранее требование о соблюдении тайны завещания не было прямо предусмотрено в законе. В соответствующих нормативно-правовых документах, регламентирующих порядок нотариальной деятельности, говорилось лишь об обязанности нотариусов, работников нотариальных контор, а также определенных круга должностных лиц соблюдать тайну совершаемых нотариальных действий. Поэтому нотариальная практика строго придерживалась принципа неразглашения волеизъявления наследодателя. Сведения о содержании завещания могли узнать только наследники по завещанию и по закону, и только после смерти наследодателя. Справки о совершенных нотариальных действиях, но не о содержании завещания, выдавались по письменному требованию суда, прокуратуры, органов следствия и дознания в связи с находящимися в их производстве уголовными или гражданскими делами.

В судебной практике тайне завещания также придавалось немаловажное значение. Верховный Суд СССР, отмечал, что хотя сам по себе факт нарушения тайны завещания и не является основанием для признания его недействительным, но если в результате такого нарушения наследодатель был лишен свободы волеизъявления, то такое завещание должно быть признано недействительным /4, 18/.

Позиция Верховного Суда по рассматриваемому вопросу указывает на взаимосвязь тайны завещания с правом гражданина на составление завещания. Право на сохранение тайны завещания не имеет имущественного содержания и неразрывно связано с личностью наследодателя. Оно не может отчуждаться или передаваться иным способом другим лицам ни на каком основании. Все это позволяет говорить о тайне завещания как нематериальном благе гражданина.

Требование о соблюдении тайны завещания претерпело некоторые положительные изменения. Прежде всего необходимо отметить, что в ч.1 ст. 1123 ГК РФ значительно расширен круг лиц, на которых возлагается обязанность сохранения тайны завещания. Помимо нотариуса и лиц, которым законом предоставлено право удостоверения завещания до открытия наследства, разглашать сведения, касающиеся содержания завещания, его совершения, изменения или отмены, не вправе также переводчик, свидетели, рукоприкладчик и исполнитель завещания.

Действующим законодательством предусмотрена гражданско-правовая ответственность указанных лиц за несоблюдение тайны завещания. Согласно ч. 2 ст. 1123 ГК РФ, в случае нарушения тайны завещания, завещатель вправе потребовать компенсацию морального вреда, а также воспользоваться другими способами защиты гражданских прав, указанными в ГК РФ. Вместе с тем следует учитывать, что тайна завещания является личным неимущественным правом. Завещание до момента открытия наследства не создает и не изменяет существующих правоотношений. Поэтому невозможно говорить о защите тайны завещания посредством, например, взыскания неустойки, прекращения или изменения правоотношения, восстановления положения, существовавшего до нарушения права. Полагаем, что в практическом отношении применимы лишь предусмотренные законом способы защиты нематериальных благ (гл. 8 ГК РФ).

Тайна завещания является частью конституционного права гражданина на невмешательство в частную жизнь. Закрепленный в законе круг лиц, обязанных воздержаться от разглашения содержания завещания, и установленный механизм правовой защиты конфиденциальности этой информации, позволяют говорить о тайне завещания как о самостоятельном правоотношении, которое является частью комплекса гражданско-правовых наследственных отношений.

По мнению М.Ю. Телюкиной, на практике едва ли можно ожидать большого количества дел, связанных с нарушением тайны завещания, что обусловлено сложностью доказывания: как факта разглашения информации конкретным субъектом, так и причинно-следственной связи между негативным отношением потенциальных наследников и нарушением тайны завещания /18, 39/.

На наш взгляд, с данным мнением нельзя полностью согласиться. Для возможности применения наследодателем гражданско-правовой защиты важен только факт нарушения тайны завещания. Его последствия, в виде, например, негативного отношения наследников могут оказать влияние на степень этой ответственности, но не на ее применение вообще. Сложность доказывания факта определяется, прежде всего, конкретными обстоятельствами нарушения, и носит для каждого такого случая сугубо индивидуальный характер. Представляется, что с учетом расширения круга субъектов, на которых возлагается обязанность сохранения конфиденциальности завещания, предоставление наследодателю возможности применения законных способов защиты нарушенного права является дополнительной гарантией соблюдения тайны завещания.

Таким образом, тайна завещания - обеспеченное право наследодателя на сохранение конфиденциальности завещательных распоряжений, а также совершения, изменения или отмены завещания. Очевидно, что все составляющие данного права носят самостоятельный характер. Например, завещатель может уведомить наследников о составлении завещания, но это не умаляет его права на неразглашение содержания завещания. Подтверждение данного вывода можно найти в зарубежной практике. Так, по одному из наследственных дел суд указал, что степень конфиденциальности полностью зависит от "разума и воли завещателя".

По нашему мнению, право наследодателя на сохранение тайны завещания способствует наиболее полной реализации принципа свободы завещания. Традиционно принцип свободы завещания теоретически выводился учеными-цивиристами. Само существование свободы завещания позволяет выразить индивидуальные свойства лиц и особенные обстоятельства в каждом случае наследования.

В ГК РФ принцип свободы завещания получил законодательное закрепление, что не было известно ни дореволюционному, ни советскому наследственному праву. В соответствии со ст. 1119 ГК РФ, свобода завещания рассматривается как совокупность правомочий наследодателя по распоряжению своим имуществом на случай смерти. Подобный взгляд на правовую природу свободы завещания обосновывался в разработках российских юристов /21, 21/. Наследодатель вправе завещать имущество любым лицам, любым образом определить доли наследников в наследстве, лишить наследства одного, нескольких или всех наследников по закону, не указывая причин такого лишения, а также включить в завещание завещательные распоряжения, предусмотренные ГК РФ, отменить или изменить совершенное завещание. Всеми этими правомочиями наследодатель пользуется свободно и по своему усмотрению.

Вместе с тем, по нашему мнению, нельзя рассматривать свободу завещания, ограничиваясь только установленными ст. 1119 ГК РФ правами наследодателя. Закон не может предусмотреть всех распоряжений, составляющих свободу завещания, поскольку невозможно учесть многообразие жизненных ситуаций и отношений, оказывающих индивидуальное влияние на формирование воли завещателя. Требования ст. 1119 ГК РФ указывают на возможные "компоненты". Так действующее за-

конодательство, наряду с указаниями о порядке наследования, позволяет вносить в завещание некоторые фидуциарные распоряжения. Поэтому определение свободы завещания только посредством перечня прав является ее умалением, ведь в таком случае обоснованные в практическом отношении права, не вошедшие в этот перечень, будут в силу этого факта необоснованно ограничены в применении.

Свобода завещания, с целью обеспечения интересов отдельной группы наследников, ограничивается правилом об обязательной доле в наследстве, которое более подробно будет рассмотрено в следующей главе настоящего исследования.

Безусловно, влияние традиций, выработанных отечественной правовой школой, не ограничивается рассмотренными здесь основными положениями завещательного наследования. Так законодатель сохранил в качестве основной нотариальную форму завещания. Нормами ГК РФ предусмотрено право подназначения наследника, включения в завещание таких завещательных распоряжений, как завещательный отказ и завещательное возложение. Вместе с тем, представляется возможным сконцентрировать исследование влияния правовых традиций на современное законодательство рассмотренными нормами. Кроме того, полагаем, что нормативная регламентация формы, содержания завещания, реализации завещательных распоряжений в свете перспектив их дальнейшего развития требует отдельного анализа.

Развитие отечественного законодательства о наследовании позволяет утверждать, что завещание является актом личной воли наследодателя и рассматривается как односторонняя сделка строгой законодательной формы, создающая права и обязанности после открытия наследства, предметом которой является порядок наследственного правопреемства, а также иные, предусмотренные законом распоряжения наследодателя на случай смерти. В отличие от других односторонних сделок, совершение завещания не налагает каких-либо обязательств на наследодателя. Несмотря на то, что завещание влечет правовые последствия после открытия наследства, оно фиксирует распоряжения завещателя, которые впоследствии могут определять индивидуальный порядок наследования.

В ГК РФ наиболее четко выражены частноправовые идеи, востребованные условиями развития общества. Во многом этому способствовало изменение социально-экономических условий, а также глубокое осмысление реальной правовой материи, проведенное цивилистами отечественной правовой школы в советский период, исторические предпосылки для которого были подготовлены дореволюционными правоведом. Вместе с тем, в законе прослеживается сохранение преемственности многих норм ранее действующего законодательства, оправдавших себя в практическом применении, что отнюдь не исключает возможности их дальнейшего развития.

Появление некоторых новых юридических положений продиктовано общей тенденцией развития наследственного права. Исследование показывает, что в наследственном праве различных стран, хотя и обнаруживаются аналогичные правовые институты, по существу имеющие много общего, в каждой стране наследование по за-

вещанию испытывает значительное влияние национальных традиций, взглядов, нравственных и правовых идей, придающих ему определенную специфику, характерную только для данного государства.

Библиографический список литературы

1. Нормативно-правовые акты и другие официальные документы

1. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть III от 26. 11. 2001г. № 146-ФЗ. // СЗ РФ. - 2001. № 49. - Ст. 4552.

2. Инструкция Министерства юстиции РСФСР "О порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР" № 01 / 16-01 от 06.01.1987 г.

3. Постановления Пленума ВС РФ "О практике рассмотрения судами дел об ограничении дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими веществами" от 04 мая 1990 г. (в ред. от 25 октября 1996 г.) // Бюллетень ВС РФ. - 1997. № 1.

4. Ответы СК Верховного суда СССР по гражданским делам на запросы судов, предприятий, учреждений, организаций по применению законодательства. Применение законодательства при разрешении трудовых споров. / Бюллетень Верховного суда СССР. - 1990. № 1.

5. Обзор судебной и нотариальной практики Московской области по применению законодательства при рассмотрении вопросов, возникающих из наследственного права, а также отдельных видов договоров по передаче имущества в собственность. Судебная коллегия по гражданским делам МОС. Московская областная нотариальная палата. - М., 2003.

6. Гражданский кодекс РСФСР (1964 г.). // ВВС РСФСР. - 1964. № 24. - Ст. 407.

7. Гражданский кодекс Р.С.Ф.С.Р. // СУ РСФСР. - 1922. № 71. - Ст. 904.

2. Монографии, учебники и учебные пособия

8. Алексеев С.С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. - М.: НОРМА, 2002.

9. Гражданский кодекс Латвийской Республики / Науч. ред. Н.Э. Лившиц. - СПб.: "Юридический центр Пресс", 2001.

10. Гражданский кодекс Грузии / Науч. ред. З.Г. Бигава. - СПб.: "Юридический центр Пресс", 2002.

11. Гражданское законодательство Израиля / Науч. ред. Н.Э. Лившиц. - СПб.: "Юридический центр Пресс", 2003.

12. Гуцин В.В. Наследственное право: Учебное пособие / Под ред. Ю.П. Свириденко. - М.: "Дашков и К", 2003.

13. Кодификация российского гражданского права: Свод законов гражданских Российской Империи, Проект Гражданского уложения Российской Империи, Гражданский кодекс РСФСР 1922 года, Гражданский кодекс РСФСР 1964 года. / Ред. кол. С.С. Алексеев, Б.М. Гонгалло, С.А. Степанов, Д.В. Мурзин. - Екатеринбург: Изд-во института частного права, 2003.

14. Любавский А. Об упрощении внешней формы завещаний. - СПб., 1865.

15. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). - М.: "Статут", 2003.

16. Никитюк П.С. Наследственное право и наследственный процесс (Проблемы теории и практики) / Под ред. О.В. Овчиниковой. - Кишинев: "Штиинца", 1973.

17. Пауков В.С., Живодеров Н.Н. Судебная медицина и судебная психиатрия: Учеб. - М.: ГЭОТАР МЕДИЦИНА, 2000.

18. Телюкина М.В. Наследственное право: Комментарий Гражданского кодекса Российской Федерации: Учеб.-практ. пособие. - М.: Дело, 2002.

19. Французский гражданский кодекс / Науч. ред. и пред. Д.Г. Лаврова. - СПб.: "Юридический центр Пресс", 2004.

3. Материалы периодической печати

20. Санникова Л.В. Завещание и его формы по новому российскому законодательству о наследовании // Юридический мир. - 2003. № 3. - с. 36-44.

21. Ярошенко К. Наследование по завещанию // Закон - 2000. № 4 - С.21.

22. Ярошенко К.Б. Наследование по завещанию. / Комментарий судебной практики за 1973 год. М.: Юрид., лит., 1974. С. 33-34.

4. Диссертации и авторефераты диссертаций

23. Чепига Т.Д. Наследование по завещанию в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - М., 1965.

А.Н. Кривонос - первый заместитель президента ГРА, заместитель ректора РААН, к.ю.н., доцент, почётный работник прокуратуры РФ, заслуженный юрист Московской области

Принятие решения по делам о налоговых правонарушениях

Согласно ст. 32 НК РФ налоговые органы обязаны осуществлять контроль за соблюдением законодательства о налогах и сборах, а также принятых в соответствии с ним нормативных правовых актов, в связи с чем ст. 31 НК РФ закреплено право налоговых органов проводить налоговые проверки в установленном НК РФ порядке.

Отсутствовавшее ранее законодательно закрепленное понятие налогового контроля введено в Налоговый кодекс РФ Федеральным законом от 27.07.2006 г. № 137-ФЗ "О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования"¹ (далее Закон РФ № 137-ФЗ). Таким признана деятельность уполномоченных органов по контролю за соблюдением налогоплательщиками, налоговыми агентами и плательщиками сборов законодательства о налогах и сборах в порядке, установленном НК РФ.

Налоговый контроль проводится должностными лицами налоговых органов в пределах своей компетенции посредством налоговых проверок, получения объяснений налогоплательщиков, налоговых агентов и плательщиков сбора, проверки данных учета и отчетности, осмотра помещений и территорий, используемых для извлечения дохода (прибыли), а также в других формах, предусмотренных НК РФ.

Кроме того, новая редакция статьи 87 НК РФ содержит цель проводимых камеральных и выездных налоговых проверок - контроль за соблюдением налогоплательщиком, плательщиком сборов или налоговым агентом законодательства о налогах и сборах.

Одним из наиболее часто проводимых видов налоговых проверок является камеральная проверка. В связи с принятием Закона РФ № 137-ФЗ порядок проведения камеральной проверки и вынесения решения по ее результатам претерпел существенные изменения, последние и будут предметом рассмотрения в настоящей статье.

По-прежнему камеральная проверка проводится уполномоченными должностными лицами налоговых органов без какого-либо специального решения руководителя налогового органа на основе налоговых деклараций (расчетов) и документов, представленных налогоплательщиком, а также других документов о деятельности налогоплательщика, имеющихся у налогового органа.

Сохранился и срок проведения такой проверки - 3 месяца со дня представления налогоплательщиком налоговой декларации (расчета) и прилагаемых документов.

Важным изменением, касающимся порядка проведения камеральной проверки, является требование п. 3 ст. 88 НК РФ о том, что если камеральной налоговой проверкой выявлены ошибки в налоговой декларации (рас-

чете) и (или) противоречия между сведениями, содержащимися в представленных документах, либо выявлены несоответствия сведений, представленных налогоплательщиком, сведениям, содержащимся в документах, имеющихся у налогового органа, и полученным им в ходе налогового контроля, об этом сообщается налогоплательщику с требованием представить необходимые пояснения или внести соответствующие исправления в установленный срок. При этом указанная норма четко определяет срок, в течение которых должны быть представлены соответствующие пояснения - пять дней. Необходимо обратить внимание, что новая редакция ст. 61 НК РФ закрепила, что исчисление срока, определенного днями, производится в рабочих днях, если срок не установлен в календарных днях, чем была преодолена имевшаяся ранее неопределенность в исчислении сроков, нередко приводившая к спорам между налогоплательщиками и налоговыми органами.

Тем не менее, на наш взгляд, в целях исключения разночтений при применении п. 3 ст. 88 НК РФ данная норма требует доработки законодателем: необходимо внести уточнение, касающееся момента исчисления пятидневного срока, - со дня получения налогоплательщиком требования налогового органа о необходимости представления пояснения.

Если после обязательного рассмотрения лицом, проводящим камеральную проверку, представленных налогоплательщиком пояснений и документов налоговый орган установит факт совершения налогового правонарушения или иного нарушения законодательства о налогах и сборах, либо в случае отсутствия пояснений налогоплательщика, должностные лица налогового органа обязаны составить акт проверки в порядке, предусмотренном ст. 100 НК РФ.

Вышеизложенное положение ст. 88 Налогового кодекса РФ направлено на соблюдение закрепленного в ст. 21 НК РФ права налогоплательщика представлять налоговым органам и их должностным лицам пояснения по исчислению и уплате налогов.

Налоговые органы, как правило, не в полном объеме использовали предоставленное им право истребовать у налогоплательщика дополнительные сведения, получать объяснения, на что нередко указывали суды. Изложенное приводило к необоснованному увеличению налоговых споров, так как зачастую позиция налогоплательщиков подтверждалась представленными в суд пояснениями, документами при обжаловании принятых инспекцией решений. Таким образом, положение об обязательном рассмотрении пояснений налогоплательщика позволит избежать принятия налоговыми органами незаконных решений без полного исследования всех фактических обстоятельств дела.

Следует отметить, что необходимость составления акта по результатам камеральной налоговой проверки яв-

ляется новеллой. Однако, анализируя многочисленную правоприменительную практику, в том числе и судебную, можно с уверенностью говорить о ее значимости как для налоговых органов, так и для налогоплательщиков. С момента принятия и введения в действие - 1 января 1999 года - часть первая Налогового кодекса Российской Федерации² не содержала требования о составлении акта по результатам камеральной проверки, что приводило к большому количеству споров, при этом и налоговые органы нередко указывали на необходимость составления акта в целях соблюдения прав налогоплательщиков при принятии решения не только по результатам выездной, но и камеральной проверки.

Так, в первые годы после принятия части первой Налогового кодекса Российской Федерации такие акты должностными лицами налоговых органов составлялись, но позднее, после многочисленных решений, постановлений судов, разделявших как указанную точку зрения, так и принимавших противоположную, суды заняли позицию, согласно которой акт по результатам камеральной проверки необязателен.

Тем не менее, обозначенная проблема впоследствии не раз рассматривалась специалистами в области налогового права, судами, налоговыми органами. Накануне принятия Закона РФ № 137-ФЗ Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 12.07.2006 г. № 267-О³ указал на необходимость предоставления налогоплательщикам возможности до принятия решения представления возражений и пояснений, а также возможности присутствовать на рассмотрении материалов проверки.

Фактически можно говорить о возвращении на уровне КС РФ к данной проблеме, ведь именно при составлении акта становится возможным обеспечение выше названных требований.

Статья 100 НК РФ определяет порядок оформления результатов налоговой проверки, в том числе и камеральной. В случае выявления нарушений законодательства о налогах и сборах в ходе проведения камеральной налоговой проверки должностными лицами налогового органа, проводящими указанную проверку, должен быть составлен акт налоговой проверки по установленной форме в течение 10 дней после окончания камеральной налоговой проверки. Кроме того, указание даты начала и окончания проверки - обязательное требование НК РФ, предъявляемое к акту (ст. 100 НК РФ). Тем не менее, законодатель не установил, каким образом определяется срок окончания камеральной налоговой проверки.

Статьей 100 НК РФ предусмотрено составление акта в течение двух месяцев после окончания выездной проверки. При проведении же камеральной проверки подобный акт не составляется. В связи с этим представляется, что такой срок должен определяться датой фактического окончания проверки декларации и соответствующих документов должностным лицом налогового органа, но не позднее трех месяцев со дня их представления.

Существенным изменением является закрепление в НК РФ всех требований, которым должен соответствовать акт налоговой проверки и перечень его обязательных реквизитов, что, на наш взгляд, еще раз говорит о важности этого документа для обеспечения законности принимаемого итогового решения.

Акт налоговой проверки подписывается лицами, ее проводившими, и лицом, в отношении которого эта проверка проводилась (его представителем). В случае отказа подписать акт, об этом делается соответствующая запись в акте проверки.

Согласно п. 5 ст. 100 НК РФ, акт налоговой проверки должен быть вручен лицу, в отношении которого проводилась проверка, или его представителю под расписку или передан иным способом, свидетельствующим о дате его получения указанным лицом (его представителем). Данная норма подробно регулирует закрепленное в п. 9 ст. 21 НК РФ положение о праве налогоплательщика получать копии акта налоговой проверки, а также установленную п. 9 ст. 32 НК РФ корреспондирующую обязанность налогового органа направлять налогоплательщику копии указанных актов.

Однако, на наш взгляд, данная статья требует доработки, поскольку не устанавливает срок, в течение которого акт проверки должен быть вручен налогоплательщику. Очевидно, что акт подлежит вручению проверяемому лицу немедленно после его составления. При этом датой акта в соответствии с пп. 1 п. 3 ст. 101 НК РФ признается дата подписания акта лицами, проводившими эту проверку.

Одновременно статья 101 НК РФ содержит положение о том, что в случае, если лицо, в отношении которого проводилась проверка, или его представитель уклоняются от получения акта налоговой проверки, этот факт отражается в акте проверки и последний направляется по почте заказным письмом по месту нахождения организации (ее обособленного подразделения) или месту жительства физического лица.

Требование об обязательном вручении акта по результатам проверки направлено на соблюдение закрепленного в пп. 7 п. 1 ст. 21, п. 6 ст. 100 НК РФ права налогоплательщика в случае несогласия с фактами, изложенными в акте налоговой проверки, а также с выводами и предложениями проверяющих представить в соответствующий налоговый орган письменные возражения по указанному акту в целом или по его отдельным положениям. При этом налогоплательщик вправе подтвердить обоснованность своих возражений, приложив к письменным возражениям или передав в налоговый орган в согласованный срок соответствующие документы (их заверенные копии).

Налоговым кодексом Российской Федерации четко определен и срок, в течение которого могут быть представлены возражения - 15 рабочих дней со дня получения акта налоговой проверки.

Кроме того, четкое указание на срок вручения акта позволит избежать необоснованных задержек в выдаче актов налоговыми органами. Зачастую такие проволочки достигают месяцев, чем существенно нарушаются права налогоплательщиков.

Статья 101 НК РФ регулирует порядок вынесения решения по результатам рассмотрения материалов налоговой проверки. Руководитель (заместитель руководителя) налогового органа извещает о времени и месте рассмотрения материалов налоговой проверки лицо, в отношении которого проводилась эта проверка, независимо от факта представления последним письменных возра-

жений по акту проверки. Более того, отсутствие письменных возражений не лишает это лицо или его представителя права давать свои объяснения на стадии рассмотрения материалов налоговой проверки.

Статья 101 НК РФ определяет срок, в течение которого акт и материалы проверки, а также представленные проверяемым лицом письменные возражения должны быть рассмотрены руководителем или заместителем руководителя налогового органа - 10 рабочих дней с момента истечения установленного п. 6 ст. 100 НК РФ пятнадцатидневного срока для представления возражений.

Такая четкая регламентация сроков для рассмотрения материалов проверки и вынесения решения призвана обеспечивать права налогоплательщиков, поскольку решение - это итоговый результат производства по делу о налоговом правонарушении, оно определяет исход рассмотрения дела - подлежит ли ответственности лицо, в отношении которого проводилась проверка, или должно быть вынесено решение об отказе в привлечении к ответственности.

Непосредственно перед рассмотрением материалов проверки по существу, руководитель (заместитель руководителя) налогового органа должен установить факт явки лиц, приглашенных для участия в рассмотрении, или надлежащего их извещения в случае неявки участников производства, после чего принимается промежуточное решение по делу - приступить к рассмотрению материалов проверки по существу или отложить рассмотрение.

В ходе рассмотрения материалов налоговой проверки руководитель или заместитель руководителя налогового органа должен установить факт совершения лицом, в отношении которого был составлен акт проверки, нарушения законодательства о налогах и сборах и образуют ли последние состав налогового правонарушения, имеются ли основания для привлечения лица к ответственности.

Значимым для соблюдения прав налогоплательщика является закрепление в НК РФ требования о рассмотрении материалов дела в присутствии лица, в отношении которого составлен акт, поскольку на данном этапе выявляются обстоятельства, исключающие вину лица в совершении налогового правонарушения, а также обстоятельства, смягчающие или отягчающие ответственность за совершение налогового правонарушения, что прежде в отсутствие акта проверки и налогоплательщика при принятии решения по делу было невозможно. Необходимо отметить, что необеспечение лицу, в отношении которого проводилась проверка, возможности участвовать в процессе рассмотрения материалов налоговой проверки и возможности представить объяснения является нарушением существенных условий процедуры рассмотрения материалов проверки и является в соответствии с п. 14 ст. 101 НК РФ основанием для отмены принятого решения о привлечении или отказе в привлечении к ответственности.

Таким образом, такой процессуальный порядок повышает защищенность налогоплательщика, поскольку, во-первых, налогоплательщик имеет возможность, предоставив подробное обоснование по тем или иным вопросам, доказать правомерность своих действий еще на стадии рассмотрения материалов проверки и тем самым по-

влиять на конечный результат налоговой проверки; во-вторых, право на предоставление налогоплательщиками своих возражений уменьшает вероятность прямого злоупотребления полномочиями со стороны налоговых органов, поскольку в соответствии с п. 3 ст. 101 НК РФ в решении о привлечении к налоговой ответственности должны быть отражены доводы налогоплательщика, приводимые им в свою защиту, и результат проверки этих доводов.

Кроме того, обязательность составления акта проверки и рассмотрения материалов налоговой проверки в присутствии налогоплательщика позволили преодолеть проблему установления смягчающих обстоятельств при принятии решения. Согласно п. 5 ст. 101 НК РФ в ходе рассмотрения материалов налоговой проверки руководитель налогового органа или заместитель руководителя выявляет указанные обстоятельства, на которые ссылается налогоплательщик, и оценивает их, определяя их влияние на лицо, привлекаемое к ответственности, и факт совершения им правонарушения.

По результатам рассмотрения материалов проверки руководитель (заместитель руководителя) выносит одно из двух решений - о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения, или об отказе в привлечении к ответственности. При этом новая редакция Налогового кодекса Российской Федерации закрепила перечень данных, который в обязательном порядке должен содержать как решение о привлечении к ответственности, так и об отказе в привлечении к ответственности.

Существенной недоработкой Налогового кодекса Российской Федерации, на наш взгляд, является отсутствие четко установленного срока вручения принятого в отношении налогоплательщика решения, ведь именно с принятием решения связывается наступление для лица, в отношении которого оно принято, неблагоприятных последствий, в частности, состояния наказанности в случае вынесения решения о привлечении к ответственности.

С момента получения решения начинается десятидневный срок для обжалования его в апелляционном порядке, а также сроки вступления решения в законную силу.

Так, решение о привлечении к ответственности и решение об отказе в привлечении к налоговой ответственности вступают в законную силу по истечении 10 дней со дня вручения лицу, в отношении которого оно принято, в случае же подачи апелляционной жалобы - со дня его утверждения вышестоящим налоговым органом полностью или в части.

Жалоба на вступившее в силу решение, не обжалованное в апелляционном порядке, может быть подана в течение одного года с момента вынесения решения.

Автор считает необходимым обратить внимание, что вступление в законную силу решения - новое положение Налогового кодекса Российской Федерации, важность которого нельзя не отметить. Ранее принятое в отношении налогоплательщика решение обращалось к исполнению немедленно после вынесения: налогоплательщику направлялось требование об уплате доначисленных по результатам проверки сумм налогов, пени, штрафов, и в

случае, если оно не исполнялось в установленный срок, начинался процесс бесспорного взыскания указанных сумм, связанный с изъятием из оборота денежных средств налогоплательщика с его расчетных счетов, что зачастую влекло нарушение функционирования финансово-хозяйственной деятельности организации, индивидуального предпринимателя. С 01.01.2007 г. Налоговый Кодекс РФ устанавливает иные сроки для направления требования по результатам налоговой проверки - в течение 10 дней с даты вступления в силу соответствующего решения. Изменения вызваны предусмотренной новыми правилами возможностью апелляционного обжалования решения налоговых органов и направлены на защиту интересов налогоплательщиков и предоставление дополнительных гарантий их прав.

В заключение необходимо отметить следующее: не вызывает сомнений, что подробно урегулированная процедура принятия решения по делам о налоговых правонарушениях, выявленных, в частности, по результатам проведенных камеральных налоговых проверок, является важной гарантией соблюдения прав лиц, привлекаемых к ответственности. Кроме того, уменьшается вероятность правоприменительных ошибок, т.к. последние зачастую являются следствием пробелов и противоречий в процессуальных нормах.

Тем не менее, новая редакция Налогового кодекса Российской Федерации оставляет без ответа ряд принципиальных вопросов, имеющих существенное значение для принятия налоговыми органами законного решения.

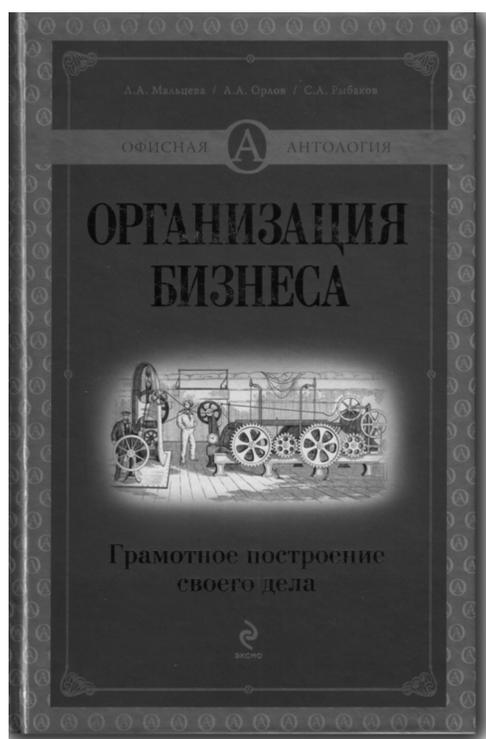
Устранение указанных пробелов в действующем налоговом законодательстве позволит снизить количество проблемных ситуаций в деятельности налоговых органов, а также поможет им эффективнее бороться с многочисленными нарушениями законодательства о налогах и сборах, наносящими огромный ущерб государству.

Ссылки

¹ Федеральный закон от 27.07.2006 г. № 137-ФЗ "О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования" / "Собрание законодательства РФ", 31.07.2006, N31(1 ч.), ст. 3436.

² Налоговый кодекс - первая редакция.

³ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 12.07.2006 г. № 267-0 "По жалобе открытого акционерного общества "Востоксибэлектросетьстрой" на нарушение конституционных прав и свобод положениями частей третьей и четвертой статьи 88, пункта 1 статьи 101 Налогового кодекса Российской Федерации и части 4 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" / "Собрание законодательства РФ", 23.10.2006, N 43, ст. 4529.



Л. А. Мальцева, А. А. Орлов, С. А. Рыбаков. Организация бизнеса: Грамотное построение своего дела

Настоящее издание предназначено для тех, кто открывает свое дело и стремится изначально построить его правильно. Как распределить в компании доли или акции? Стоит ли нанимать руководство или лучше владельцу бизнеса самому возглавить предприятие? Почему надо правильно оформлять кадровую документацию? Как и зачем надо приобретать активы и что с ними делать потом, по мере роста новой компании? Как наладить отношения с партнерами? Ответы на эти и другие вопросы должны быть детально проработаны задолго до регистрации новой фирмы. Эта книга поможет вам сориентироваться в первых, судьбоносных шагах развития своего дела и создать прочную, надежную и уверенную на рынке компанию.

С.В. Дьяконова - адвокат Раменского филиала МОКА, к.ю.н.

Условное осуждение и его правовая природа

Впервые в отечественном уголовном праве институт условного осуждения лица, признанного виновным в совершении преступления, был законодательно оформлен Декретом о Суде от 7 марта 1918 года №2. Однако, до сих пор юридическая наука не выработала единого мнения относительно правовой природы условного осуждения. Среди ученых не прекращаются дискуссии по вопросу: "что есть условное осуждение". А ведь от точного определения правовой природы любого уголовно - правового института, в частности института условного осуждения, зависит деятельность правоприменительных органов, связанная с назначением, исполнением наказания и освобождением от него. До настоящего времени вопрос о природе условного осуждения как в теории так и в практике не получил единообразного решения. Положения, регулирующие практическую реализацию этой меры, были помещены законодателем в главу " Назначение наказания". На первый взгляд, может показаться парадоксальной наша попытка исследовать и предлагать к обсуждению вопрос, казалось бы, урегулированный законодательством. Но название главы, куда законодатель поместил норму об условном осуждении, вызывает неоднозначное понимание сущности условного осуждения - можно воспринимать условное осуждение и как наказание, и как порядок назначения наказания.

Так в чем же заключается правовая природа института условного осуждения? Почему такой разрешенный, на первый взгляд, вопрос, вызывает множество разногласий?

Полагаем, имеет смысл обратиться к учебникам уголовного права - то есть к тем источникам, которые призваны изначально формировать понимание и восприятие российского уголовного законодательства. Итак, выявилась позиция, согласно которой суть условного осуждения заключается в неприведении в исполнение приговора (в полной или соответствующей его части) под условием, что осужденный в течение установленного судом испытательного срока своим поведением докажет, что исправился.¹ Так, Наумов А.В. представляет условное осуждение как особую форму освобождения виновного от реального отбывания назначенного судом наказания.²

М.Д.Шаргородский в своем учебнике по уголовному праву утверждает, что условное осуждение следует считать особым порядком отбывания наказания, заключающемся в том, что приговор не приводится в исполнение, если осужденный в течение определенного срока не совершит нового, не менее тяжкого, преступления.³

Ученые А.К. Музенник, В.А.Уткин, О.В. Филимонов трактуют условное осуждение как форму реализации уголовной ответственности, выражающейся в освобождении осужденного от реального отбывания назначенного наказания под определенным условием.⁴ Схожей точки зрения придерживаются Г.А. Кригер⁵, В.В. Пронни-

ков⁶. Также среди многих существует позиция, определяющая условное осуждение как особый вид наказания.⁷

За существенный период, пока ведутся дискуссии, ученые так и не пришли к единому мнению относительно правовой природы условного осуждения.

Чтобы была ясна и понятна высказываемая нами ниже точка зрения, рисуем порядок применения исследуемого института.

Вопрос о применении положений об условном осуждении решается непосредственно на стадии назначения наказания. В соответствии с действующим УПК РФ, удаляясь в совещательную комнату, суд решает вопрос о виновности лица в совершении инкриминируемого ему деяния. Если выносится решение о признании подсудимого виновным в совершении преступления, предусмотренного соответствующей статьей, частью, пунктом УК РФ, суд обязан определить меру наказания за совершенное им преступление. Таким образом, решению вопроса о применении ст. 73 УК РФ предшествует, во - первых, признание человека виновным в совершении определенного общественно - опасного деяния, во - вторых, с учетом характера и степени общественной опасности преступления и личности виновного - принятие решения о назначении ему конкретного вида наказания, исчисляемого годами и месяцами. Уголовным законом РФ строго ограничены виды наказаний, которыми являются: штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, лишение специального воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград, обязательные работы, ограничение по военной службе, ограничение свободы, арест, содержание в дисциплинарной воинской части, лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы, смертная казнь. Вот и весь исчерпывающий перечень наказаний, строго ограниченный законом, иного не дано. Ни в одном из пунктов не указан такой вид наказания как условное осуждение. Автором представляются беспредметными суждения об условном осуждении как о наказании. Суд обязан, в случае признания виновным, назначить лицу наказание, предусмотренное санкцией статьи УК РФ за совершенное преступление, санкции за которые нами приведены выше. И только после назначения конкретного наказания, учитывая обстоятельства дела, данные о личности подсудимого, характере и степени общественной опасности совершенного им преступления, учитывая смягчающие обстоятельства и в случае, если судом назначено наказание в виде исправительных работ, ограничения по военной службе, ограничения свободы, содержания в дисциплинарной воинской части или лишение свободы на срок до 8 лет и посчитав возможным исправление осужденного без реального отбывания наказания, суд вправе считать назначенное наказание условным. Как видим, есть перечень назначаемых наказаний, самое

строгое из которых, согласно закону на данный момент - лишение свободы. И это и есть наказание лицу за совершенное им преступление. Но суд, при определенных обстоятельствах, может дать шанс осужденному остаться в обществе, не лишиться свободы, не отбывать наказание, назначенное ему судом за совершенное преступление, под определенными условиями. В случае добросовестного их выполнения осужденный не лишается свободы, не отбывает наказания. В случае же их не исполнения наказание, постановленное судом, исполняется реально. В данном случае, нам представляется, главным и специфическим фактором воспитательного воздействия является оказание доверия подсудимому, предоставление ему возможности искупить вину без применения установленных в законе за совершенное им преступление мер уголовного наказания. То есть, наказание, назначенное основным (так как законодательно разрешено назначение при условном осуждении дополнительных видов наказания, которые подлежат реальному исполнению), специализированным государственным органом, осуществляющим исправление осужденного, не приводится в исполнение, если в течение строго установленного периода времени, именуемого испытательным сроком, лицо выполнит возложенные на него обязанности и будет безукоснительно соблюдать установленные ограничения.

При условном осуждении действия виновного не оправдываются. Напротив, суд, признав подсудимого виновным в совершении определенного преступления, от имени государства в обвинительном приговоре порицает его действия, назначает наказание. Но, сочтя возможным оказать ему доверие, постановляет не применять уголовное наказание реально, устанавливая испытательный срок, пройдя который, осужденный оправдывает оказанное ему доверие. Государство в лице суда, назначая наказание, предоставляет осужденному возможность исправиться, шанс, и этот шанс - испытательный срок с его условиями и обязательствами. Государство оказывает доверие человеку со стороны закона и общества, полагаясь на то, что в течение испытательного срока он не только не совершит новых преступлений, но и своим примерным поведением докажет суду и обществу свое исправление.

Условное осуждение, мы полагаем, и называется таковым в виду того, что освобождение лица от реального отбывания наказания уголовный закон связывает с определенными условиями. Но приговор о признании виновности и назначении наказания и постановлением считать наказание условным с установлением испытательного срока еще не означает, что наказание безусловно не будет применено, что суд освобождает от наказания. Условность дает лицу перспективу освобождения от наказания в конечной фазе, ведь реальное применение судом назначенного наказания возможно в любой момент испытательного срока, если будут нарушены предъявляемые к осужденному требования. В этом и заключается, на наш взгляд, отличительное свойство условного осуждения, его правовая природа.

Думается, безосновательно мнение относительно условного осуждения как особого порядка применения судом назначенного ранее наказания.⁸ Как можно утвер-

ждать о применении наказания, если основное наказания за совершенное преступление не исполняется и может не исполниться вовсе при условии успешного прохождения испытательного срока. Как точно заметил Ю. М. Ткачевский: "...о каком особом порядке исполнения наказания может идти речь, если оно не реализуется?".⁹

Некоторые юристы рассматривают условное осуждение как отдельный вид наказания. Д.В. Ривман полагал, что условное осуждение - это особый вид уголовного наказания.¹⁰ Аналогичной точки зрения придерживался Якубович М.И.¹¹ Максимов С.В. полагает, что условное осуждение фактически трансформировалось в самостоятельный вид наказания.¹²

Обосновывая такой вывод, сторонники этой версии находят схожие черты между наказанием и условным осуждением. Общее они видят в том, что условное осуждение является актом государственного принуждения, применяется к лицам, совершившим преступления, содержит в себе элементы порицания и влечет юридическое последствие - судимость. На наш взгляд, несомненно - условное осуждение не является видом наказания, в том числе и особым. Для обоснования этого достаточно указать, во-первых, что условное осуждение не указано в системе наказаний (ст. 44 УК РФ), что анализировалось нами ранее; во-вторых, законодателем условное осуждение помещено в раздел УК РФ "О наказании", а не в 9 главе, посвященной понятию, целям и видам наказания, но включено в главу 10 о назначении наказания. Общность условного осуждения с наказанием, проявляющаяся в том, что оно полностью обеспечивает цели наказания и содержит элемент принуждения - недостаточный аргумент в пользу того, что условное осуждение является одним из видов наказания. Применение условного осуждения возможно только в том случае, если суд сочтет, что цели назначенного им наказания достигнуты без его реального исполнения. Осуществление целей наказания начинается и в определенной мере достигается еще до того, как суд постановит считать назначенное наказание условным, чем и определяется возможность достижения целей наказания при условном осуждении.

Главное, что же отличает исследуемый институт от наказания - это, на наш взгляд, его сущность. Условное осуждение применяется, согласно уголовному законодательству, в случаях, когда исправление виновного возможно без изоляции его от общества. Уголовно - правовое содержание наказания в виде лишения свободы заключается, прежде всего, в лишении осужденного права свободного передвижения и распоряжения собой. Таким образом, можно сделать вывод, что условное осуждение исключает возможность причинения осужденному тягот и лишений. Его сущность, полагаем, в испытании, отсюда и термин "испытательный срок". Испытание как сущность условного осуждения выражается в психологическом воздействии на осужденного и имеет цель его исправления.

Многие не разделяют этой точки зрения, например, Максимов С.В. в своей работе утверждает: если предположить, что исправление осужденного выступает в качестве цели условного осуждения, то до сих пор не установлено и не может быть установлено таких признаков, по которым можно было бы судить об исправлении как о

результате принудительного воздействия. Ученому представляется, что единственной целью условного осуждения выступает предупреждение преступлений.¹³

Но, полагаем, приговор суда и назначенное наказание, при всей его кажущейся легкости, не может пройти бесследно. Исходя из собственной профессиональной практики, убеждены, огромным воспитательным фактором, имеющим цель исправления, является осознание осужденным факта того, что у него уже есть назначенный срок лишения свободы и ему самому выбирать путь дальнейшей жизни - соблюдать закон, пройти испытательный срок. В результате чего исчезнет висящий над ним дамокловым мечом срок лишения свободы, либо, в случае совершения им преступления, получить новый приговор с присоединенным к нему уже имеющимся наказанием.

Условное осуждение, убеждены, является формой поощрения. Суд, назначив испытательный срок, и оказав доверие оступившемуся, предоставляет шанс осужденному исправиться, осознать свои ошибки, продолжать жить в обществе, в тех же условиях, что он и имел, то есть поощряет, назовем так, "правильное" с точки зрения закона поведение и стимулирует вести законопослушный образ жизни, стимулирует воспитание осужденного.

Как мы уже выявили, несмотря на то, что институт условного осуждения имеет ряд общих черт с институтом уголовного наказания, его нельзя отнести по его правовой природе к наказанию, поскольку их сущность различна. И если наказание - это в том числе и кара, то условное осуждение - это испытание.

Существует мнение, неприемлемо считать, что "... по своей юридической природе институт условного осуждения представляет собой специфическую форму условного освобождения от реального отбывания назначенного наказания".¹⁴ Позволим себе не согласиться с данной точкой зрения. Условное освобождение от наказания есть освобождение под условием. Применение условного осуждения влечет освобождение виновного от реального отбывания назначенного приговором суда наказания в случае прохождения им испытательного срока. Освобождение является условным, так как возможна отмена условной меры и реальное исполнение назначенного наказания в случае нарушения осужденным условий, предъявленных к нему судом. Соответственно, если условия, поставленные судом от имени государства, то есть органом, уполномоченным признавать виновным в совершении преступления и назначать наказание за содеянное лицом, будут добросовестно выполнены, то назначенное наказание не исполнится реально, судимость погасится.

Условное осуждение - это не безусловное прощение, это снисхождение, доверие, его применение возможно лишь после назначения наказания, предусмотренного санкцией УК РФ. Именно поэтому возможен вывод о том, что условное осуждение является разновидностью освобождения от наказания, видом условного освобождения виновного от реального отбывания назначенного наказания.

Таким образом, подводя итог, можно заключить, что условное осуждение можно отнести к разновидности ос-

вобождения от наказания, специфической форме реализации уголовной ответственности. Правовая природа условного осуждения состоит в условном освобождении виновного от реального отбывания назначенного приговором суда наказания при условии выполнения лицом возложенных на него обязанностей и соблюдения установленных ограничений в течение определенного испытательного срока, установленного приговором суда.

Ссылки

¹ Уголовное право. Общая часть. Ред. Козаченко И.Я. М.2001 г., с. 493.

² Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть. М. 1997 г., с. 433.

³ Шаргородский М.Д. Советское уголовное право. Часть общая. Лен. 1960 г., с. 513.

⁴ Музенник А.К., Уткин В.А., Филимонов О.В. Условное осуждение и отсрочка исполнения приговора. Томск 1990 г., с. 10.

⁵ Кригер Г.А. Условное осуждение и роль общественности в его применении. М. 1963 г., с. 9.

⁶ Пронников В.В. Условное осуждение и его правовые последствия. Дисс...канд.юр.наук. Омск. 2002 г. с., 41.

⁷ См. Якубович М.И. О правовой природе условного осуждения. // Советское государство и право. 1946 г. №11-12, с. 59. Вышинская З.А. Рецензия на работу Шаргородского М.Д. "Вопросы общей части уголовного права" изд-во ЛГУ 1955 г. // Советское государство и право. 1956 г. №2, с. 139-140. Гельфер М.А. Условное осуждение в СССР // Проблемы социалистического права. 1939 г. №2, с. 42.

⁸ Ломако В.А. Условное осуждение. Харьков. 1972 г., с. 12.

⁹ Курс уголовного права. Общая часть. Т.2 Учение о наказании. Под ред.Н.Ф.Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М. 2002 г., с. 209.

¹⁰ Ривман В.Д. О юридической природе условного осуждения и участии общественности в перевоспитании условно осужденных. Вестник ЛГУ. 1965 г. №23, с. 144.

¹¹ Якубович М.И. "О правовой природе условного осуждения" "Советское государство и право" 1946 г. №11-12, с. 77.

¹² Максимов С.В. Условное осуждение и его цели. "Российский следователь" 2005 г. №9. Справочно-правовая система "Гарант" декабрь 2006 г.

¹³ Максимов С.В. Условное осуждение и его цели. "Российский следователь" 2005 г. №9. Справочно-правовая система "Гарант" декабрь 2006 г.

¹⁴ См. Виноградов А.Б. Условное осуждение: законодательный, теоретический и правоприменительный аспекты. Дисс. ...канд.юрид.наук. Краснодар. 2001 г., с. 42.

Р.П. Чернов - адвокат АП г. Москвы

О презумпции невиновности Людологический обзор (окончание)

5

Презумпция невиновности не работает нигде в мире не потому, что это фикция, а потому, что утрачено понимание ее изначальной сущности по отношению к правосудию. В любой древней ордалии было больше предположения невиновности подсудимого, чем сегодня. Необходимо понимать, что при тех условиях задачи, которые мы имеем в отношении правосудия, его парадигма всегда будет обретать себя только в форме игры с повышенной степенью алеантности.¹³ Предположение лица невиновным до разрешения дела вовсе не было придумано, его генезис усматривается еще в "Камнях судьбы", использовавшихся до сотворения мира для разрешения спорных вопросов и пари. Мир человека неоднозначен и любому действительному противостоит противоположность мыслимого, уверенным можно быть только в рождении и смерти, в предельности. Сама по себе любая ордалия как форма правосудия была следствием неясности - виновен ли подсудимый, именно поэтому ее применение снимало противоречие относительно двух противоположностей (виновен- невиновен). Презумпция невиновности - это озвученное законодательно противоречие бытия в возможности, оставляющего необходимость процедуры правосудия. Она сама по себе ничего не может обеспечить, поскольку сама является причиной судебного процесса. Ее тотальное применение, в том числе и в отношении, когда обвиняемый признал свою вину, заявив об особом порядке производства, "сделке", невозможно, так как здесь искусственным образом предполагается регулировать область мышления. Заметьте, не структурировать бытие в возможности, а просто обязывать к определенной мыслительной деятельности. Мысль всегда вынесена за пределы правового регулирования.

Но мысль Великих просветителей следует признать правильной. Следует сразу же отметить, что презумпция невиновности исторически возникла как препятствие к арестам и пыткам, дословно ст. 9 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. звучит так: "Так как каждый человек является невиновным, пока его не объявят виновным (по суду), то в случае необходимости его ареста всякая строгость, которая не является необходимой для обеспечения (за судом) его личности, должна сурово караться законом". Такая формулировка вызвана прежде всего экономическими соображениями. Революция была буржуазной, владельцы мануфактур (требовавших квалифицированных рабочих) устали от того, что к ним попадали люди, искалеченные правосудием, а злоупотребление пытками как формой дознания надоело практически всем. Предполагалось, что, закрепив невиновность человека законодательно, будет создана альтернатива обвинению, а суд устранится от функции обвинения. Как мы можем видеть спустя 221 год, этого не произошло до сих пор. Если ранее сама процедура правосу-

дия ставила точку в вопросе о виновности, пусть это и достигалось порой лишением жизни испытуемого (обвиняемого), и противоречие, которое в равной степени существовало до суда, снималось однозначно в соответствии с законом энтелехии (не бывает такого, чтобы в одном месте в одно и то же время что-то существовало и не существовало), то за последний 221 год правосудие обросло невиданным количеством инстанций (в России вообще создана уникальная практика надзорного производства), социальные противоречия не снимаются (что привело к появлению таких явлений как терроризм и оргпреступность). Это является следствием того, что презумпция невиновности перевела сущностное противоречие, которому служила вся парадигма бытия правосудия, во внутренний элемент самой парадигмы, перестав его обрабатывать как форму противопоставления самому себе. Действительно, если ранее суд был лишь одной из форм снятия социальных противоречий, то сегодня государство монополизировало эту сферу, претендуя на истинность суждения. Традиции неприкосновенности личности были шаг за шагом устранены, и сегодня вместо полноценной неприкосновенности мы имеем область предположения без конкретного адресата исполнения.

Встав на путь искусственности правосудия, начиная регулировать систему структурирования социальной материи, а именно этим занялись Великие Просветители, необходимо было прежде всего позаботиться о достаточной проработке парадигмы бытия правосудия, ибо они ввергали суды в доступность для народа (реализация Теории разделения властей Шарля Монтескье) и возлагали на них функцию служения новому Богу - государству. Суды с этой задачей не справились нигде.

Презумпция невиновности является имманентностью области бытия в возможности подсудимого. Если обвинение - это бытие в возможности человека как преступника, то, соответственно, пока есть это бытие в возможности, ему противостоит противоречие. Но поскольку данное бытие в возможности основано на законе, в котором естественные противоречия бытия в возможности сняты, данное противоречие не содержится в обвинительном представлении. И глупо было бы требовать его сопутствующего представления, наряду с обвинительным бытием (именно это, наверное, имели в виду, когда убрали из действующего УПК РФ установление истины по делу как цель производства предварительного следствия). Желаем мы этого или нет, но реализация закона всегда порождает противоречие в области действительности к тому, что не относится к сфере его реализации (государству). В этом отношении, с позиции Гегеля, смешно ждать от государства, что оно будет заботиться о бытии в возможности того противоречия в области действительного, с которым оно борется путем уголовной репрессии, это вещи несовместимые. Но с учетом

того, что демократическое государство не заинтересовано, чтобы правосудие превращалось в расправу, и была предпринята имитационная модель естественных условий. При этом презумпция невиновности корреспондируется с правом каждого на получение квалифицированной юридической помощи. Реализация данного права в России возложена на адвокатское сообщество. Таким образом, субъектом реализации положения ст. 48 Конституции РФ является адвокатское сообщество, а вот кто является субъектом реализации ст. 49 ч. 1 Конституции РФ (презумпция невиновности)? В теории государственного права такие нормы, не содержащие механизма реализации, называются нормами-принципами. При этом право на защиту не является формой реализации презумпции невиновности, хотя адвокат (защитник) за счет государства предоставляется только до стадии вступления приговора суда в законную силу. Отметим, что действие презумпции невиновности сведено к простым правилам, больше напоминающим именно ритуальные положения, чем механизмы реализации процесса познания по установлению истины (отсутствия сомнений и противоречий суждения):

1. "Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность" (ст. 49 ч. 2 Конституции РФ). В УПК РФ конкретизировано следующим образом: "Подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения" (ст. 14 ч. 2 УПК РФ). Еще один фрагмент детализации: "При рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований настоящего Кодекса, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. В остальных случаях бремя защиты лежит на стороне, заявившей ходатайство" (ст. 235 ч. 4 УПК РФ);

2. "Неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого" (ст. 49 ч. 3 Конституции РФ); Положения Уголовно-процессуального закона здесь полностью дублируют Основной закон страны.

3. "Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях" (ст. 14 ч. 4 УПК РФ). Далее весьма скудная детализация, но которой вполне достаточно, чтобы удостоверить любого в фиктивности принципа презумпции невиновности: "Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств" (ст. 302 ч. 2 УПК РФ); "Не допускается включение в оправдательный приговор формулировок, ставящих под сомнение невиновность оправданного" (ст. 305 ч. 2 УПК РФ); и еще при особом порядке судебного разбирательства: "Если судья придет к выводу, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованно, подтверждается доказательствами, собранными по делу, то он постановляет обвинительный приговор и назначает подсудимому наказание (...) " (ст. 316 ч. 7 УПК РФ).

На этом, пожалуй, все, больше механизмов реализа-

ции презумпции невиновности действующий Уголовно-процессуальный закон не содержит (с учетом того, что свидетельский иммунитет в презумпцию невиновности так же не входит). Вместе с тем, наследуя приданную Великим Просвещением правосудию когнитивную функцию, находим следующее положение: "Уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождения их от наказания, реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию" (ст. 6 ч. 2 УПК РФ).

Далее весьма любопытное правило, в полной мере свидетельствующее о судебном процессе как об энтелихии, в которой все же пытаются регулировать именно область мышления, бытия в возможности: если в ходе судебного разбирательства обнаруживается, что не было события преступления, отсутствует состав преступления¹⁴, истек срок давности привлечения к уголовной ответственности, или подсудимый непричастен к совершению преступления, то суд продолжает рассмотрение уголовного дела в обычном порядке до его разрешения по существу (ст. 302 ч. 8 УПК РФ). Таким образом, здесь закон однозначно проводит грань между считается невиновным и является невиновным именно по ритуалу. Ритуал должен быть исполнен до конца, чтобы предположение, подтвердившееся в ходе судебного разбирательства, стало истиной (приговором). Здесь проявляется сущность процессуальной формы как когнитивной системы, суждение может быть вынесено только при соблюдении процедуры, ритуала, все остальное не является суждением, в отношении и по поводу которого складываются уголовно-процессуальные отношения (законный, обоснованный и справедливый приговор). То, что форма в уголовном процессе определяет содержание очевидно из института "Особого порядка судебного разбирательства" (раздел X, глава 40 УПК РФ) и детализирующего "Особого порядка принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве" (глава 40.1 УПК РФ). Выбор лицом именно данной формы судопроизводства носит характер отказа от состязательности и презумпции невиновности (так как суд не исследует вопрос виновности, а соглашается с признанием вины самого обвиняемого), что еще раз ставит под сомнение легитимность презумпции невиновности именно как сквозного принципа Уголовного процесса, при этом отсутствие механизмов ее реализации при особом порядке производства очевидно и сомнений не вызывает. Как видим, кооптировав в себя противоречие бытия в возможности общей парадигмы, сделав его основанием и предметом правового регулирования, система судопроизводства с таким же успехом может от него и отказываться, поскольку оно уже не является противоречием целевой причины бытия в возможности парадигмы, а помещено всецело в движущую причину, то есть de facto его снятие не является целью правосудия, что ведет к падению степени адеантности, отсутствию способности снимать противоречия в области действительного (в силу невозможности наполнить собственным бытием сознание подсудимого, передать ему стремление к разрешению дела именно в суде), а, следовательно, к автоматизи-

зации правосудия, сведению его к положению "вещи для себя" (результат позитивизма).

Для того чтобы понять, как исправить это положение, рассмотрим парадигму бытия правосудия в целом, как она должна быть, исходя из того, что целью правосудия является снятие социального противоречия.

6

Парадигму бытия в ее первичном элементном составе для простоты понимания можно представить в виде схемы.

Бытие в возможности	Переход (реализация)	Бытие в действительности (результат)
Бытие мысли как мысли, область доступности а priori, где по общим внеличным, объективным вопросам апория, по субъективным- тождество противоположностей, каждое из противоречий представляется истинным. Социальная материя, хаос, многообразие.	Субъект, возможно множественный, коллектив и прочее упорядочивающий хаос определенным образом, снимающий противоречия. От простого испытания и устранения экзистенциальной однозначности (инициация, например), до формирования целостной картины мира из хаоса познаваемого (философская система)	Представление о мире, продуцированное субъектом познания, лишенное изначально воспринятых им противоречий, получаемое из контакта с результатом реализации (может быть материальный субстрат, может быть зафиксированное, снятое бытие в возможности- значение, например, символ как равновесие идеального и реального)
Целевая причина бытия	Движущая причина	Материальная причина
	Формальная причина (динамическое соединение движущей и материальной в воплощении) равна в изолированном виде энтелехии, как процессу формообразования, включающему в себя конечный результат	

В формуле "бытие в возможности" обозначается через латинское "V", а "бытие в действительности" через латинское "D", процесс реализации (но не энтелехии в целом) дефисом "-". Элементарная формула парадигмы бытия, таким образом, выглядит как V-D.

В зависимости от количества противоречий в области бытия в возможности, их реализации в действительность, можно классифицировать и, искусственно усекая, соответственно структурировать те или иные формы реальности.

Например, применительно к парадигме уголовного правосудия, как ее задумывали Великие Просветители, следует отметить, что из всей массы социальных поведенческих форм выделяются только отдельные, которые и составляют бытие в возможности преступления, закрепленное в законе (Уголовный кодекс). Этому объективному представлению о преступлении противостоит субъективное представление о преступлении - сознание преступника, которое в дальнейшем устанавливается как субъективная сторона преступления (например, ст. 73 ч. 1 п. 2 УПК РФ). При этом объективное представление о преступлении (уголовно-правой запрет) имеет определяющее и потому условное значение (nullum

crimen, nulla poena sine lege). Именно этот принцип уголовного преследования определил правосудие как бинарную когнитивную систему ("соответствие-несоответствие", "истина-ложь", "виновен-невиновен"), в архаичных формах отправления правосудия всегда присутствовала множественность решений (оставление в подозрении по Русской правде, например), сейчас множественность смещена в сторону применения наказания, сам же ритуал до сих пор держится двоичности. Таким образом, здесь Уголовный кодекс выступает универсальной единой формой познания¹⁵ преступления для всех. Это ис-

кусственное положение не могло не сказаться в области правоприменения, породив массу проблем соотношения признаков преступления, уголовного преследования в отношении неустановленных лиц, натяжки квалификации (ст. 330 УК РФ, например) и тому подобное¹⁶.

Читателю может показаться, что мы несколько предвзяты, но сарказм обоснован тем, что 5 000 лет осознанного развития (государственного периода истории человеческого) социум справлялся с функцией правосудия в тысячу раз эффективнее, чем в последние 220 лет.

Неэффективность внедренной парадигмы презумпции невиновности заключается так же в том, что это исчерпывающее бытие в возможности противоположной обвинению стороны. Ранее парадигма правосудия обслуживала представления государства в отношении преступления, так называемый "инквизиционный процесс" был формой приведения возникшего социального противоречия

(преступления) в соответствие с представлениями о норме. Применяя уголовную репрессию, власть заботилась прежде всего о полном снятии возникшего социального противоречия. Если другая сторона (уголовно-преследуемый) оказывалась сильнее, в этом не было ничего зазорного, противоречие снималось в любом случае. Институт помилования возникает именно таким образом (как желание правителя во многом сохранить лицо). Когда государственная власть взяла на себя функцию универсального суда (упразднив и дуэли, и ордали, и возможность государственного переворота как формы защиты), стала не стороной по снятию противоречий, а провозгласила себя парадигмой, в которой присутствуют оба противоречия (виновен- невиновен) как равные, взяла на себя функции разрешения данных противоречий, именно тогда она заложила основания своего банкротства. Предложенные условия отправления правосудия не были приняты обществом. Куцая презумпция невиновности, не обеспеченная никакими познавательными, структурирующими механизмами, явно проигрывала обвинению, являясь идеологической базой защиты, фактически не давала никаких предпочтений, так как полностью укладывалась в рамки слу-

жебных обязанностей адвоката, не предоставляя ему никакого дополнительного преимущества, но вместе с тем расслабляла и необоснованно обнадеживала самого обвиняемого. Миф о том, что ритуал государства под названием правосудие установит справедливость и всех примирит, испарился за десятилетия. Режимы национал-социализма и большевизма уже фактически в начале XX века отрунули указанные институты за их фиктивность и громоздкость, невозможностью реализации в области действительного.

Современное топтание на месте законодателей по этому вопросу, параллельная почти открытая практика легализации пыток, международных тюрем, внесудебных расправ, повсеместная профанация презумпции невиновности - результат испуга в XX веке. Но с течением времени государственной власти придется признать, что уголовный процесс ни что иное как форма структурирования бытия лица как преступника, что презумпция невиновности, как альтернативное бытие в возможности, является не исходным условием, а результатом неудачной попытки осуждения лица и существует за пределами диспозиции уголовного процесса в сознании и представлении самого лица, привлекаемого к суду. Иная трактовка - обман, который является всего лишь, в современном исполнении, - военной хитростью, направленной на расслабление лица, привлекаемого к уголовной ответственности.

Для того, чтобы презумпция невиновности стала реальностью, необходимо формировать ее парадигму бытия, точно так же как это сделано для презумпции виновности. Последняя в свою очередь нигде законодательно не названа, но является тем бытием в возможности, на основе которого строится все правосудие (деятельность органов предварительного расследования, частное обвинение). Можно сказать, что если ранее, до позитивизма современности, презумпция невиновности, как бытие в возможности, была формой альтернативной презумпции виновности, то сегодня она есть объект плана работы обвинителей. Отсюда и узко-формальное понимание уголовной защиты в современности как процессуальных действий (хотя в России Дагестан, Ингушетия и Чечня понимают защиту от уголовного преследования не совсем так или совсем не так).

В "природе", в изначальном виде, государственная власть всегда враждебна всему не государственному, современная презумпция невиновности - это осколки парадигмы не государственной формы реальности, ее символ. Когда государство победило клановость, пространство, время, индивидуальность, оно перестало быть формой организации отдельных лиц в целях управления другими, оно стало всем, оно стало стремиться к расширению правового регулирования, оно стало формой организации социальной материи. Ранее это была организация, которая определялась 4 признаками (территория, суверенная власть на этой территории, закон как форма выражения воли власти, аппарат насилия как форма обеспечения закона, налоги как средство к существованию). Этот переход государства от самой большой организации к форме организации социальной материи очень четко обозначен в истории переходом к безличному регулированию в экономике и последующим отка-

зом от обеспечения валюты золотом. Сохранившаяся таким образом с 1789 г. норма о презумпции невиновности является теми осколками сопротивления росту государственности, которые имели место быть в то время и с которыми так успешно боролось государство.

Для того чтобы презумпция невиновности заработала, сегодня необходимы фундаментальные перемены в понимании и самого правосудия и механизмов его реализации как важнейшего социального ритуала, обеспечивающего не противоречивое, гармоничное, правовое развитие общества. Пусть не смущает методологов тот факт, что презумпция невиновности, как законодательно закрепленный принцип Уголовного процесса, пытается регулировать (не призывает, а именно претендует на регулирование пусть и в суррогатном виде) область мысли; как показали последние исследования, регулировать область мыслительной деятельности, по крайней мере в части мотивации, принципиально возможно.¹⁷

7

Правосудие, будучи обычным ритуалом, по форме подчиняется тем же объективным игровым законам, что и любой другой ритуал. Именно не понимание этого Великими Просветителями, их обожествление рационального гуманистического начала и подвело их в реформировании. Ведь, что получается, до того времени, когда судебная власть была выделена из общей власти, акт правосудия был равно алеантен с подсудимым. Когда правосудие осуществляется не на профессиональной основе, а по принципу *ad hoc* и в этом отделяет себя от, может быть, повседневной расправы властьпридержащего над народом, оно всегда в высокой степени алеантно, уже потому, что его инициатором выступает сам властьпридержавший, который не просто желает расправы, а желает именно суда, разговора, состязания. Это и некоторая доля уважения к сопернику (подсудимому), а, к слову сказать, нормальное правосудие - удел избранных до сих пор, это и желание показать свое превосходство, это и общая превенция. Это то, что касается отношений "власть- народ- личность". Но и в самом народе судебные процедуры ранее до разделения властей носили в высшей степени эмоциональный характер, поскольку отправлялись всем миром и по принципу праздности, свободы от повседневной рутины. Обвинители - простые граждане, народ - сопереживающий зритель. Накал страстей здесь был обеспечен самой процедурой. Уровень алеантности, степень сопереживания и вовлеченности в процесс, ритуал, были равнозначны как со стороны обвинения, так и со стороны защиты; так как обвинителем и подсудимым люди становились лишь на время данного действия, в определенном месте (судилище), пользовались доселе недоступными им масками, полномочиями, правами. Вот здесь-то для зрителя на понятном ему языке ордалии, судебных речей, поединков и прочее развертывалась состязательность и агональность. Признание здесь лица виновным противоречило естественному ходу вещей, так как сам ход вещей естественным образом отправлялся ритуалом (игра переводила сформулированное заранее бытие в возможности в действительность). Пока есть становление - нет

ставшего, когда есть ставшее - нет становления. Развязка была убедительна, ни о каком обжаловании речь здесь не шла, поскольку процесс удовлетворял всех. Еще раз напомним - правосудие, судебный процесс ранее не был обязателен по каждому преступлению, это была форма дополнительной социальной деятельности, почти легально, как сказали бы сегодня, существовали институты мести, дуэли, войны, военных походов, наемных убийц и прочее. Предаваемый суду, как правило, был высокого сословия, конечно при желании он мог сбежать, хотя это было бессмысленно, так как в древности ссылка и изгнание были приравнены к смертной казни. Ритуал исполнял свою функцию - снимал социальные противоречия в полном объеме, если он их не снимал, то кооптировал в "круг человека", тем самым обеспечивая их адаптацию, посвящение.

Теперь посмотрим, что стало с правосудием с претворением в жизнь Теории разделения властей в современном государстве. Разделение властей - это, прежде всего, изоляция каждой ветви власти от любой другой деятельности, которая, соответственно, в эту ветвь власти не входит. Далее - запрет на занятие какой-либо другой деятельностью. Как следствие, сегодня мы имеем судью, который прежде, чем стать судьей, как минимум 5 лет проучился на юридическом факультете, затем 5 лет отработал, затем получил пожизненное назначение на должность, с запретом занятия любой другой деятельностью. Что это означает с точки зрения отправления ритуала? Это означает, что сущностью его жизни отныне стала пожизненная (а не одна вечность не длится дольше жизни человека) отправление правосудия. Закон людологии гласит о том, что уровень алеантности субъекта (вне зависимости от того, знает он, что играет или не знает, что играет) напрямую зависит от количества участия в энтелехии парадигмы, субъектом которой он является. Проще говоря, уровень алеантности игры падает с количеством ее повторений для одного и того же субъекта, вплоть до автоматизации его действий, стабилизации их образом, о котором писал М. К. Петров, с вытеснением из сознания субъекта (целевой причины) какой-либо социальной нагрузки таких действий (навык).

Посмотрим на другого участника правосудия - государственного обвинителя, представленного вообще не лицом, а государственным органом - прокуратурой в целом¹⁸. Там вообще об алеантности не приходится говорить, так как государственные органы ее не испытывают по определению, равно, как не имеют чести, совести и достоинства. Но в любом случае, любой прокурор, поддерживающий государственное обвинение, так же юрист с 5-летним стажем обучения, как минимум.

Еще один представитель парадигмы правосудия - защитник на профессиональной основе, адвокат. Для того чтобы стать адвокатом, необходимо иметь высшее юридическое образование, двухлетний стаж работы, итого 7 лет. Ну, последний представитель еще хоть как-то может разделить ту степень алеантности, которую испытывает подсудимый, все зависит от суммы обещанного гонорара (хотя и он сейчас quasi запрещен) в случае успеха.

Теперь посмотрим на две фигуры, вид которых неизменно в суде вызывает ассоциации с Алисой в Зазерка-

лье и Стране чудес - потерпевший и подсудимый. Ну, если фигура потерпевшего еще факультативна для нашего правосудия (не все преступления предполагают потерпевшим гражданина, физическое лицо), то подозреваемый, обвиняемый - обязательная, вне зависимости от того, участвует он в суде очно или заочно (заочное участие - это, кстати, уже совершеннейшее погружение правосудия в область "вещи для себя самой"). Нетрудно догадаться, что и потерпевший, и подсудимый не обладают тем отношением к производству по делу, которое имеет место быть у нашей тройки. Степень алеантности здесь не то, чтобы отличается в разы, чудовищность отличия продуцирует совершенно разные парадигмы бытия. Не забудем, игра - это то, что переводит материю (бытие в возможности) в форму (бытие в действительности). Пониженная степень алеантности нашей тройки (в особенности судьи и прокурора) просто не позволяет им понять, чего желает подсудимый и потерпевший, каково содержание их бытия в возможности, что они видят в содеянном, как к этому относятся, что необходимо для того, чтобы исправить совершенное. И наоборот, абсолютно повышенная степень алеантности подсудимого и потерпевшего, а тем более, отсутствие у них "именного ключа" для проникновения в парадигму правосудия (знания законов, в общем, всего того, что составляет профессионализм "нашей тройки") не позволяет им даже адекватно отвечать на просто поставленные вопросы, не говоря уже о кооптировании в их бытие в возможности исправляющего начала, приводящего их к истинному состоянию самосознания и самооценки. Эти люди присутствуют в зале суда в качестве предметов, они не только не кооптированы в систему ритуала как участники, но они лишены такой возможности самим ритуалом в силу того, что ни его бытие в возможности (понятие преступления), ни форма его реализации (уголовно-процессуальная форма) недоступны их восприятию. А если бы даже и были доступны, то их представления, возникающие в ходе судопроизводства, и позиции, которые им кажутся уместными в силу их эмоционального состояния, являются недоступными для тройки профессиональных участников, которые в силу своего статуса не могут быть на одной степени сопереживания.

Для того, чтобы правосудие снимало противоречия, оно должно находиться в той же области бытия, что и потерпевший и подсудимый. Совпадать в области бытия в возможности и энтелехии. Иначе это не правосудие, а жертвоприношение, где подсудимый - жертвенный барашек, а потерпевший - символ, элемент ритуальности, лишенной социально значимой функции. Как это ни печально, но современное правосудие именно таково, за редким исключением под названием суд присяжных.¹⁹ Это невозможно в любом случае, если степень алеантности в игре субъектов различна до степени абсолюта. Для судьи 1001-ый процесс никогда не будет, как первый для подсудимого.

Данная позиция не означает, что необходимо упразднить разделение властей, но вот, допустим, вызывать судью²⁰, чье решение обжалуется, в кассационную инстанцию в качестве защитника своего решения, привлечь его к обоснованию собственного приговора, вменив кассационной инстанции презумпцию неверности

обжалуемого приговора, необходимости его отмены, указав, что такая ситуация возможна только по кассационной жалобе защиты, но не по представлению обвинения, - вот это действенный механизм и повышения степени алеантности судьи, и реализации механизма презумпции невиновности даже в столь куцем виде, как сегодня. А если установить еще уголовную ответственность и прописать процедуры упрощенного привлечения к ответственности!

Необходимо четко понимать, что степень реализации бытия в возможности в действительность, а, следовательно, уровень отформатированности реальности именно данным бытием в возможности напрямую зависит от качества игровых действий участников реализации. Правосудие с его мантиями, "выходами в процесс", трансформациями "судья- суд", "человек-подсудимый", "прокурор-государственный обвинитель", "жертва- потерпевший", - это особая сфера, игровая сфера реальности. И если мы не хотим, чтобы в конце концов правосудие вытеснило ту самую социальную нагрузку, заменив ее собой (а таково свойство любого навыка), нам необходимо поддерживать надлежащий уровень алеантности в данной парадигме, структурировав ее в соответствии с ее естественными законами организации социальной материи. Уже сейчас из ст. 73 УПК РФ убрана истина как цель судопроизводства, вопреки презумпции невиновности вменена обязанность доказывания обстоятельств, исключающих преступность и наказуемость деяния, обстоятельств, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности (ст. 73 ч. 1 п. 5, 7 УПК РФ). И понятно, что с позитивистской точки зрения здесь нет конкуренции с принципом презумпции невиновности, так как речь не идет о субъективной стороне преступления, но по сути же это правило *lex specialis derogat generali*, исключаящее и так зыбкие элементы механизма реализации презумпции невиновности.

Для того чтобы правосудие вернулось к своей функциональности, снятию социальных противоречий, суд при разрешении дела должен исчерпывающим образом учитывать содержание бытия в возможности подсудимого, включать его в процесс, персонифицировать его в данном процессе, структурировать единобытие, устойчивую эмоциональную связь. В противном случае суд превращается в кухню, предназначение которой не только приготавливать пищу, но, прежде всего, рвать все ассоциативные и причинно-следственные связи между убийством живого существа и ежедневным необходимым во многом приятным времяпрепровождением.

Функция правосудия не в угнетении, а в убеждении посредством уголовного процесса, переубеждении, если не подсудимого, то общества как зрителя, в крайнем случае - потерпевшего, пропагандировании того, что защищает Уголовный закон.

На современном этапе развития, поскольку уже ничего не вернуть, презумпция невиновности должна быть законодательно абсолютизирована как четкий ряд механизмов противодействия обвинению, исполняемых зеркально действиям обвинения, при этом не допустимо уравнивание в правах обвинения и защиты. Защита должна иметь и преимущества темпов, и преимущества в доказывании, так как она руководствуется, прежде

всего, альтернативным бытием в возможности обвинительному, не базирующемуся на фактах, которыми располагает обвинение с начала возбуждения уголовного дела. Только в данном случае возможно воссоздание и возврат функции правосудия. Полномочия защитника по сбору доказательств, именно доказывание как форма "прикосновения" к любой реальности должна быть законодательно регламентирована и не подвергаться сомнению, правила получения доказательств защитником должны быть столь же регламентированы, как и для стороны обвинения, их не принятие или оспаривание - право стороны обвинения перед судом. Защита лишена в своем сборе доказательств применения на их основе насилия, или отмены ранее состоявшихся решений субъектов предварительного расследования - это вполне достаточный круг компетенции, - поддерживающий именно специфический характер предварительного следствия. Защита ни в коем случае не должна быть делом частного характера, или ограничиваться материально-техническими ресурсами подзащитного. Понятно, в состязательной борьбе государство vs гражданина, последний не выигрывает. Но применять нынешнее правосудие к народу - это хуже любой тирании и деспотии, это чревато не только революциями, а катастрофой.

Отдельной темой стоят судебные процедуры и регламенты, которые сегодня носят символически игровой характер, но необходимо продумывать их качество с тем, чтобы они вызывали полное кооптирование субъекта в парадигму правосудия, растворяли его в себе. Это не шаманизм, - а природа человека, - игра самоорганизует любую социальную материю, творит форму. О том же, что подсудимый вправе по любому составу, в том числе и гражданско-правовому, судиться судом присяжных, мы умалчиваем, как о вещи очевидной и сомнений не вызывающей.

В заключение хотелось бы отметить, что правосудие - такая же парадигма бытия, как и любая другая. Благодаря закону, она искусственно обретает себя в двух противоречиях бытия в возможности (виновен-невиновен), соответственно ее целевой причиной является - познание и фиксация результата познания. Ее движущей причиной являются участники судопроизводства, наделенные специальными статусами. Формальная причина обретает себя в реализации процессуальной формы, следования закону; дуализм целевой причины рождает состязательность, которая выливается в игровое противостояние высокой степени алеантности (игру), материальная причина - представлена снятым бытием в возможности (значимостью только одного из первичных двух противоречий). Состязательность и игра будут лишь тогда, когда оба противоречия (виновен-невиновен) будут уравновешены согласно открытому более 2000 лет назад Стагиритом закону бытия в возможности. В противном случае, когда каждое из противоречий не будет казаться истинным в отношении другого, не будет никакого правосудия. В обычных играх это называется жульничеством.

На сегодня наша уголовно-процессуальная форма не позволяет снимать такие противоречия, но это вопрос отдельной работы. Хотелось бы пояснить- первым шагом

к построению правосудия является четкое понимание того, что оно существует только как форма снятия равнозначных противоречий бытия в возможности. Развитие института презумпции невиновности, перевода его из предположения в законодательно регулируемое положение - только первый шаг. Затем предстоит разработать форму снятия данных двух противоречий. Наиболее оптимально приближенной сегодня - является суд присяжных, но и он недостаточно игровой, присяжные не кооптируются в судебный процесс всецело настолько, чтобы игра начинала управлять их суждением. Говоря о форме снятия противоречий, мы имеем в виду именно управление игрой, написание правил данной игры и ее обеспечение - вот в этом задача государства. Серьезность рождается там, где люди либо не знают, что они играют, либо играют людьми. Необязательно доводить до сведения субъектов правосудия игровой характер бытия той деятельности, в которой они заняты, но сама государственная власть, занятая управлением всей социальной системы, именуемой государством, должна помнить об этом. И еще одно - управлять игрой можно только через установление правил, насильно играть заставить нельзя - это то, что лежит в основе любой демократии, которую так усиленно пытается построить современность.

Не понимание опасности дальнейшей фиктивности презумпции невиновности, при медиатизации данного института как формы охраны против злоупотребления при уголовном преследовании всех и каждого, чревато гибелью Западной цивилизации в целом, так как правосудием в данном ключе в скором времени будет утрачена способность вообще адекватно коммуницировать, а не то что снимать социальные противоречия. При этом следует отметить, что бытие в возможности реализуется в область действительного в любом случае, если человек остается по обвинительному приговору суда уверенным в своей невиновности - то это еще одна область аргюги, потерянная для адекватного правового регулирования (при сохранении ему жизни, разумеется). Это еще один еретик Новой веры, в которой государство заменяет Бога. Цивилизации, которая позволяет себе такую роскошь, осталось существовать совсем не долго на часах истории.

Sapienti sat!

Москва, 4 мая 2010 г.

Ссылки

¹³ Алеантность (alea - игральная кость, жребий)- степень эмоционального напряжения игры, высшая степень алеантности - неизвестность результата, при известности вариантов игры, первичная реализация.

¹⁴ Проблематику этого вопроса в части соотношения признаков преступления как основания возбуждения уголовного дела и отсутствия состава преступления как основания для прекращения уголовного дела, в соотношении с вопросами виновности лица, см. "О составе преступления" // ж. Адвокат, 2006 г, № 10.

¹⁵ См. об этом подробнее "Право как форма познания. Гносеология права" // ж. Адвокатская палата, 2006г., № 12.

¹⁶ Более подробно смотрите об этом "К вопросу о возбуждении и расследовании уголовных дел в отношении неустановленных лиц" // ж. Адвокат, 2006 г., № 9.

¹⁷ См. об этом, например, "Страхование уголовной ответственности населения (СУОН). Людологический обзор" // ж. Адвокатская палата, 2010, № 1.

¹⁸ О мошенничестве понятий "государственный обвинитель", "прокурор", "прокуратура" см. "О фигуре и статусе прокурора в уголовном процессе" // ж. Адвокат, 2005, № 12.

¹⁹ О суде присяжных, как форме корректирования степени алеантности судебных процессов см. "О сущности суда присяжных" // ж. Адвокатская палата, 2009г., № 6.

²⁰ Данной идеей со мной в 1999г. году поделился глупо уважаемый мною преподаватель юридического факультета Ростовского государственного университета В. Каравцов.

С.Ю. Макаров - адвокат АПМО, к.ю.н., доцент кафедры адвокатуры и нотариата МГЮА им. О.Е. Кутафина

Адвокаты и герцоги. Очерк истории взаимоотношений французской адвокатуры и общества в конце XVII века

В XVII и XVIII веках французская адвокатура пережила не самое лучшее время в своей истории, и причин тому было несколько. С одной стороны, введение в XVI веке официальной продажи судейских должностей лишило адвокатов весьма привлекательной перспективы за свои заслуги на поприще правосудия быть назначенными судьями, что могло бы самым достойным образом венчать их профессиональную деятельность. С другой стороны, всей реальной властью обладал король, окруженный великолепным двором, и адвокаты находились очень далеко от источника реальной власти.

Это была блистательная эпоха короля Людовика XIV Великого, Короля-Солнце, как его называли современники. Мы можем представить величие и размах той эпохи по знаменитым фильмам про Анжелику - "Анжелика и король", "Анжелика - маркиза ангелов" и др. Вокруг короля располагались знатнейшие аристократы, и великолепие образа их жизни только подчеркивало величие самого короля.

Однако даже в такой ситуации случалось, что помощь адвокатов, в обычной жизни находившихся весьма далеко от роскошного королевского двора, оказывалась очень необходимой блистательным аристократам, располагавшимся при дворе короля.

Одним из источников наших знаний о той великолепной эпохе являются мемуары Луи де Рувруа, герцога де Сен-Симона - знатного аристократа и внимательного наблюдателя, который был придворным королей Людовика XIV и Людовика XV и в своих воспоминаниях очень тонко и местами весьма остроумно описал многих своих современников и связанные с ними события. Среди прочих фактов он сообщает так же о ходе судебного процесса, участником которого он был, и в рамках которого он и его соратники по судебной войне обратились к адвокатам - равно как и их противник тоже обратился к адвокатам. И Сен-Симон, и его соратники, и их противник - все они были знатными герцогами и принадлежали к родовитейшим семьям Франции, и в итоге получилось, что знатные аристократы вели судебную тяжбу (что само по себе было не свойственно высокородным дворянам, более привыкшим участвовать в военных действиях) с помощью адвокатов, с которыми в обычной жизни они не могли бы даже пересечься.

Прежде чем рассказать об этом судебном процессе, вынужден сделать небольшое отступление, чтобы предупредить вас, уважаемые читатели, о некоторых особенностях той истории, о которой начинаю сейчас повествовать. В частности, некоторые термины покажутся нам необычными: например, "Парижским парламентом" назывался верховный суд Северной Франции, а "генеральным адвокатом" тогда именовался помощник генерального прокурора. Кроме того, при наследовании дети от первого брака имели преимущество перед детьми от вто-

рого и последующих браков - что нам с учетом давно и твердо усвоенного российским законодательством принципа равноправия наследников вообще покажется абсурдом.

Однако самым необычным нам с наших современных позиций покажется сам предмет судебного разбирательства - но примите во внимание, что для французских аристократов XVII века это дело было наипринципиальнейшим поводом для спора, особенно с учетом того, что положение герцогов-пэров было наиболее высоким после принцев крови (то есть членов королевской династии).

Итак, все началось с того, что в 1662 году Франсуа-Анри де Монморанси получил титул герцога де Пине-Люксембург, будучи женат на Мадлен-Шарлотте де Клермон-Тоннер, наследнице герцогов де Пине-Люксембургских. В соответствии с датой пожалования новый герцог оказался 18-м в иерархии пэров (это был ранг знатнейших аристократов Франции) - то есть впереди него было 17 других герцогов-пэров, титулы которых были пожалованы им или их предкам ранее 1662 года.

Однако, будучи известным и успешным полководцем (в истории он остался под именем "маршала де Люксембурга"), а также рассчитывая на покровительство короля Людовика XIV, новый герцог де Пине-Люксембург потребовал, чтобы ему было предоставлено 2-е место в иерархии пэров. Свои претензии он обосновывал тем, что герцогство Пине-Люксембургское, титулом которого его пожаловали в 1662 году, было учреждено еще в 1581 году для прадеда его жены, причем при его учреждении предусматривалась возможность перехода этого титула по женской линии. Первенство лишь одного герцога претендент на высокое звание согласен был признать, поскольку предок того получил герцогский титул еще раньше прадеда жены герцога де Пине-Люксембурга, благодаря которой он получил этот титул.

Поначалу он пытался добиться нужного ему результата интригами, однако король особой грамотой в адрес Парижского парламента высказал свою незаинтересованность в каком-либо конкретном решении по этому делу. Затем ему не удалось провести судебное заседание втихую, в отсутствие герцогов, которых он должен был опередить: случайно присутствовавшие в то утро в парламенте интенданты Сен-Симона, услышав объявление о начале заседания по делу герцога де Пине-Люксембурга, стали громко протестовать против такого нарушения процесса, и заседание пришлось прекратить.

Стало очевидно, что без большого судебного разбирательства не обойтись, и стороны стали основательно готовиться к этому разбирательству, которое и началось в 1694 г. Трудно определить процессуальное положение сторон так, чтобы оно было понятно нам, но если Франсуа де Монморанси заявлял требование о признании его герцогского титула существующим с 1581 года, а герцоги, не согласные с этим требованием, возража-

ли ему, значит, Монморанси можно считать истцом (конечно, весьма условно), а его противников - ответчиками по этому делу (тоже, разумеется, весьма условными).

Чтобы показать влиятельность противников истца, но не утомлять ваше внимание, уважаемые читатели, скажу, что вместе с Сен-Симоном против претензий герцога де Пине-Люксембурга возражали герцог де Ришелье, двоюродный внук знаменитого кардинала, и герцог де Ларошфуко, сын знаменитого моралиста.

Итак, герцог де Пине-Люксембург настаивал, что история его герцогского титула должна отсчитываться с 1581 г., когда прадед его жены получил этот титул, а его противники утверждали, что он не имеет права претендовать на этот титул, потому что при наделении его им титул был учрежден вновь, и, кроме того, потому что его жена была дочерью своей матери от второго брака и, следовательно, на нее не распространялось право наследования титула ее прадеда.

И вот тут мы приближаемся уже непосредственно к адвокатской работе. Описав позиции сторон (кратко изложенные мною здесь), Сен-Симон пишет: "Таковы были основные доводы, приводимые обеими сторонами, дававшие адвокатам возможность продемонстрировать и свое красноречие, и свое умение прибегать к хитростям и уловкам".

Уже по этой фразе понятно, что герцоги, объединившиеся для противостояния претензиям Люксембурга, которые они считали необоснованными, понимали необходимость обращения за помощью к адвокатам. На следующей странице Сен-Симон пишет: "Главой нашего совета и наших адвокатов был знаменитый юрисконсульт Рипарфон, у которого мы обыкновенно собирались раз в неделю во второй половине дня, а случалось и чаще". Поскольку французские адвокаты исторически только разрабатывали позицию по делу и выступали с ней в судебном заседании, а всю текущую работу по делу вели представители сторон, в деле участвовали личные представители (интенданты) герцогов.

Представим на минуту такую картину: высокородные герцоги, занимавшие важные придворные и военные должности, раз в неделю как по расписанию приезжали в своих богато украшенных каретах к дому пусть и известного, но всего лишь адвоката Рипарфона, с которым обсуждали ведение своего дела. Мемуарист специально отмечает, что герцог де Ларошфуко, каждый вечер ездивший в Версаль для присутствия на вечерней аудиенции короля, тоже регулярно участвовал в этих заседаниях. Каждый считал своим долгом не опаздывать и собраний не пропускать. На этих встречах герцоги высказывали свои соображения, и Сен-Симон подчеркивает, что его высказывания заслуживали одобрение. Для того времени все это было весьма необычным нарушением субординации.

Признаться, весьма забавно читать в мемуарах Сен-Симона о различных уловках, подобные которым применяются для затягивания процесса и в настоящее время. Сам герцог де Сен-Симон однажды добился приостановления процесса благодаря тому, что у него была так называемая "государственная грамота", освобождавшая его от любых претензий и разбирательств на время его армейской службы (в военное время). Другой герцог

воспользовался возможностью начать процесс с одним из судебных чиновников, являвшимся сыном первого президента (то есть руководителя) Парижского парламента, который беззастенчиво демонстрировал симпатию к истцу и теперь вынужден был отойти от процесса.

В подобных проволочках шли месяцы и годы. В 1695 г. умер герцог де Пине-Люксембург; его старший сын, ставший наследником его претензий, в это время сам находился в действующей армии, поэтому процесс был приостановлен еще на год. Некоторые герцоги, не согласные с претензиями истца, тем не менее, отступились от процесса, но, с другой стороны, ответчикам удалось привлечь на свою сторону некоторых других герцогов.

Однако в 1696 г. процесс подошел к решающей стадии.

Предоставим слово герцогу де Сен-Симону: "Адвокатом (новых герцогов - С.М.) был Арро, у нас - Фрето, а у герцога де Ришелье - Магё, коему надлежало разобраться в тонкостях наследования его пэрии по женской линии. Отвечать на исковое требование было поручено Шардону, а адвокатом месье де Люксембурга (то есть истца - С.М.) был Дюмон. Мы регулярно собирались, чтобы давать адвокатам необходимые разъяснения и побуждать их действовать как можно более решительно, и неизменно присутствовали на утренних заседаниях по вторникам и субботам. Месье де Ла Тремуи, исполнявший в тот год обязанности камергера, и месье де Ларошфуко, занимавший постоянную должность, появлялись в суде не реже одного раза в неделю и по большей части присутствовали на обоих заседаниях; я не пропустил ни одного, да и прочие были почти столь же пунктуальны".

Картина, представляемая по прочтении мемуаров Сен-Симона, является еще более впечатляющей, чем ранее: даже герцоги, занимающие важные придворные должности, находят время для посещения совещаний ответчиков с адвокатами. Невольно вспоминается реплика господина Буанасье из фильма "Три мушкетера" в исполнении Леонида Каневского: "Галантерейщик и кардинал - это сила"; "Адвокаты и герцоги - это сила!" - хочется воскликнуть, читая в мемуарах Сен-Симона описание совместной работы первых и вторых.

Дело приближалось к развязке.

Вот что пишет далее Сен-Симон: "(...) выступление Арро произвело (...) такое прекрасное впечатление, что перестали сомневаться в успехе нашего дела. После наших адвокатов пришел черед Дюмона. В течение трех заседаний он разливался соловьем, но не сказал ничего дельного, а отсутствующие у него аргументы и доказательства заменял набором пустых фраз. На четвертом заседании он позволил себе множество недоброжелательных замечаний в адрес наших адвокатов. На пятом - углубился во всякого рода юридические тонкости и, не имея надежды одержать верх с помощью доказательства, а также понимая, что это его последний шанс добиться успеха, перешел к запугиванию, желая убедить людей (...), что король в этом деле на стороне месье де Люксембурга, в чем ранее их неустанно пытался убедить первый президент".

Сен-Симон отдает должное риторическим выпадам адвоката своего оппонента: "Этот Дюмон был человеком весьма решительным, что блистательно продемонстрировал. Он (...) нас уподобил людям, о которых Хри-

стос сказал: "Приближаются ко Мне люди сии устами своими и чтут меня языком, сердце же их далеко отстоит от Меня". (...) Я бросился вперед с криком, что это ложь и что негодяя нужно призвать к порядку. Месье де Ларошфуко, обхватив меня руками, заставил сесть и замолчать". Представьте на минуту - знатный герцог, блистательный придворный, являющийся ответчиком по делу, настолько проникается услышанным в судебном заседании выпадом адвоката истца, что проявляет такой яркий порыв.

Снова цитата: "Моя выходка вызвала волнение в зале, и нужно было лишь одно: обратиться к месье де Люксембургу с вопросом, одобряет ли он слова своего адвоката, - и либо Парламент тотчас же признал бы неправоту адвоката, либо на следующий день король осудил бы месье де Люксембурга. Но мы упустили благоприятный момент; Дюмону позволили закончить свое выступление, а президент де Мэзон ограничился легким извинением". Характерно, что Сен-Симон говорит "мы", что показывает его ответственное отношение к процессу.

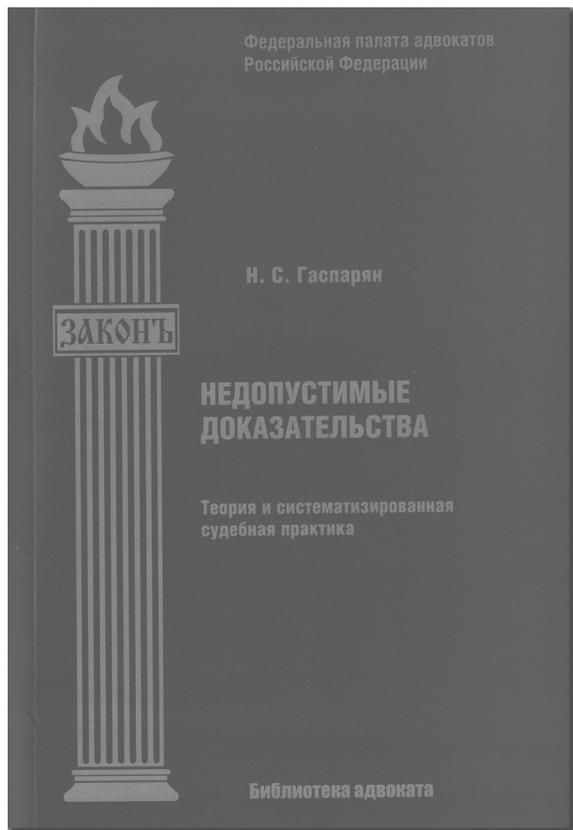
И вот наступил решающий день. Генеральный адвокат (то есть помощник генерального прокурора) д'Агессо выступил со своим заключением, в котором безоговорочно признал правоту противников истца (то есть Сен-Симона и его соратников). Затем суд удалился для вынесения решения.

Оглашение решения поразило обе стороны: суд признал право месье де Люксембурга на ранг пэра в соответствии с указом 1662 года и отложил на неопределенное время решение относительно указа от 1581 года: тем са-

мым за ним были признаны те же права, какими обладал его отец. Реакцию ответчиков Сен-Симон выразил кратко, но красочно: "Мы с трудом поверили своим ушам, услышав столь несправедливый и столь неожиданный приговор, выносивший решение по вопросу, который даже не был предметом судебного разбирательства". В порядке сугубо юридического отступления от повествования хочу отметить, что, по сути, решением были поддержаны возражения герцогов-ответчиков и их адвокатов, следовательно, их возмущение по поводу решения было вызвано скорее неприязнью к истцу, чем результатом судебного разбирательства.

Остается добавить, что король был недоволен решением и ожидал поступления жалоб на него, однако ни одна сторона не обжаловала вынесенное решение, и оно вступило в силу. Несмотря на недовольство короля резким выступлением адвоката Дюмона, никаких репрессивных мер в отношении него не последовало.

Вот так в мемуарах герцога де Сен-Симона, являющихся одним из важнейших источников по истории Франции конца XVII и начала XVIII веков, описывается судебный процесс, который знатнейшие аристократы, чьи интересы были задеты сложным титулярным спором, провели с помощью парижских адвокатов. Показателен пример того, насколько важной для этих аристократов оказалась помощь адвокатов, разобравшихся в хитро-сплетениях французского феодального права и разработавших в интересах сторон позиции по делу.



Гаспарян Н. С. Недопустимые доказательства (теория и систематизированная судебная практика).

Настоящая книга продолжает серию методической литературы "Библиотека адвоката", издание которой осуществляется Федеральной палатой адвокатов РФ.

В книге освещаются вопросы, связанные с теорией, законодательной регламентацией института допустимости доказательств и сформировавшейся судебной практикой. Здесь приводятся извлечения из законодательства и разъяснений Пленума Верховного суда Российской Федерации, рассматривается систематизированная судебная практика Конституционного суда РФ, Верховного суда РФ и Европейского суда по правам человека, касающаяся проверки допустимости доказательств в уголовном процессе.

Книга предназначена для использования в практической деятельности - участниками уголовного судопроизводства (судьями, прокурорами, следователями, дознавателями, адвокатами и др.), в научной и научно-педагогической деятельности - сотрудниками научных учреждений, аспирантами, преподавателями вузов, а также при проведении занятий на Всероссийских высших курсах повышения квалификации адвокатов.

Данное издание может быть полезно и интересно всем интересующимся сложными вопросами правоприменения.

М.Г. Топчан - студентка 5-го курса Российской международной академии туризма
Ю.В. Щиголов - адвокат Московского Центрального филиала МОКА, доцент кафедры гражданско-правовых и уголовно-правовых дисциплин РМАТ, кандидат юридических наук.

Анатолий Федорович Кони - юрист и мыслитель

*"Пускай ты умер,
но в песне смелых и сильных духом
всегда ты будешь живым примером..."*
"Песнь о Соколе" А.М. Горький

Изучая биографию величайшего русского юриста Анатолия Федоровича Кони невозможно не удивляться всесторонности его образования, широте взглядов, глубине его мировоззрения. Его книги могут служить не только путеводителем по уголовному процессу прошлого века, по нравственным его началам, но и вообще по всей культуре конца XIX века.

Мы знаем большое количество высказываний известных писателей о роли языка в жизни людей. Но из огромного множества выберем слова К.Г. Паустовского: "Нам дан во владение самый богатый, меткий, могучий и поистине волшебный русский язык. Всегда ли мы обращаемся с этим языком так, как он этого заслуживает? По отношению каждого человека к своему языку можно совершенно точно судить не только о его культурном уровне, но и его гражданской ценности". Вдумайтесь в эти слова: нас оценивают по тому, как мы говорим.

Культура речи в значительной степени обусловлена культурой мышления и сознательной любовью к языку. От точности мышления зависит выбор средств выражения. Неточность выражения ведет к фактическим ошибкам. Потому каждый говорящий в какой-то мере задумывается не только над тем, что он говорит, но и как говорит.

Почему необходимо особо говорить о культуре речи юриста, сотрудника правоохранительных органов? Эти профессии требуют не только высоких нравственных качеств и профессионального мастерства, но и широкого общего образования. Например, по глубокому убеждению А.Ф. Кони, юрист должен быть человеком, у которого общее образование идет впереди специального, потому что юрист ежедневно имеет дело с самыми разнообразными явлениями жизни, и эти явления он должен правильно оценить, принять по ним нужное решение и убедить в правильности своей точки зрения обращающихся к нему людей.

О необходимости владеть богатством русского языка писал А.Ф.Кони: "Пусть не мысль ваша ищет слова... пусть, напротив, слова покорно и услужливо предостоят перед вашей мыслью в полном ее распоряжении". Об Анатолии Федоровиче Кони, вошедшим в историю России как талантливый юрист, блестящий оратор, незаурядный криминалист, известный литератор и крупный общественный деятель, и пойдет речь в данной работе.

Родился Анатолий Федорович Кони 28 января (10 февраля) 1844 года в Петербурге. Его отец - Федор Алексеевич Кони - известный водевилист и театральный критик, редактор-издатель литературной газеты (1840 - 1841

гг.), а затем журнала "Пантеон", в котором сотрудничали Некрасов, Григорович, Полонский, Мей.

Мать А.Ф. Кони - Ирина Семеновна Кони (Юрьева), актриса и писательница (свои литературные произведения она подписывала фамилией Юрьева), - выступала на сцене под фамилией "Сандунова". 14 апреля 1860 года вместе с мужем она участвовала в историческом представлении "Ревизора" в пользу Литературного фонда, объединившем в качестве исполнителей Ф.М. Достоевского (почтмейстер), А.Ф.Писемского (городничий) и других известных деятелей культуры 60-х годов.

В доме родителей часто бывали литераторы и мастера сцены. Федор Алексеевич Кони был широко образованный человек, свободно говорил на пяти иностранных языках. Мать пользовалась большим успехом и уважением в театральной среде. Такое окружение способствовало формированию нравственных идеалов юного А. Ф. Кони.

Начальное образование Анатолий Кони получил в доме родителей. В 8 лет Кони уже много читал, на него оказали огромное впечатление "Вий" Гоголя и "Тарантас" В.А. Соллогуба.

С 1855 по 1858 годы А. Кони учился в немецкой школе при церкви Святой Анны на Кировной улице, а затем перешел в 4-ый класс второй (впоследствии Александровской) гимназии, на Казанской улице. С 1858 по 1861 годы по решению Совета гимназии Кони были вручены 7 похвальных свидетельств - "Грамот первого достоинства".

В мае 1861 года Кони и четверо его товарищей (Кобылкин, Лукин, Сигель и Штюмер) решили выйти из шестого класса гимназии прямо в Университет, который давно манил их своими лекциями, доступными тогда почти для всех. Для того, чтобы раньше времени поступить в Университет, нужно было держать экзамен в особой испытательной комиссии в качестве лица, получившего домашнее воспитание. Вторая гимназия, в которой учился Кони, считалась по преимуществу математической.

По итогам экзаменов Анатолий Федорович Кони, ставший впоследствии известным судебным деятелем, сенатором и членом Государственного совета, блестящим оратором, крупным литератором, почетным академиком, был зачислен студентом на математический факультет по чисто математическому разряду.

В декабре 1861 года Петербургский университет был закрыт на неопределенное время вследствие студенческих волнений. Заниматься математикой на дому было крайне трудно, и Кони стал подумывать о переходе на другой факультет. "Случайная встреча решила мою судьбу. В одном знакомом семействе я провел вечер с двумя образованными юристами, служившими по Министерству внутренних дел. Это были - Виктор Яковлевич Фукс и Петр Иванович Капнист. Их удивило, что "в наше время, когда... в воздухе носилась судебная реформа", - я избрал математический факультет. На мой пре-

небрежительный отзыв о судебной деятельности, почерпнутый из впечатлений отца и высказанный с юношеской самоуверенностью, они оба стали доказывать мне, что я понятия не имею о юриспруденции и ее житейском применении, и очень красноречиво развивать то, что и я теперь повторял бы на их тогдашнем месте... Эта встреча, глубоко засевавшая в мою душу, заставила меня усомниться в правильности мнения моего отца и решиться самому ознакомиться с какой-либо юридической книгой". Книга, купленная в маленькой книжной лавке Попова на Невском, "Русское гражданское право" известного профессора Д.И. Мейера, "решила судьбу моих дальнейших занятий". И когда летом 1862 года Министерством народного просвещения было объявлено, что Петербургский университет не будет открыт и в следующие учебные годы, Кони, не желая терять, по меньшей мере, два года учебных занятий, решил поступить в другой университет, и выбор его остановился на Московском.

В августе 1862 года А.Ф. Кони записался в число студентов второго курса юридического факультета Московского университета. Ревностное отношение к учебе в Университете и всестороннему изучению новейших течений в праве, философии, литературе, искусстве сделало каждый день студента-юриста до предела напряженным. В 1865 году Анатолий Федорович Кони окончил Юридический факультет Московского университета со степенью кандидата прав. Диссертацию его "О праве необходимой обороны", по словам самого Кони, "постигла, однако, своеобразная судьба".

В мае 1866 г. "Рассуждение студента Анатолия Кони "О праве необходимой обороны" появилось в первом томе приложения к № 8 "Московских Университетских известий". Следует упомянуть, что незадолго перед тем случилось событие, имевшее неизмеримое значение - 4 апреля 1866 года было совершено покушение Каракозова на Александра II. Это стало поворотным пунктом в истории русской жизни. За каракозовским выстрелом последовала яростная реакция, которая отразилась и на печати. На фоне этих событий и была опубликована работа Кони, которая стала первым на русском языке и до 90-х годов единственным историко-критическим и догматическим изложением учения о необходимой обороне. Однако, эта чисто научная работа привлекла к себе пристальное внимание деятелей цензурного ведомства. Молодой автор был обвинен в "одобрении и оправдании действий, запрещенных законами". И Анатолий Федорович Кони едва не оказался на скамье подсудимых.

Сын семьи писателей не собирался идти по стопам своих родителей. И уже за эту первую научную работу, в которой он поднял злободневный и малоизученный вопрос о пределах необходимой самообороны, но которая была замечена в научных кругах, ему было предложено занять место на кафедре уголовного права и процесса Московского университета. Но Анатолий Федорович твердо избрал себе иной путь - путь непосредственного служения людям и идеалам справедливости и нравственности. Он всецело посвятил себя судебной деятельности. За свою жизнь Кони прошел все ступени прокурорской и судебной иерархии.

А.Ф. Кони всегда был проповедником нравственности

в судебном процессе, до сих пор для нас актуальны его слова о требованиях к личным качествам судебного деятеля: "Забвение про живого человека, про брата во Христе, про товарища в общем мировом существовании, способного на чувство страдания, вменяет в ничто и ум, и талант, и внешнюю, предполагаемую полезность его работы!.. Всегда в его душе должно звучать прекрасное выражение браминов *tat twam asi!* - это тоже ты..." Анатолий Федорович не только призывал к этому, но и сам последовательно показывал личный пример беспристрастности, неподкупности и принципиальности. Случай с Гулак-Артемовской поразительно доказывает жизненность и правильность его принципов. В защиту неправомерно оставленной без средств к существованию девушки выступила г-жа Гулак-Артемовская, состоятельная вдова, которая приложила много усилий для устройства ее судьбы. Анатолий Федорович, будучи в то время прокурором в Петербурге, помог девушке, но эта его бескорыстная помощь оказалась поводом для попыток Гулак-Артемовской установить с ним личные отношения в целях решения собственных задач, как она выражалась, "обдельвания дел". Она приглашала Кони к себе, называя имена титулованных особ, а когда последовал уклончивый отказ, настойчиво просила дать ей хотя бы свою фотографию или визитную карточку, чтобы "сказать друзьям, что вы были и не застали меня дома". На это Кони ответил очень характерно: "Зачем же содействовать такому обману?" и категорически отказал назойливой даме. Казалось бы, незначительный инцидент, но впоследствии выяснилось, что таким образом эта мошенница вводила в заблуждение своих клиентов, показывая им визитные карточки высоких особ в доказательство своей влиятельности, а затем пользовалась их доверием для получения денег. Так неуклонное следование моральным принципам во всем, даже в житейских мелочах, оставило незапятнанным имя прокурора окружного суда, чего нельзя сказать об отдельных высоких чиновниках, ставших жертвами обмана.

"Не личное счастье должно быть задачей, не отдаленные цели мирового развития и не успех в борьбе за существование, приносящие в жертву отдельную личность, а счастье ближнего и собственное нравственное совершенство", - писал Анатолий Федорович в своей наиболее знаменитой работе "Нравственные начала в уголовном процессе". Сам Кони всегда достойно нес высокое звание юриста и человека.

После окончания Московского университета А. Ф. Кони вернулся в Петербург и поступил на службу в преобразованный тогда государственный контроль, откуда вскоре перешел для особых работ по юридической части в распоряжение военного министра Милютина. Но уже назрела пора судебной реформы, должны были быть открыты в столице новые судебные установления. В начале 1867 года он вновь переезжает в Москву, получив назначение на должность секретаря прокурора судебной палаты Ровинского, а через несколько месяцев Кони был назначен одним из трех товарищей прокурора сначала сумского, а затем харьковского окружного суда. Здесь он пробыл три года, успел приобрести славу хорошего оратора.

Анатолий Федорович начал свою карьеру с должности

помощника секретаря Санкт-Петербургской судебной палаты в апреле 1866 года. Это было время введения в жизнь новых Судебных Уставов 1864 года, несомненно, являвших собой одно из величайших достижений русской юридической мысли, остающихся и поныне образцом обеспечения состязательности судебного процесса и обеспечения деятельности присяжных заседателей. Созданная в соответствии с Судебными Установлениями система требовала новых, свежих людей, способных не только проводить расследование, но и грамотно поддерживать его на суде. Кони называл таких людей "новым вином в новых мехах", имея в виду евангельскую притчу о новых и старых мехах.

Задачи, стоявшие перед судебной системой того времени как нельзя более соответствуют требованиям нашего времени в связи с восстановлением реальной состязательности суда. Не слышим ли мы сейчас многочисленные упреки со стороны правоохранительных органов на несовершенство суда присяжных, на низкую репрессивность? А ведь все они связаны как раз с проблемой кадров - наша прокуратура привыкла обвинять письменно, негласно, в канцеляриях, когда приговоры предопределялись компетентными органами, а судья сам был главным обвинителем.

Выдающиеся способности Кони в этой области были замечены не сразу. Ему еще предстояло пройти трудный путь товарища прокурора в Казани, в Харькове. Там он обратил на себя внимание как грамотный и талантливый обвинитель и в 1874 году был приглашен в Санкт-Петербург на должность товарища прокурора окружного суда (в прошлом веке товарищами именовали заместителей).

В 1871 году Кони перешел на должность прокурора окружного суда в Петербурге и занимал ее в течение пяти лет. В этом же году был произведен в чин коллежского асессора. Вскоре он стал председателем петербургского окружного суда.

В 1878 году А.Ф. Кони председательствовал в судебном заседании по делу Веры Засулич, совершившей 24 января террористический акт, направленный против генерала Трепова, одного из самых видных деятелей царской полиции. Кони тщательно изучил все материалы дела применительно к тем вопросам, которые были поставлены перед присяжными. В своем резюме он не толкал присяжных в ту или иную сторону, а только освещал перед ними тот логический путь, который они должны пройти. Он как бы перебирал перед ними цепь логических звеньев, которую им предстоит замкнуть, испытывая прочность каждого звена, и опасаясь, чтобы ни одно из них не было пропущено ими. Если работа в прокуратуре и выступления в качестве обвинителя принесли А.Ф. Кони всероссийскую известность, то после дела о покушении на Трепова имя его прозвучало на весь мир. Как известно, дело Веры Засулич стоило Кони вынужденного перерыва в любимой работе в уголовном суде: он, выдающийся криминалист, был переведен в гражданский департамент судебной палаты.

В советские времена усиленно подчеркивалось его участие в качестве уже председателя окружного Санкт-Петербургского суда в процессе В.И. Засулич, террористки, стрелявшей в градоначальника генерала Трепова в январе 1878 года. Присяжные заседатели, выслушав не-

достаточно подготовленного и не слишком умелого прокурора и грамотного, талантливого адвоката, а более всего находясь под сильным влиянием общественного мнения, вынесли оправдательный приговор. Министерство юстиции обвиняло его в потворстве присяжным, а публика превозносила, как героя-революционера. На самом деле процесс показал сложность вопроса о действительности суда присяжных и их главную слабую сторону - подверженность общественному мнению. Пресловутая "княгиня Марья Алексевна" решила дело не в пользу закона и справедливости, а в пользу политики. Это и есть то помрачение умов, великолепно описанное Ф.М. Достоевским в "Бесах", помрачение, приведшее к отрицанию закона вообще, к отрицанию Бога, а, в конечном счете, и самого живого человека во имя какой-то идеи. Результаты его мы знаем.

В 1884 году министр юстиции Набоков предложил Анатолию Федоровичу место обер-прокурора уголовного кассационного департамента Сената, и только в 1885 году назначение состоялось. В 1900 году Кони оставил судебную деятельность и указом императора Николая II был переведен в общее собрание Первого департамента Сената в качестве присутствующего сенатора. В этом же году его постигло несчастье: в сентябре при крушении поезда на Сестрорецкой дороге он получил травму, следствием которой была трехмесячная болезнь и непоправимая хромота. С тех пор он стал ходить только с палочкой и говорил в шутку: "У меня одна нога стала короче другой, следовательно, теперь я буду со всеми на короткой ноге".

Необходимо отметить, что, несмотря на попытки советских историков представить А.Ф. Кони "сочувствующим" революционному движению либералом, к тому же подвергнутым гонениям со стороны царского правительства, факты говорят об обратном. И двор, и министерство юстиции смогли подняться выше частных претензий и увидеть в председателе окружного суда действительно талантливого юриста, который мог принести пользу отечеству. Так, в 1885 году он был назначен обер-прокурором Сената, это была высшая прокурорская должность того времени.

Одновременно с этим растет его авторитет в научных юридических кругах. В 1890 году Харьковский университет присвоил ему звание доктора юридических наук, а в 1900 он избран почетным академиком разряда изящной словесности Императорской Академии наук (вместе с Чеховым).

В июле 1906 года Столыпин делает предложение Кони войти в состав правительства, образуемого им после роспуска Думы, в качестве министра юстиции. Три дня Анатолия Федоровича уговаривали занять этот пост, но он, сославшись на нездоровье, категорически отказался. С 1907 года А.Ф. Кони состоит членом преобразованного Государственного Совета. Еще задолго до этого ему пришлось стать участником большой законодательной работы, задуманной министром юстиции Н.В. Муравьевым.

В качестве члена "муравьевской" комиссии для пересмотра законоположений по судебной части, или, как любил называть ее Кони, комиссии "об упразднении Судебных Уставов", - он, как верный паладин Судебных Уставов, горячо отстаивал их от предпринятого против них

похода. Речи, произнесенные им на заседаниях особого совещания, представляют собой одни из наиболее содержательных страниц в русской литературе о суде присяжных.

С преобразованием Государственного Совета, согласно новым основным законам, Кони вступил окончательно на законодательное поприще. Особенно охотно он выступал по вопросам, от решения которых зависела правильная постановка правосудия. 1 января 1910 года Кони был присвоен чин действительного тайного советника.

В 1912 - 1913 годах Кони несколько раз выступал в Государственном Совете по важным законопроектам, касающимся наследственных прав женщин, и решительно отметал возражения против принятия этих законопроектов.

В годы войны (1914 - 1917 гг.) А.Ф. Кони возглавлял ряд комитетов Государственного Совета о жертвах войны и прилагал немало усилий для оказания помощи лицам, ставшим инвалидами, а также принимал активное участие в работе различных комиссий: о денежных средствах, об организации помощи беженцам и др. Все это делалось при крайне плохом состоянии здоровья.

После февральской революции 1917 года деятельность Государственного Совета практически прекратилась. 5 мая этого же года по указу Временного правительства А.Ф. Кони назначается первоприсутствующим (председательствующим) в уголовно-кассационном департаменте Сената. 30 мая он был назначен также первоприсутствующим в общем собрании кассационных департаментов Сената.

Несмотря на то, что каждая из занимаемых Анатолием Федоровичем должностей требовала огромного труда, Кони всегда находил время для преподавательской и научной деятельности. С 1876 по 1889 годы он читал лекции в Императорском училище правоведения, а с 1901 по 1912 годы - в Александровском лицее по уголовному судопроизводству, с особой разработкой вопросов судебной этики.

В семидесятых годах А. Ф. Кони был одним из учредителей Юридического общества при Петербургском университете. Устав общества был учрежден 22 января 1877 года, и на следующий день на организационном собрании Кони избрали заместителем председателя уголовного отделения. Анатолий Федорович очень дорожил возможностью представлять свои работы по вопросам права до их опубликования на обсуждение ученых и широкой юридической общественности, объединившейся вокруг Юридического общества. В докладах, с которыми Кони там выступал, он оттачивал теоретические концепции, прежде чем дать им жизнь в своих трудах. Там происходило, по словам Кони, "слияние научных начал с житейским опытом". Вот темы некоторых докладов, с которыми Кони выступал: "О деятельности суда присяжных по преступлениям против устава о паспортах"; "Об условиях публичности заседаний уголовного и гражданского судов"; "О задачах русского судебно-медицинского законодательства"; "О врачебной тайне"...

Октябрьская революция пресекла деятельность очень многих из тех, кто до революции занимал одинаковое с Анатолием Федоровичем положение. Но не таков Кони: устраненный с судебного поприща, он перенес свою дея-

тельность в другую область - область преподавания, и отдался этой деятельности с молодым увлечением. В ноябре 1918 года А. Ф. Кони приступает к чтению лекций в Петроградском университете. Анатолий Федорович Кони - почетный член Московского университета (1892 г.), почетный академик Российской академии наук (1900 г.).

Общественно-политическая жизнь была для Анатолия Федоровича полна событий. После создания Государственной Думы он включается в активную законодательную деятельность, выступая в качестве члена Государственного Совета. Во многом благодаря его поддержке были приняты законы об условно-досрочном освобождении (1909), о допущении женщин в адвокатуру (1913). Перед Февральским переворотом А.Ф. Кони занимал одну из наиболее значительных судебных должностей в России - первоприсутствующий в общем собрании кассационных департаментов Сената. К сожалению, неизвестно, как на самом деле великий русский юрист, идеолог русской юриспруденции воспринял Октябрьский переворот. Поддерживаемые связи с крупнейшими литературными деятелями того времени, ленинская политика по привлечению "старых специалистов", абсолютная нравственная чистота, - все это позволило ему если не присоединиться, то, по крайней мере, найти свое место в новой стране, в новом мире. Во время голода в Петрограде он сам предложил А.В. Луначарскому сотрудничество в целях просвещения масс. Результатом стало чтение лекций рабочим Путиловского завода, строителям Волховстроя, студентам. Всего было прочитано около тысячи лекций, в том числе и на кафедре уголовного права Петроградского университета, куда он был приглашен. Студенты даже добились, чтобы ему был предоставлен конный экипаж, что было почти немыслимо в то время разрухи.

После революции, лишившей его должности, пенсии, неузнаваемо перевернувшей жизнь и быт, когда в довершение ко всем бедам резко ухудшилось здоровье, казалось, против личности знаменитого правоведа восстали все неблагоприятные обстоятельства... Рухнула система, но жив был дух права, высокая правовая культура.

Некоторые скажут: зря себя так истязал, тщетными были усилия, правовой беспредел все же наступил. Но иначе он не мог, такой уж была природа истинного правоведа. В одном из многочисленных писем А.Ф. Кони так оценивал свой жизненный путь: " Вся моя жизнь прошла на службе правовым и нравственным интересам русского народа, и никакие личные или корыстные соображения ни разу не заставили меня отступить от принятого направления". Анатолий Фёдорович Кони прожил 83 года. Он жил на грани эпох, в смену культур, социальных устоев... Уходил корнями в прошлое и неразрывно был с ними связан. Но и грядущие поколения немало почерпнут из того, что освещено его выдающимся словесным даром.

Немного юмора...

* * *

Семинар топ-менеджеров салонов по продаже дорогих автомобилей в Москве.

Ведущий:

- Как вы думаете, коллеги, почему в последнее время спрос на "Бентли", "Майбахи" и "Мерседесы" представительского класса вырос на 300 процентов?

Голос из зала:

- Да что тут думать? Всё ясно. Утверждена целевая правительственная программа развития регионов юга России.

* * *

Налоговая проверка в России - это когда в фирме работает только Ксерокс.

* * *

Муж пришёл с работы и требует его покормить. Жена отмахивается:

- Подожди, маме по телефону отвечу - спрашивает, какие у нас новости!

Муж, категорично:

- Если немедленно не покормишь - можешь смело отвечать, что криминальные!

* * *

В одном небольшом американском городке некий бизнесмен решил открыть кабак. Беда в том, что он находился на одной улице с церковью.

Естественно, церковное руководство это не устраивало, и на каждой проповеди оно призывало горожан выступать против, и молиться, чтобы бог покарал нерадивого бизнесмена.

За день до объявленного открытия кабака была сильная гроза, молния ударила в кабак и он сгорел дотла. Церковники обрадовались, но ненадолго - хозяин кабака подал на них в суд с требованием компенсации ущерба. Те, естественно, все отрицали. Выслушав обе стороны, судья заметил: "Я пока еще не знаю, какой вердикт вынести, но из материалов дела следует, что какой-то владелец кабака верит в силу молитвы, а все церковное руководство - почему-то нет..."

* * *

Прошли выборы в Госдуму. Встречаются два депутата, один прокурор, а второй бизнесмен. Бизнесмен говорит:

- Слушай, ну вот у меня есть собственный бизнес, коллеги-бизнесмены помогли деньгами, я на них и вел предвыборную кампанию. А ты на какие шиши?

Прокурор отвечает:

- Отпускные получил...

- Ни чего себе у вас в прокуратуре отпускные!

- Так это смотря кого отпустить...

* * *

Английский бизнесмен диктует секретарше письмо:

- Дорогой сэр! Поскольку моя секретарша - дама, я не могу продиктовать ей то, что о Вас думаю. Более того, поскольку я джентльмен, то я не имею права даже думать о Вас так. Но так как Вы не являетесь ни тем, ни другим, то я надеюсь, что Вы поймете меня правильно.

* * *

Бизнесмена спрашивают, как он стал миллионером.

- Благодаря жене.

- ?!!

- Мне было интересно, на каком этапе она перестанет жаловаться на недостаток денег.

* * *

Налоговый инспектор:

- Как вы смогли продать свой старый сарай за такую огромную сумму?

- Бизнес, гражданин инспектор.

- Но это же старая развалина с соломенной крышей!

- Но соломка-то маковая...

* * *

Владелец частной фирмы из выпускников ВУЗа выбирает сотрудника на ответственную должность.

Кто ваши родители?

1-й: - У меня отец крупный бизнесмен.

Сотрудники: О-о-о.

2-й: - У меня отец известный политик.

Сотрудники: О-о-о.

3-й: - У меня отец слесарь.

Сотрудники: Хи-хи-хи.

Владелец фирмы:

- Господа, представляю вам вашего начальника отдела. Он действительно учился сам, а не за деньги.

* * *

Реформа пенитенциарной системы. Законодатели активно обсуждают появление камер для осуждённых за тяжкие и нетяжкие преступления, камер для курящих и некурящих. В перспективе также ожидается появление камер для виновных и невиновных.