

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

Соучредители:

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

Издается с января 1991 г.
№ 9 (249) 2012 г.

Главный редактор
Л. АРСЕНЕ

Редакционная коллегия

Намик Гасан оглу Алиев, доктор хабилитат права, профессор (Баку), В. Бужор, доктор права, А. Буриан, доктор хабилитат права, М. Георгицэ, доктор хабилитат права, профессор, В. Гуцуляк, доктор права, профессор, Е. Ищенко, доктор юридических наук, профессор (Москва), И. Кайряк, доктор права, Н. Карпов, доктор юридических наук, профессор (Киев), Г. Костаки, доктор хабилитат права, профессор, А. Лончаков, доктор юридических наук, профессор (Хабаровск), В. Наумов, зам. главного редактора, Б. Сосна, доктор права, и.о. профессора, В. Флоря, доктор права

Адрес редакции:
2012. Кишинев, ул. Пушкина, 22
Дом печати,
телефон для справок: mob. 067431761;
© Перепечатка материалов только с разрешения
издателя
E-mail: legea_zakon@mail.ru

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|--|----|
| Г. КОСТАКИ, Р. СУЛТАНОВ. Соблюдение прав человека - главное условие построения правового государства | 4 |
| Б.СОСНА, Т.ПЛЕШКО, В. ПЕРЧУН. О некоторых проблемах защиты работников при применении ответственности за ущерб, причиненный несчастным случаем на производстве или профессиональным заболеванием..... | 7 |
| В. ФЛОРЯ. Уголовная ответственность за преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности | 12 |
| О. ОВЧИННИКОВА. Защита гражданских прав..... | 17 |
| KARPOV NIKIFOR SEMYONOVICH. System of justice development problems | 20 |
| С. МИРОШНИЧЕНКО. Преступные посягательства на правосудие в законодательствах Украины и Молдовы: отличия в частностях, общее в базисе..... | 23 |
| КАМАЛ МАКИЛИ-АЛИЕВ. Африканская система имплементации и применения международного права прав человека..... | 28 |
| ІГОРА. Поняття способів вчинення злочину та його значення в розкритті та розслідуванні | 35 |
| А. СОСНА, Д. БОСЫЙ. О некоторых проблемах, возникающих при применении законодательства, регулирующего прекращение индивидуальных трудовых договоров с педагогическими работниками..... | 39 |
| Р. АРДАШЕВ. Посткриминальный суицид убийц в России: недостатки предварительного следствия и прокурорского надзора | 42 |
| ЛЕЙЛА АЛИЕВА. Гражданские права, их содержание, система, правовая природа | 44 |
| А. ВАСИЛАКИ. Право на жизнь: понятие, содержание и правовое регулирование | 48 |
| В. КАЛИН. Сравнительно-правовой анализ кодифицированного регулирования договора банковского кредита, как гражданско-правового института | 52 |

Компьютерный набор. Формат 60x84 1/8. Печать офсетная
Усл. п.л. 7,5
Отпечатано SRL „Cetatea de Sus”
г. Кишинэу



СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА - ГЛАВНОЕ УСЛОВИЕ ПОСТРОЕНИЯ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

Г. КОСТАКИ,
доктор хабилитат права, профессор
Р. СУЛТАНОВ,

докторант Института истории, государства и права Академии наук Молдовы

SUMMARY

The article is dedicated of the principle of rule of law, according to which the work within the framework of the constitution and legal acts in compliance with it, devolves of rules of law by the of their duty, to observe the principles of equality and equity.

В статье исследуется соблюдение и обеспечение прав человека, как условие построения правового государства и как принцип системы воплощения в нем общепринятых принципов и демократических ценностей.

Право характеризуется общеобязательностью его правил, их определенностью, применением единого масштаба и мер к ситуациям и отношениям, имеющим одинаковые правовые признаки, поддержкой и охраной авторитета и силой государства. Для правового государства характерно признание связанности любых его органов, как и государства в целом, предписаниями права [1, с. 126].

В правовом государстве приоритет отдается праву, которое ограничивает государство, связывает его своими рамками.

Понятие правового государства выражает связанность государства правом, прежде всего, демократической конституцией и правовыми законами, изданными на основе этой конституции.

Особую роль в этой связанности государствам правом имеют общечеловеческие ценности по вопросам предоставления и гарантии прав и свобод личности [2, с. 24].

Ключевым вопросом здесь выступает проблема соотношения права и закона. Правовое государство – это обеспечение господства права, а не только и не просто верховенства закона.

В этом смысле «...речь должна идти о господстве, верховенстве именно правового закона, а не любого, пусть даже принятого с соблюдением всех законодательных процедур. Главный смысл такого различия – в признании специфики права как системы воплощения в нем общепринятых принципов и демократических ценностей, иначе говоря

- общепризнанных международно-правовых стандартов» [3, с. 44].

На практике значение такого подхода в правовом государстве состоит в выявлении социально-правовых ценностных ориентиров и требований для различия и противопоставления права и произвола, для обеспечения соответствия требованиям права всей нормотворческой и иной деятельности публичной власти.

Противоположный подход к правопониманию с позиций юридического позитивизма или нормативизма, когда отождествляются право и закон или различия между ними, отмечает А.Ф. Никитин [4, р. 44], размываются, открывают, в конечном счете, дорогу юридическому произволу, властно – принудительному правотворчеству.

Большевистская политическая целесообразность, постулаты таких «корифеев» права, как бывший прокурор СССР А. Вышинский с его «царицей доказательств» (признание вины самим обвиняемым - как главное доказательство в суде) серьезно подорвали генофонд всех народов бывшего СССР, в том числе и русского.

Правовое государство является исключительно многосторонним постулатом и характеризуется несколькими главными принципами :

- гарантия свободы отдельного человека (личности) относительно государства. Этот принцип находит свое логическое продолжения и конкретизацию в основных правах человека,

- правовое равенство, которое конкретизируется во взглядах о том, что законы должны иметь одинаковую для всех силу действия и что все граждане должны быть одинаково равны перед законом;

- правовая безопасность, соизмеримость государственного действия. К этому принципу относится охрана доверия (т.е. государство обязано возмещать убытки, причиненные им, чтобы сохранять доверие к себе), запрет придания обратной силы закону, требование четкости законов и запрета чрезмерности (т.е. государство имеет право вмешиваться в свободу личности только там, где это действительно необходимо, и только в таком объеме, в каком вмешательство не будет превышать соразмерности отношений к преследуемой цели (требование соразмерности, умеренности);

- разделение государственной власти в функциональном и институциональном (организационном) смысле, как важный организационный и политический принцип Конституции, на власть законодательную, исполнительную и судебную. Это практически должно осуществляться посредством государствен-

ных институтов, реализующих соответствующие полномочия.

Правовое государство является государством, в котором законы осуществляются по единообразному предусмотренному порядку, предначертанному в писаной Конституции, при котором все виды государственной власти, особенно исполнительная власть и правосудие, осуществляются только в соответствии с действующим законодательством.

Правовое государство не может игнорировать существенных, содержательных признаков государства и права, в частности, общечеловеческих ценностей прав и свобод, мировых общепризнанных стандартов.

Правовому государству присущи две характерные особенности как два института:

- во-первых, это свобода личности.
- во-вторых, связанность государственной власти правом.

Эти положения крайне необходимы при конституционном строительстве стран посттоталитарного режима.

Правовое государство характеризуется, прежде всего, защитой личности и политических свобод человека, а также умеренностью и связанностью правом всего исполнения публичной власти.

Современная практика построения правового государства в странах постсоциалистического лагеря показывает, что правовое государство является не только государством закономерного управления и всеохватывающего судебного контроля, но и правовой безопасности и связанности исполнения.

Правовое государство подразумевает общность, построенную на уважении личной свободы и на принципе умеренной, но прочно учрежденной государственной власти, имеющей целью ее защиту.

Это власть, чей порядок, исходящий от народа, связывает все государственные действия этими основаниями и стремлением к справедливому и равномерному преобразованию человеческих отношений.

Правовое государство это и признание определенных традиционных ценностей европейской правовой культуры и связанности определен-

ных институтов конституционным правом.

Соотношение между правовым государством и демократией нашло отражение в конституциях стран молодой демократии, которое признает себя ответственной (вся государственная власть исходит от народа) за принцип народного суверенитета, т.е. за принцип, определяющий, что последней, решающей инстанцией, от которой исходят все обязательные решения для политического общества, должна быть воля народа.

Основной закон соединяет это узаконение народного суверенитета с принципом представительства, т.е. народ обязательно участвует в выдвижении кандидатов и в голосовании. А в остальном, государственная власть, исходящая от народа, осуществляется особыми органами законодательства, исполнительной власти и правосудия.

Эти органы государства обязаны уважать связанность Конституции определенными ценностями:

- запрещается объединения, цели и деятельность которых противоречат уголовным законом или направлены против конституционного строя или против идеи согласия народов;

- констатируется, что существо содержания основного права ни в коем случае не может быть затрунуто;

- провозглашается лишение основных прав тех лиц, кто использует свободу выражения мнений, в особенности, свободу печати, свободу преподавания, свободу собраний, свободу образования союзов и обществ, тайну переписки, почтовую, телеграфную, телефонную и иную связь, собственность или право убежища для борьбы против основ свободного и демократического порядка;

- провозглашается, что партии, которые по своим целям и поведению своих сторонников стремятся причинить ущерб основам свободного демократического порядка, противоконституционны;

- обусловливается статус государственных служащих узами служения и верности государству и праву;

- не допускается изменения Основного закона, затрагивающие

основные принципы государственного строя.

– закрепляется полномочия Конституционного суда о толковании Основного закона.

Правовое государство охватывает институты разделения властей, связанности законом, предсказуемости и определенности государственных распоряжений, а равно институт всеохватывающей и эффективной судебной защиты.

К материальному принципу правового государства относится институт гарантии человеческого достоинства, институты свободы и равенства как решающие гарантии, которыми связана государственная власть, включая и такую ее ветвь как законодательная.

Организационный и процессуально-правовой порядок должен трансформировать государственную власть в просматриваемую насквозь, контролируруемую, критикуемую.

Это соединение из непосредственного и опосредствованного обеспечения свободы является “духовной связью” между материальной и формальной правовой государственностью. Так, например, принцип связанности законом (компонент правового государства) неизбежно ведет к созданию института свободы и равенства по отношению к органам исполнительной власти и правосудию.

А это является верным лишь при наличии гарантии института судебной защиты. Но это означает также, что правовое государство имеет свои корни большей частью в человеческом достоинстве. Без гарантии института обеспечения прав человека не может существовать *de facto* правовое государство.

Одно из многочисленных препятствий на пути создания правовой государственности в странах посттоталитарной демократии – это, безусловно, коррупция. Проблема декриминализации экономики, борьба с коррупцией – это проблема номер один.

Свободный рынок не станет источником экономического процветания до тех пор, пока конфликты, возникающие на почве частной собственности, будут разрешаться насильем и угрозами, минуя суды. Систе-



ма конкуренции также не обернулась выгодой для потребителей в силу известных причин. А пока зарплата в государственном секторе очень маленькая, а нелегальные заработки поражают воображения, не может быть речи о соблюдении в точности законов.

Взяточничество процветает в переходном периоде в посткоммунистическом пространстве. Ибо, кто сумел занять выгодные официальные посты, никоим образом не заинтересованы в прозрачности политической системы.

Система охраны прав предусматривается в конституции, которая запрещает должностным лицам применять закон в обход судебного разбирательства.

Лица, обвиняемые в совершении преступления, должны предстать перед судом в течение какого-то приемлемого времени и после того, как они были арестованы. В ожидании суда такие лица обычно отпускаются на поруки. Им должна быть предоставлена точная информация о том, в чем их обвиняют.

Такой системе охрана прав личности в уголовном процессе есть аналоги и в остальных видах гражданского процесса. Наиболее ярким проявлением такого подхода может служить право гражданина потребовать судебного разбирательства, если он считает, что государство проявило к нему несправедливость или превысило свои полномочия по отношению к нему.

В некоторых странах создали институт «омбудсменов», которые выступают в роли посредника между гражданином и государством; в большинстве же случаев эту роль добросовестно исполняют судьи. Одни из них занимаются вопросами интерпретации и применения административных процедур в каждом конкретном случае, другие осуществляют надзор за соответствующим применением процедур и правильной интерпретацией закона.

Представление о том, что значительных социальных изменений можно добиться с помощью решения суда, иллюзорно. Это предмет заботы политических институтов государства.

Однако по смыслу конституции

министерства и государственные комитеты несут ответственность за состояние и развитие порученных им сфер управления, а, следовательно, должны нести и ответственность, в том числе, и материальную, если их деятельностью нарушаются права граждан или им причиняется ущерб.

Подобного рода судебные процедуры должны быть урегулированы нетрадиционными отраслями процессуального законодательства. Инициаторами «возбуждения» соответствующих производств могли бы быть органы прокуратуры, профсоюзные организации и ассоциации (объединения) граждан.

Представляется, что в Конституции должны быть закреплены основания возложения ответственности (и, прежде всего, не моральной, а материальной) на государство и сформулированы принципы реализации этой ответственности.

Отсюда возникает необходимость в разработке понятия - «правонарушения, совершенного государством в лице его высших законодательных и исполнительных органов», которое влечет возникновение соответствующих правоотношений между государством и гражданами. Наличие такого правонарушения свидетельствует о том, что в результате надлежащего исполнения гражданами конкретных юридических обязанностей, противоправно возложенных на них государством от имени общества, последним причинен ущерб.

Правовые институты должны быть повернуты к правам человека, чтобы сбалансировать несправедливый перекос в системе отношений «государство-человек», который всегда был в пользу первого.

Прокуратура в затаившемся переходном периоде находится в совершенно новых, неординарных условиях, таких как экономическая реформа и соблюдение экологических правил, реализация программ социальной справедливости, национальных отношений, забота о детях, борьба с преступностью.

Административная деятельность государственных органов длительное время оставалась вне поля зрения прокурорского надзора. Некоторые из них (прежде всего, банковские учреждения) уклонялись

от выполнения возложенных на них обязанностей. Назрела необходимость официально зафиксировать (в законе о прокуратуре) требования о приоритетном осуществлении прокурорского надзора за применением законов контролирующими органами. Задача прокурорского надзора заключается в том, чтобы обеспечить реальное выполнение этими органами своих обязанностей по борьбе с правонарушениями.

Актуальной в этом плане является разработка системы мер обеспечения требований прокурора. Необходимо правовое закрепление механизма принудительного исполнения требований прокурора, установление реальной ответственности за их невыполнение.

Как известно, социальная сфера – наиболее запущена. Именно здесь наблюдаются вопиющие примеры несправедливости и унижения человека. Одна из главнейших функций прокуратуры состоит в том, чтобы не на словах, а на деле обеспечить защиту трудовых, жилищных, пенсионных прав граждан, усилить надзор за законностью действий должностных лиц учреждений здравоохранения, организации торговли и др.

Прокуратура должна решительно перестроить свою деятельность для обеспечения права населения на нормальные природные условия существования и оздоровления экологической обстановке.

Литература:

1. Costachi Gheorge. Doctrina democratică a statalității moldovenești și respectarea drepturilor omului. În: Suveranitatea și structura de stat în condițiile țării plurietnice. Chișinău, 2007 c. 126.

2. Costachi Gheorge. Locul și valoarea drepturilor omului în concepția statului de drept și practica edificării acestuia în Republica Moldova. În: „Respectarea drepturilor omului – condiție principală în edificarea statului de drept în Republica Moldova”. Materiale ale confewrinței științifico-practice internaționale din 17 septembrie 2010, mun. Bălți. Chișinău: „Tipografia Centrală”, 2010, c. 24

3. Тезисы выступлений советских и американских докладчиков на Московский конференции по праву и экономическому сотрудничеству 19-21 сентября 1990 г. Москва, 1990. С. 44.

4. А.Ф. Никитин. Что такое правовая культура. Москва, 1988. С. 44.

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ЗАЩИТЫ РАБОТНИКОВ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА УЩЕРБ, ПРИЧИНЕННЫЙ НЕСЧАСТНЫМ СЛУЧАЕМ НА ПРОИЗВОДСТВЕ ИЛИ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫМ ЗАБОЛЕВАНИЕМ

Б.СОСНА,
доктор права, старший научный сотрудник Института истории, государства и права АНМ
Т.ПЛЕШКО,
докторант Института истории, государства и права АНМ
В. ПЕРЧУН,
магистр права

SUMMARY

The authors examine topical issues of change and additions to the legislation in force. Based on theoretic research and practical conclusions they bring up conflicts in legal norms and introduce important proposals on further improvement of legislation.

* * *

В представленном материале авторы рассматривают актуальные вопросы изменения, дополнения действующего законодательства.

На основе теоретических исследований и с учетом практических выводов приводятся коллизии в правовых нормах, вносятся важные предложения по дальнейшему совершенствованию правового государства.

Несчастный случай – это «внезапное и вредное воздействие внешней силы на организм человека при отсутствии умысла со стороны пострадавшего. Учитывается в законодательстве о пособиях и пенсиях по социальному страхованию. Если увечье связано с выполнением работником трудовых обязанностей и произошло по вине предприятия, последнее несет материальную ответственность» [1].

Пункт 3 Положения о порядке расследования несчастных случаев на производстве [2], утвержденного постановлением Правительства РМ № 1364 от 22 декабря 2005 года, определяет несчастный случай на производстве как событие, при котором произошло насильственное повреждение организма работника (ранение, психологический стресс, поражение электрическим током, ожог, обморожение, удушье, острое отравление, телесные повреждения, нанесенные насекомыми, животными, а также вследствие стихийных бедствий и др.), наступившее вследствие воздействия какого-либо фактора риска (свойство, состояние, процесс, явление, поведение), присущего какому-либо элементу системы труда (исполнитель, трудовое задание, средства производства, производственная среда), вызвавшее временную или постоянную утрату трудоспособности либо смерть ра-

ботника и имевшее место:

а) во время выполнения трудового задания или служебных обязанностей;

б) до начала работы или после окончания работы, когда работник передвигается от входа на территории предприятия, учреждения, организации (в дальнейшем - предприятие) к рабочему месту и обратно, меняет личную одежду, средства индивидуальной защиты, рабочую одежду и обувь и, наоборот, принимает или сдает рабочее место и средства производства;

с) во время установленных перерывов, когда работник находится на территории предприятия или на своем рабочем месте, а также во время посещения санитарно-гигиенических или вспомогательных помещений;

д) во время следования из дома на работу и обратно, на транспорте, предоставленном предприятием в

установленном порядке, а также во время посадки или высадки из этого транспортного средства;

е) во время следования от предприятия, в штатах которого числится работник, на рабочие места, организованные вне территории предприятия, или к другому предприятию и обратно для выполнения трудового задания или служебных обязанностей, в необходимое для этого время и по установленному маршруту передвижения, независимо от способа передвижения или используемого транспортного средства;

ф) во время участия в культурных, спортивных или других мероприятиях, организованных предприятием на основании приказа или распоряжения, изданного руководителем;

г) во время действия, предприятия по собственной инициативе для предупреждения или устранения опасности или для спасения другого работника от опасности при обстоятельствах, указанных в подпунктах а), б), с), д) и ф) настоящего пункта;

h) во время осуществления производственного обучения или профессиональной практики на основании договора, заключенного между работодателем и учебным учреждением, между работодателем, учениками и студентами.

Профессиональное заболевание



– это «заболевание, связанное с систематическим и длительным воздействием вредного фактора, свойственного данной профессии, либо особых условий труда, характерных для того или иного производства или профессии» [3].

Согласно пункту 28 постановления Пленума Высшей судебной палаты РМ № 6 от 04.07.2005 года «О практике применения судебными инстанциями материального законодательства о взыскании ущерба, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья либо связанным со смертью лица» профессиональное заболевание вменяется в вину работодателю только в том случае, если он не докажет, что вред был причинен не по его вине. Выдача заключения о выявлении у работника профессионального заболевания входит в исключительную компетенцию Республиканского совета по профессиональным заболеваниям Республиканской клинической больницы, а группа инвалидности, назначаемая вследствие профессионального заболевания и в соответствии с процентом утраты профессиональной трудоспособности, устанавливается органами, проводящими медицинскую экспертизу на предмет жизнедееспособности [4].

Ответственность за несчастный случай на производстве, повлекший увечье или смерть работника, а также за профессиональное заболевание, установлена п. к) ст. 5; части (2) ст. 10, ст. ст. 196, 327, 328 Трудового кодекса (ТК) РМ № 154-XV от 28.03.2003 года [5], ст. ст. 1398-1424 Гражданского кодекса (ГК) РМ № 1107-XV от 06.06.2002 года, законом РМ «О страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» № 756-XIV от 24 декабря 1999 года [6], законом РМ «Об охране здоровья и безопасности труда» № 186-XVII от 10.07.2008 года [7] и другими законодательными актами.

При применении ответственности необходимо учитывать разъяснения, содержащиеся в постановлениях Пленума Высшей судебной палаты Республики Молдова и судебную практику Европейского суда по правам человека (см. п. 7 постановления Пленума Высшей судебной палаты

РМ № 2 от 07.07.2008 года «О применении гражданского процессуального законодательства при постановлении судебного решения и определении») [8].

Важное значение для правильного применения правовых норм, регулирующих ответственность работодателя за ущерб, причиненный увечьем или иным повреждением здоровья работника либо смертью работника, имеют постановления Пленума Высшей судебной палаты РМ № 6 от 04.07.2005 года «О практике применения судебными инстанциями материального законодательства о взыскании ущерба, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья либо связанным со смертью лица» [9] и постановление Пленума Высшей судебной палаты РМ № 11 от 3 октября 2005 года «О практике применения судебными инстанциями законодательства, регламентирующего обязанность сторон индивидуального трудового договора возместить ущерб, причиненный ею другой стороне» [10].

В пункте 1 постановления Пленума Высшей судебной палаты РМ № 6 от 04.07.2005 года «О практике применения судебными инстанциями материального законодательства о взыскании ущерба, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья либо связанным со смертью лица» (с изменениями, внесенными постановлением № 10 от 22.12.2008 года) указано, что отношения по возмещению вреда, причиненного повреждением здоровья, в частности, регламентированы следующими нормативными актами:

- Конституцией Республики Молдова - ст. 47 ч. 2

- Гражданским кодексом, принятым законом № 1107-XV от 06.06.2002 года – ст. ст. 1398-1424,

- Трудовым кодексом, принятым законом № 154-XV от 28.03.2003 года – ст. ст. 196, 222-224, 248, 255, 327-328,

- законом ««Об охране здоровья и безопасности труда» № 186-XVI от 10.07.2008 года,

- законом «О порядке перерасчета сумм возмещения ущерба, причиненного работникам увечьем либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими тру-

довых обязанностей» № 278-XIV от 11.02.1999 года

- Положением о выплате предприятиями, организациями и учреждениями единовременного пособия в связи с утратой трудоспособности или смертью работника вследствие несчастного случая на производстве или профессионального заболевания, утвержденным Положением Правительства Республики Молдова № 513 от 11.08.1993 года с последующими изменениями и дополнениями,

- Соглашением о взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, ратифицированным Постановлением Парламента Республики Молдова 16 марта 1995 года № 403 от 16.03.1995,

- законом «Об обязательном медицинском страховании» № 1585-XIII от 27.02.1998 года,

- законом «Об охране здоровья» № 411-XIII от 28.03.1995 года, ст. 19

- законом «О страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» № 756-XIV от 24.12.1999 года

- Постановлением Правительства Республики Молдова об утверждении Положения о порядке расследования несчастных случаев на производстве № 1361 от 22.12.2005 года,

- Постановлением Правительства Республики Молдова об утверждении Порядка исчисления средней заработной платы № 426 от 26.04.2004 года,

- Постановлением Правительства Республики Молдова об утверждении Типового договора о предоставлении медицинской помощи (медицинских услуг) по обязательному медицинскому страхованию № 1636 от 18.12.2002 года [11].

Согласно п. р) части (2) ст. 10 ТК РМ работодатель обязан возмещать причиненный работникам в связи с исполнением ими трудовых обязанностей материальный и моральный ущерб в порядке, установленном настоящим кодексом и иными нормативными актами.

Согласно части (1) ст. 196 ТК РМ в случае повреждения здоровья или смерти работника вследствие несчастного случая на производстве



или профессионального заболевания работнику возмещается упущенный заработок (доход), а также связанные с повреждением здоровья дополнительные расходы на медицинскую, социальную и профессиональную реабилитацию, или семье умершего возмещаются соответствующие расходы в связи со смертью работника.

Согласно части (2) ст. 196 ТК РМ размер и условия предоставления гарантий и компенсаций, предусмотренных частью (1) ст. 196 ТК РМ, устанавливаются действующим законодательством.

Статья 196 ТК РМ в общей форме устанавливает обязанность работодателя возместить работнику упущенный заработок и расходы, понесенные вследствие несчастного случая на производстве или профессионального заболевания.

Эта обязанность конкретизирована ст. ст. 1418, 1419, 1420 ГК РМ.

Конкретные размеры ответственности за вред, причиненный увечьем или иным повреждением здоровья, установлены ст. 1418 ГК РМ.

В случае увечья или иного повреждения здоровья причинитель вреда обязан возместить потерпевшему заработок (доходы), упущенный им в результате утраты или снижения трудоспособности, а также расходы, вызванные повреждением здоровья (на лечение, дополнительное питание, протезирование, посторонний уход, приобретение специальных транспортных средств, подготовку к другой профессии и др.).

Определение заработка (доходов), упущенного потерпевшим вследствие увечья или иного повреждения здоровья, осуществляется в соответствии с законом.

При определении заработка (доходов), упущенного потерпевшим, не учитываются пенсия по инвалидности, назначенная потерпевшему в связи с увечьем или иным повреждением здоровья, а также другие пособия и выплаты, произведенные по линии государственного социального страхования. Законом или договором может быть увеличен размер возмещения, причитающегося потерпевшему в соответствии с настоящей статьей (часть (1) – (4) ст. 1418 ГК РМ).

Кроме того, работник имеет

право на единовременное пособие, предусмотренное частью (1) ст. 18 закона РМ «Об охране здоровья и безопасности труда» № 186-XVI от 10.07.2008 года.

Согласно части (1) ст. 18 этого закона работнику, которому установлена степень ограничения трудоспособности в результате несчастного случая на производстве или профессионального заболевания, выплачивается за счет предприятия, виновного в несчастном случае на производстве или профессиональном заболевании, помимо установленного законом возмещения ущерба, единовременное пособие из расчета среднемесячной заработной платы по стране за каждый процент утраты трудоспособности, но не менее среднегодовой заработной платы пострадавшего [12].

Согласно части (1) ст. 1419 ГК РМ в случае смерти потерпевшего вследствие тяжкого увечья или иного повреждения здоровья право на возмещение вреда имеют:

а) нетрудоспособные лица, состоявшие на иждивении умершего или имевшие ко дню его смерти право на получение от него содержания; б) ребенок умершего, родившийся после его смерти; с) один из родителей, супруг или другой член семьи умершего, независимо от трудоспособности, который не работает и занят уходом за находившимися на иждивении умершего его детьми, братьями и сестрами, не достигшими четырнадцати лет либо хотя и достигшими указанного возраста, но по заключению уполномоченного медицинского органа нуждающимися по состоянию здоровья в постороннем уходе;

д) лица, состоявшие на иждивении умершего и ставшие нетрудоспособными в течение пяти лет после его смерти.

Согласно части (2) ст. 1419 ГК РМ право на возмещение вреда признается: а) за несовершеннолетними – до достижения восемнадцати лет; б) за учащимися и студентами в возрасте восемнадцати лет и старше – до окончания учебы (за исключением учебы на заочном отделении) в учебных заведениях, но не более чем до двадцати трех лет;

с) за женщинами старше пятидесяти пяти лет и мужчинами старше шестидесяти лет – пожизненно;

д) за инвалидами – на срок инвалидности;

е) за одним из родителей, супругом, другим членом семьи умершего, занятым уходом за находившимися на иждивении умершего его детьми, братьями и сестрами, – до достижения ими четырнадцати лет либо улучшения состояния здоровья, подтвержденного заключением уполномоченного медицинского органа.

Определение размера возмещений, предоставляемых в связи с потерей кормильца, осуществляется в соответствии с законом.

Лица, обязанные возместить вред, связанный со смертью потерпевшего, должны возместить необходимые расходы на погребение, с учетом социального статуса умершего и местных обычаев, лицу, понесшему эти расходы (часть (4) ст. 1419 ГК РМ).

Порядок возмещения вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья либо связанным со смертью лица, установлен ст. 1420 ГК РМ.

Возмещение вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья либо связанного со смертью лица, осуществляется в виде ежемесячных платежей.

Возмещение расходов, которые будут понесены в связи с увечьем или иным повреждением здоровья, может быть установлено предварительно на основании заключения уполномоченного медицинского органа, в том числе при необходимости предварительной оплаты требуемых услуг и вещей (приобретение путевки в санаторий, оплата проезда, приобретение специальных транспортных средств и т.п.).

При наличии обоснованных причин судебная инстанция по требованию лица, имеющего право на возмещение вреда, причиненного увечьем или иным повреждением здоровья либо связанного со смертью лица, с учетом возможностей ответственного за вред лица, может установить выплату возмещения в виде единовременного платежа, исчисленного за период не более трех лет.

В случае ликвидации юридического лица, ответственного за вред, при-



чиненный увечьем или иным повреждением здоровья либо связанный со смертью лица, соответствующие суммы капитализируются согласно закону (части (1)- (4) ст. 1420 ГК РМ).

Кроме возмещения вреда, причиненного смертью работника, предприятие выплачивает единовременное пособие, предусмотренное частью (2) ст. 18 закона РМ «Об охране здоровья и безопасности труда».

Согласно части (2) ст. 18 этого закона, в случае смерти работника, наступившей в результате несчастного случая на производстве или профессионального заболевания, предприятие, виновное в несчастном случае или профессиональном заболевании, возмещает материальный ущерб лицам, имеющим на это право, в порядке и размерах, установленных законом, а также выплачивает за счет собственных средств единовременное пособие из расчета среднегодовой заработной платы умершего, помноженной на число полных лет, не дожитых им до возраста шестидесяти двух лет, но не менее десяти среднегодовых заработных плат.

Согласно части (4) ст. 18 этого закона в случае, если ограничение трудоспособности или смерть работника в результате несчастного случая на производстве наступили по вине не только предприятия, но и пострадавшего, применяется в соответствии с законом смешанная ответственность, и размер единовременного пособия уменьшается в зависимости от степени вины пострадавшего.

По нашему мнению, часть (4) ст. 18 закона РМ «Об охране здоровья и безопасности труда» следует дополнить абзацем 2, согласно которому степень вины работника не должна превышать 25%. Подобная норма действует в Российской Федерации.

Единовременное пособие выплачивается в порядке, установленном Правительством (часть (5) ст. 18 закона РМ «Об охране здоровья и безопасности труда»).

Порядок выплаты единовременного пособия установлен Положением о выплате предприятиями, организациями, учреждениями единовременного пособия в связи с утратой трудоспособности или смертью работника вследствие несчастного случая на производстве или профес-

сионального заболевания, утвержденным Постановлением Правительства Республики Молдова № 513 от 11.08.1993 года (с последующими изменениями и дополнениями).

Согласно этому Положению заявление о выплате единовременного пособия подается в предприятие, виновное в несчастном случае на производстве или профессиональном заболевании. Организация обязана рассмотреть заявление о выплате единовременного пособия и принять соответствующее решение в срок, не превышающий одного месяца со дня поступления заявления со всеми необходимыми документами.

Помимо возмещения утраченного заработка, других расходов и выплаты единовременного пособия, работодатель обязан возместить моральный ущерб. Эта обязанность работодателя установлена п. к) ст. 5, п. р) части (2) ст. 10, ст. 329 ТК РМ и ст. ст. 1422 и 1423 ГК РМ.

К сожалению, трудовое законодательство не устанавливает минимальный размер морального ущерба, причиненного повреждением здоровья или смертью работника. По нашему мнению, следует установить, что минимальный размер морального ущерба, причиненного повреждением здоровья, должен составлять не менее 3 средних годовых заработных плат при утрате трудоспособности до 25%, не менее 5 средних годовых заработных плат при утрате трудоспособности свыше 25%, а в случае смерти – не менее 150000 леев.

Кроме вышеуказанных выплат, обязанность которых возложена на работодателя, работникам, пострадавшим от несчастных случаев на производстве или профессиональных заболеваний, Национальная касса социального страхования предоставляет страховые услуги и пособия в соответствии с законом РМ № 756-XIX от 24.12.1999 года «О страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний». Согласно части (1) ст. 9 этого закона застрахованные лица имеют право на следующие страховые услуги и пособия:

- a) услуги по медицинской реабилитации;
- b) услуги по восстановлению трудоспособности;

- c) услуги по профессиональной реабилитации;

- d) пособие по временной нетрудоспособности;

- e) пособие в связи с временным переводом на другую работу;

- f) пособие по инвалидности;

- g) пособие по случаю смерти [13].

Пособие в связи с временным переводом на другую работу назначается в соответствии со ст. 15 закона РМ «О страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» от 24.12.1999 года.

Право на пособие в связи с временным переводом на другую работу имеют застрахованные лица в случае, если они, будучи переведены на другую работу из-за несчастного случая на производстве или профессионального заболевания, имеют застрахованную заработную плату меньшую, чем их средняя застрахованная заработная плата за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай или установлено профессиональное заболевание.

Размер пособия в связи с временным переводом на другую работу составляет разницу между средней застрахованной заработной платой застрахованного лица за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай или установлено профессиональное заболевание, и месячной застрахованной заработной платой застрахованного лица на новой работе.

Пособие в связи с временным переводом на другую работу назначается застрахованному лицу на основании подтверждающих такой перевод документов на срок не более 90 дней.

Пособие по и нвалидности назначается в соответствии со ст. 16 закона РМ № 756-XIX от 24.12.1999 года.

Застрахованные лица, потерявшие трудоспособность полностью или как минимум на 25 процентов вследствие несчастного случая на производстве или профессионального заболевания, имеют право на пособие по инвалидности, выплачиваемое ежемесячно в течение всего периода, в котором они имеют право на пенсию по инвалидности из си-

стемы государственного социального страхования.

Размер пособия по инвалидности определяется в зависимости от группы инвалидности застрахованного лица, установленной в соответствии с законодательством.

Размер пособия по инвалидности застрахованному лицу, имеющему I или II группу инвалидности, определяется как разница между 2/3 среднемесячной застрахованной заработной платы застрахованного лица за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай на производстве или было установлено профессиональное заболевание, и размером пенсии по инвалидности, выплачиваемой ему через государственную систему социального страхования.

Пособие по случаю смерти выплачивается лицам, указанным в ст. 18 закона РМ № 756-XIX от 24.12.1999 года.

В случае смерти застрахованного лица вследствие несчастного случая на производстве или профессионального заболевания на пособие по случаю смерти имеют право:

а) дети застрахованного лица, которые на день его смерти:

- не достигли 18 лет или достигли этого возраста, но не старше 23 лет, и обучаются на дневных отделениях средних, средних специальных и высших учебных заведений;

- являются инвалидами одной из групп инвалидности, независимо от возраста;

б) супруг застрахованного лица, который на день его смерти:

- является инвалидом одной из групп инвалидности;

- достиг пенсионного возраста;

с) супруг, или один из родителей умершего застрахованного лица, или другое лицо, которые на день его смерти не работают и осуществляют уход за его детьми в возрасте до 3 лет.

Пособие по случаю смерти выдается одновременно в фиксированной сумме соответственно числу и категории лиц, находившихся на иждивении застрахованного лица, в следующем порядке:

а) детям, не достигшим 18 лет или достигшим этого возраста, но

не старше 23 лет, и обучающимся на дневных отделениях средних, средних специальных и высших учебных заведений, детям-инвалидам независимо от возраста:

- в сумме, эквивалентной 5 заработной платам, рассчитанным как средняя месячная застрахованная заработная плата умершего застрахованного лица за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай на производстве или установлено профессиональное заболевание, но не менее 5 средних месячных заработных плат по экономике за год, предшествовавший году, в котором произошел страховой случай, - на одного ребенка;

- в сумме, эквивалентной 8 заработной платам, рассчитанным как средняя месячная застрахованная заработная плата умершего застрахованного лица за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай на производстве или установлено профессиональное заболевание, но не менее 8 средних месячных заработных плат по экономике за год, предшествовавший году, в котором произошел страховой случай, - на двух детей;

- в сумме, эквивалентной 12 заработной платам, рассчитанным как средняя месячная застрахованная заработная плата умершего застрахованного лица за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай на производстве или установлено профессиональное заболевание, но не менее 12 средних месячных заработных плат по экономике за год, предшествовавший году, в котором произошел страховой случай, - на трех и более детей;

б) супругу застрахованного лица, который на день его смерти является инвалидом одной из групп инвалидности или достиг пенсионного возраста, - в сумме, эквивалентной 3 заработной платам, рассчитанным как средняя месячная застрахованная заработная плата умершего застрахованного лица за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай на производстве или установлено профессиональное заболевание,

но не менее 3 средних месячных заработных плат по экономике за год, предшествовавший году, в котором произошел страховой случай;

с) супругу, или одному из родителей умершего застрахованного лица, или другому лицу, которые на день его смерти не работают и осуществляют уход за его детьми в возрасте до 3 лет, - в сумме, эквивалентной 3 заработной платам, рассчитанным как средняя месячная застрахованная заработная плата умершего застрахованного лица за последние 6 месяцев, предшествовавших месяцу, в котором произошел несчастный случай на производстве или установлено профессиональное заболевание, но не менее 3 средних месячных заработных плат по экономике за год, предшествовавший году, в котором произошел страховой случай.

По-нашему мнению, пункт с) части (1) ст. 18 закона РМ № 756-XIX от 24.12.1999 года надо изменить, предоставив право на пособие супругу или одному из родителей умершего, который осуществляет уход за детьми умершего в возрасте до 6 лет.

Литература:

1. «Большой юридический словарь» под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских, Москва, 2004, стр. 370; см. также: Сосна Б.И.; Ивлиев Г.П.; Аворник Г.К. Трудовое право России: Справочное пособие. Москва, 2005, стр. 137-153.
2. Официальный Монитор № 9-12 от 20 января 2006 г.
3. «Большой юридический словарь» под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских, Москва, 2004, стр. 501
4. Бюллетень высшей судебной палаты Республики Молдова, 2005 г., № 12
5. Официальный Монитор № 159-162 от 29.07.2003г.
6. Официальный Монитор № 31-33 от 23.03.2000 г.
7. Официальный Монитор № 143-144 от 05.08.2008 г.
8. Бюллетень высшей судебной палаты Республики Молдова, 2010 г., № 1.
9. Бюллетень высшей судебной палаты Республики Молдова, 2005 г., № 12.
10. Бюллетень высшей судебной палаты Республики Молдова, 2006 г., № 2.
11. Бюллетень высшей судебной палаты Республики Молдова, 2005 г., № 12
12. Официальный монитор РМ № 143-144 от 05.08.2008 года
13. Официальный монитор РМ № 31-33 от 23.03.2000 г.



УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ПОЛОВОЙ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ И ПОЛОВОЙ СВОБОДЫ ЛИЧНОСТИ

В. ФЛОРЯ,

профессор кафедры уголовного права Академии «Штефан чел Маре» МВД РМ

| <i>УК РМ</i> | <i>УК РФ</i> |
|---|--|
| <p><u>Статья 171. Изнасилование</u> (1) Изнасилование, то есть половое сношение с применением физического или психического принуждения лица либо с использованием невозможности защитить себя или выразить свою волю, наказывается лишением свободы на срок от 3 до 5 лет.</p> <p>(2) Изнасилование: а) совершенное лицом, ранее совершившим изнасилование, предусмотренное частью (1); б) совершенное в отношении заведомо несовершеннолетней (несовершеннолетнего); б¹) совершенное в отношении заведомо беременной женщины; б²) совершенное в отношении одного из членов семьи; с) совершенное двумя или более лицами; е) сопряженное с умышленным заражением венерическим заболеванием; ф) сопряженное с истязаниями потерпевшей (потерпевшего), наказывается лишением свободы на срок от 5 до 12 лет.</p> <p>(3) Изнасилование: а) лица, находившегося под опекой, покровительством, защитой, на воспитании или лечении у виновного; б) несовершеннолетней (несовершеннолетнего) в возрасте до 14 лет; с) сопряженное с умышленным заражением СПИДом; д) повлекшее по неосторожности причинение тяжкого телесного повреждения или иного тяжкого вреда здоровью; е) повлекшее по неосторожности смерть потерпевшей (потерпевшего); ф) повлекшее иные тяжкие последствия, наказывается лишением свободы на срок от 10 до 20 лет или пожизненным заключением.</p> | <p><u>Статья 131. Изнасилование</u> 1. Изнасилование, то есть половое сношение с применением насилия или с угрозой его применения к потерпевшей или к другим лицам либо с использованием беспомощного состояния потерпевшей, - Наказывается лишением свободы на срок от трех до шести лет.</p> <p>2. Изнасилование: а) совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой; б) соединенное с угрозой убийством или причинением тяжкого вреда здоровью, а также совершенное с особой жестокостью по отношению к потерпевшей или к другим лицам; в) повлекшее заражение потерпевшей венерическим заболеванием, - наказывается лишением свободы на срок от четырех до десяти лет с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.</p> <p>3. Изнасилование: а) несовершеннолетней; б) повлекшее по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью потерпевшей, заражение её ВИЧ-инфекцией или иные тяжкие последствия, - наказывается лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет.</p> <p>4. Изнасилование: а) повлекшее по неосторожности смерть потерпевшей; б) потерпевшей, не достигшей четырнадцатилетнего возраста, - наказывается лишением свободы на срок от двенадцати до двадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет.</p> |



Статья 172. Насильственные действия сексуального характера

(1) Гомосексуализм или удовлетворение половой страсти в извращенных формах с применением физического или психического принуждения лица либо с использованием невозможности защитить себя или выразить свою волю

Наказываются лишением свободы на срок от 3 до 5 лет.

(2) Те же действия:

а) совершенные лицом, ранее совершившим деяние, предусмотренное частью (1);

б) совершенные в отношении заведомо несовершеннолетнего (несовершеннолетней);

б¹) совершенные в отношении заведомо беременной женщины;

б²) совершенные в отношении одного из членов семьи;

с) совершенные двумя или более лицами;

д) сопряженные с умышленным заражением венерическим заболеванием;

г) сопряженные с умышленным заражением венерическим заболеванием, наказываются лишением свободы на срок от 5 до 12 лет.

(3) Действия, предусмотренные частями (1) или (2):

а) совершенные в отношении лица, заведомо не достигшего 14 лет;

а¹) совершенные в отношении лица, находившегося под опекой, покровительством, защитой, на воспитании или лечении у виновного;

б) сопряженные с умышленным заражением СПИДом;

с) повлекшее по неосторожности причинение тяжкого телесного повреждения или иного тяжкого вреда здоровью;

д) повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего (потерпевшей);

е) повлекшие иные тяжкие последствия наказываются лишением свободы на срок от 10 до 20 лет или пожизненным заключением.

Статья 132. Насильственные действия сексуального характера

1. Мужеложство, лесбиянство или иные действия сексуального характера с применением насилия или с угрозой его применения к потерпевшему (потерпевшей) или к другим лицам либо с использованием беспомощного состояния потерпевшего (потерпевшей) -

Наказываются лишением свободы на срок от трех до шести лет.

2. Те же деяния:

а) совершенные группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой;

б) соединенные с угрозой убийством или причинением тяжкого вреда здоровью, а также совершенные с особой жестокостью по отношению к потерпевшему (потерпевшей) или к другим лицам;

в) повлекшее заражение потерпевшего (потерпевшей) венерическим заболеванием, - наказываются лишением свободы на срок от четырех до десяти лет с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.

3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, если они:

а) совершены в отношении несовершеннолетнего (несовершеннолетней);

б) повлекли по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью потерпевшего (потерпевшей), заражение его (её) ВИЧ-инфекцией или иные тяжкие последствия, -

наказываются лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет.

4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, если они:

а) повлекли по неосторожности смерть потерпевшего (потерпевшей);

б) совершены в отношении лица, не достигшего четырнадцатилетнего возраста, -

наказываются лишением свободы на срок от двенадцати до двадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет.



| | |
|---|--|
| <p><u>Статья 173. Сексуальное домогательство</u> Сексуальное домогательство, то есть физическое, вербальное или невербальное поведение, ущемляющее достоинство личности либо создающее неприятную, враждебную, подавляющую, унижительную или оскорбительную обстановку с целью вынуждения лица к половому сношению или иным нежелательным действиям сексуального характера, совершенное путем угроз, принуждения, шантажа,</p> <p>наказывается штрафом в размере от 300 до 500 условных единиц, или неоплачиваемым трудом в пользу общества на срок от 140 до 240 часов, или лишением свободы на срок до 3 лет.</p> | <p><u>Статья 133. Понуждение к действиям сексуального характера</u> Понуждение лица к половому сношению, мужеложству, лесбиянству или совершению иных действий сексуального характера путем шантажа, угрозы уничтожением, повреждением или изъятием имущества либо с использованием материальной или иной зависимости потерпевшего (потерпевшей) –</p> <p>наказывается штрафом в размере до ста двадцати тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного года, либо обязательными работами на срок до двух лет, либо лишением свободы на срок до одного года.</p> |
| <p><u>Статья 174. Половое сношение с лицом, не достигшим 16 лет</u> (1) Половое сношение, иное чем изнасилование, а равно иное вагинальное или анальное проникновение, осуществленное с лицом, заведомо не достигшим 16 лет,</p> <p>наказываются лишением свободы на срок до 5 лет.</p> <p>(2) Лицо, совершившее деяние, предусмотренное частью (1), не подлежит уголовной ответственности, если оно близко по возрасту и физическому и психическому развитию с потерпевшим (потерпевшей).</p> | <p><u>Статья 134. Половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста</u> 1. Половое сношение, мужеложство или лесбиянство, совершенные лицом, достигшим восемнадцатилетнего возраста, с лицом, заведомо не достигшим шестнадцатилетнего возраста, - наказываются лишением свободы на срок до четырех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет или без такового.</p> <p>2. Те же деяния, совершенные с лицом, заведомо не достигшим четырнадцатилетнего возраста, - наказываются лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до десяти лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.</p> <p>3. Деяния, предусмотренные частью первой настоящей статьи, совершенные с лицом, заведомо не достигшим двенадцатилетнего возраста, - наказываются лишением свободы на срок от семи до пятнадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.</p> |



| | |
|--|---|
| | <p>4. Деяния, предусмотренные частями второй или третьей настоящей статьи, совершенные группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, - наказываются лишением свободы на срок от двенадцати до двадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.</p> <p><u>Примечание.</u> Лицо, впервые совершившее преступление, предусмотренное частью первой настоящей статьи, освобождается судом от наказания, если будет установлено, что это лицо и совершенное им преступление перестали быть общественно опасными в связи со вступлением в брак с потерпевшим.</p> |
| <p><u>Статья 175. Развратные действия</u></p> <p>Совершение развратных действий в отношении лица, заведомо не достигшего 16 лет, наказывается лишением свободы на срок до 5 лет.</p> | <p><u>Статья 135. Развратные действия</u></p> <p>1. Совершение развратных действий без применения насилия лицом, достигшим восемнадцатилетнего возраста, в отношении лица, заведомо не достигшего шестнадцатилетнего возраста, - наказывается штрафом в размере до трёхсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до двух лет, либо ограничением свободы на срок до трех лет, либо лишением свободы на тот же срок с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет или без такового.</p> |
| | <p>2. То же деяние, совершенное в отношении лица, заведомо не достигшего четырнадцатилетнего возраста, - наказывается лишением свободы на срок от трех до шести лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до десяти лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.</p> |
| | <p>3. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, совершенное в отношении лица, заведомо не достигшего двенадцатилетнего возраста, - наказывается лишением свободы на срок от пяти до двенадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет или без такового.</p> |
| | <p>4. Деяние, предусмотренное частями второй или третьей настоящей статьи, совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, - наказываются лишением свободы на срок от семи до пятнадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двадцати лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет либо без такового.</p> |



Простое сравнение статей 171-175 УК РМ, предусматривающими ответственность за преступления, относящиеся к половой сфере, и ст.131-135 УК Российской Федерации, относящиеся к преступлениям той же категории, показывает, что даже после гуманизации УК РМ Законом от 18 декабря 2008 г. многие из указанных преступлений по УК РМ наказываются строже, чем по УК РФ.

Так, за изнасилования по ст.171 УК РМ максимальное наказание может быть до пожизненного заключения. По ст.131 УК РФ максимальное наказание предусмотрено лишением свободы на срок от 12 до 20 лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 20 (!) лет или без такового и с ограничением свободы на срок до двух лет.

Статья 171 УК РФ вообще не предусматривает никаких дополнительных наказаний.

Лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 20 лет по статье 131 УК РФ позволит отдалить насильников на длительное время от детских спортивных учреждений и после их освобождения из мест лишения свободы. По УК РМ это дополнительное наказание может назначаться на срок только до 5 лет (статья 65 УК РМ).

По статье 172 УК РМ за насильственные действия сексуального характера максимальное наказание также может быть назначено до пожизненного заключения.

По статье 132 УК РФ максимальное наказание за вышеуказанное преступление может быть такое же, как и при изнасиловании по статье 131 УК РФ.

УК РМ предусматривает за преступления, предусмотренные статьями 173 (сексуальное домогательство), статьей 174 (половое сношение с лицом, не достигшим 16 лет), статьей 175 (развратные действия). Причем статья 175 изложена весьма лаконично: «Совершение развратных

действий в отношении лица, заведомо не достигшего 16 лет».

Статья 133 УК РФ предусматривает ответственность за посядание к действиям сексуального характера, статья 134 – половое сношение и иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим 16 лет; статья 135 – развратные действия. Причем, как видно из сравнения текста статьи 135 УК РФ и статьи 175 УК РМ, в УК России ответственность за развратные действия сформулирована весьма подробно, что мы считаем правильным.

Депутат Парламента В. Мунтяну посчитал, что предусмотренные Уголовным кодексом наказания за преступления, относящиеся к половой сфере, являются недостаточными и внес в Парламент проект закона о химической кастрации педофилов. В марте 2012 г. Парламент РМ принял в двух чтениях этот закон и направил его на утверждение Президенту Республики Молдова. Президент, однако, отклонил этот проект, указав, что он противоречит Конституции РМ и, в частности, статье 24, гарантирующей право на жизнь, физическую и психическую неприкосновенность.¹

Следует отметить, что в уголовном кодексе нет термина педофилия. Это медицинский термин и определяется в психиатрии как «повторяющееся сексуальное побуждение, фантазии и стремление к реализации половой активности в отношении детей допубертатного возраста».

Мы поддерживаем решение Президента Республики Молдова, отклонившего этот законопроект и наказание в виде химической кастрации лиц, совершивших преступления в сексуальной сфере, считаем излишним, противоречащим Конституции Республики Молдова и нормам международного права.

Вопросы квалификации этих преступлений, разграничения их

¹ Судебная психиатрия. Под ред. Шостаковича В.Б. Москва, «Зерцало» 1997 г., с.321.

смежных составов содержатся в Постановлении Пленума Высшей судебной палаты Республики Молдова «О судебной практике по уголовным делам, относящимся к половой сфере», № 17 от 7 ноября 2005 г. (Бюллетень ВСП, 2006 г., № 1).

Расхождение при квалификации указанных преступлений возникают и в судебной практике. Вот один из примеров. Приговором суда Ботаника от 12 марта 2009 г. Д.Д. был приговорен на основании ст.173 УК к 4 годам заключения, по ст.175 – к шести годам заключения, а в соответствии со ст.84 УК за совокупность преступлений путем частичного сложения назначенных наказаний суд определил окончательное наказание 7 лет 6 месяцев тюремного заключения.

Д.Д. обвинялся в том, что с декабря 2007 г. по июнь 2008 г., находясь в Кишиневе, неоднократно, путем обмана, под предлогом просмотра дома или в интернете, пользуясь уязвимостью и материальными трудностями, завербовал несовершеннолетних R.T. H.D. C.N. C.I., которых завел в арендованную им квартиру по ул. Индепенденцей, 54 в г. Кишиневе, где, показывая им изображения и порнографические фильмы, подверг их некоммерческой сексуальной эксплуатации, выразившейся в совершении некоторых развратных действий в их присутствии и совершении других действий сексуального характера. За это несовершеннолетние, в том числе и по их просьбе, получили различные денежные вознаграждения, с открытого или молчаливого согласия их законных представителей.

Прокурор не согласился с квалификацией совершенных Д.Д. преступлений по ст. ст.173 и 175 УК РМ и в апелляционной жалобе просил изменить квалификацию на ст.206 часть 3 пункт (а) (b) (f) УК – торговлю детьми, предусматривающую наказание до пожизненного заключения.

Д.Д. и его защитник просили вынести оправдательный приговор.



Определением Апелляционной палаты от 18 июня 2009 г. апелляционная жалоба прокурора была отклонена и удовлетворена жалоба защиты с отменой приговора и направлением дела на новое рассмотрение. При повторном рассмотрении Д.Д. был осужден по статье 175 УК РМ к 4 годам лишения свободы условно, с испытательным сроком 2 года. По статье 173 был оправдан. Прокурор не согласился и с этим приговором, более мягким, чем предыдущий, и обратился с кассационной жалобой в Высшую судебную палату, настаивая на квалификации совершенного Д.Д. преступления по статье 206 УК РМ.

Коллегия по уголовным делам Высшей судебной палаты отклонила кассационную жалобу прокурора и оставила в силе приговор, по которому Д.Д. был осужден по статье 175 УК РМ к 4 годам лишения свободы условно, с испытательным сроком 2 года. (Определение Коллегии по уголовным делам ВСП №1ча-155/10 от 23 февраля 2010 г. Бюллетень ВСП, 2011 № 10, с.5-6). Как видно, Высшая судебная палата ни разу не употребила термин «педофилия», хотя статья 175 УК РМ и предусматривает ответственность за развратные действия, определяемые в психиатрии как педофилия.

Полагаем, что при очередной гуманизации УК РМ следует учитывать и законодательство других стран, предусматривающие более мягкие наказания за аналогичные преступления. Тогда в УК РМ останется меньше статей, предусматривающих пожизненное заключение.

Литература:

1. Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu. Redactor Barbăneagră A. Chişinău, 2009.
2. Уголовный Кодекс Российской Федерации 1996 г.
3. «Dreptul», 27 апреля 2012 г.
4. Судебная психиатрия. Под ред. Шостаковича В.Б. Москва, «Зерцало» 1997 г., с.321.

ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

О. ОВЧИННИКОВА,

**доктор права, доцент, кафедра частного права
Славянского университета**

*«Государство берет право под свою охрану и всякими мерами, могущими привести к желаемой цели, защищает обладателя права от нарушения его: органы власти государственной - судебной и исполнительной - призваны оказывать защиту пострадавшему от правонарушения» [1].
(Д.И.Мейер).*

Приведенная фраза, написанная еще в 19 веке, свидетельствует о том, что защита гражданских прав бралась государством под охрану с давних времен. Современный законодатель востребовал эти демократические идеи из дореволюционного Российского гражданского права.

В современном гражданском праве эти идеи получили дальнейшее развитие.

Нормальный гражданский оборот предполагает не только признание за субъектами определенных гражданских прав, но и обеспечивает их надежной правовой охраной, под которой понимается вся совокупность мер, обеспечивающих реализацию прав. Сюда включаются меры не только правового, но и экономического, политического, организационного характера, направленные на создание необходимых условий для осуществления субъективных прав.

Право на защиту является одним из правомочий субъективного гражданского права, элементом его содержания и представляет собой возможность применения мер правоохранительного характера управомоченным лицом, или иначе «это самостоятельное, охранительное, субъективное гражданское право» [2].

Следует отметить, что в литературе и в законодательстве употребляются разные термины. В частности, мы встречаем термины «защита», «охрана», «обеспечение», «гарантирование» (см. ст.ст.16.18.24 и др. Конституции РМ).

В связи с этим высказана точка зрения, что как функция охрана связана с обеспечением прав до тех пор, пока права и законные интересы не будут ограничены на основании закона или нарушены.

Соотношение этих понятий удачно охарактеризовал Н.И. Матузов: охраняются субъективные права постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются [3].

Охрану в узком значении этого слова принято называть защитой гражданских прав. Защита гражданских прав – одна из важнейших категорий гражданского права.

Право на защиту определяется как предоставленная управомоченному лицу возможность применения мер правоохранительного характера для восстановления его, нарушенного или оспариваемого права.

В условиях создания правового государства право на защиту имеет особое значение и рассматривается как элемент субъективного гражданского права, представляющего собой юридически закреплённую возможность управомоченного лица использовать специальные меры правоохранительного характера.

Право на защиту предоставляет управомоченному лицу три группы возможностей:

Во первых- самозащиту имущественных и неимущественных прав и интересов;

Во вторых – применения мер к неисправному контрагенту так называемых мер оперативного воздействия;

В третьих – обращения к компетентным государственным органам



за защитой своего права с требованием применения к правонарушителю мер государственно-принудительного характера [4].

В соответствии с Постановлением Пленума Высшей судебной палаты РМ «О практике применения судами некоторых положений Конституции» за январь 1996 г. судебные инстанции обязаны обеспечить надлежащую защиту прав и свобод человека путем своевременного и правильного рассмотрения судебных дел. Здесь же содержится указание на то, что нарушение права на защиту является основанием для отмены судебного решения.

В соответствии со ст.26 Конституции РМ, право на защиту гарантируется; каждый человек имеет право самостоятельно реагировать законными способами на нарушение своих прав и свобод.

В главе II Раздела I ГК РМ 2002г. устанавливаются основные положения, касающиеся защиты гражданских прав, приводится конкретный перечень способов защиты гражданских прав.

Право на судебную защиту является правом, гарантированным ст. 20 Конституции РМ, а также ст.ст. 5,6 ГПК РМ.

Кроме того, право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами гарантируется ст.8 Всеобщей декларацией прав человека 1948г. и ст.13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950г.

Как любое субъективное право, право на защиту включает в себя, с одной стороны, возможность совершения управомоченным лицом собственных положительных (законных) действий и, с другой стороны, возможность требовать определенного поведения от обязанного лица.

Право на собственные действия включают в себя такие меры воздействия на нарушителя, как например, необходимая оборона, применение так называемых оперативных санкций. Право требования определенного поведения от обязанного лица охватывает, в основном, меры воздействия, применяемые к нарушителю компетентными государ-

ственными органами, к которым потерпевший обращается за защитой нарушенных прав.

Субъективные гражданские права должны быть не только реально осуществимыми. Субъекты этих прав должны быть наделены возможностями по пресечению нарушения прав, их восстановлению, компенсации всех потерь, вызванных нарушением субъективных прав. Как правильно отмечал В. П. Грибанов: «Субъективное право, предоставленное лицу, но не обеспеченное от его нарушения необходимыми средствами защиты, является лишь декларативным правом» [5].

Всякое субъективное гражданское право подлежит защите, а носитель этого права обладает соответствующими полномочиями на его защиту с помощью средств, предусмотренных законодательством. Это полномочие является одним из элементов субъективного гражданского права.

Однако объем полномочий по защите субъективных прав неодинаков, он определяется природой этих прав. Так, при нарушении права собственности или иных вещных прав, возможности их защиты иные, чем при нарушении обязательствных прав, возникших из договора.

Право собственности, как абсолютное право, защищается особыми вещно-правовыми исками: виндикационным и негаторным.

В обязательственных (относительных) правоотношениях права сторон в обязательстве могут быть нарушены лишь другой стороной обязательства, к которой кредитор может предъявить свои требования.

Кроме того, объем требований по защите нарушенного права зависит от вида и степени его нарушения. Это хорошо видно на примере ненадлежащего исполнения и неисполнения обязательства. В первом случае уплата должником неустойки и возмещения убытков не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре, а во втором – эти же действия должника являются основанием к освобождению его от исполнения обязательства в натуре.

Кроме того, объем полномочий по защите нарушенного права зависит от правового статуса лица, допустившего правонарушение.

Основанием ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства признается наличие вины лица, допустившего нарушение обязательства в форме умысла или неосторожности (см. ч. 1 ст. 603 ГК РМ).

Что же касается коммерческих юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, то основанием их освобождения от ответственности за нарушение обязательства может служить невозможность исполнения обязательства вследствие непреодолимой силы, если иное не будет предусмотрено законом или договором. Таким образом, в этом случае кредитор располагает более широкими возможностями для защиты нарушенного права.

Защита гражданских прав имеет специальный объект в виде субъективного права, закрепленного законодательством за участником гражданского оборота.

Предметом защиты являются не только субъективные гражданские права, но и охраняемые законом интересы (ст. 4 ГПК РМ), поскольку в основе субъективного права лежит тот или иной интерес. Так, интерес кредитора в пользовании имуществом выступает в форме субъективного права владения и пользования имуществом, защитой которого обеспечивается и защита соответствующего интереса.

Одним из главных условий законности субъективных гражданских прав является законность основания их возникновения. Однако гражданское право допускает возникновение прав из оснований, не предусмотренных законодательством, исходя из принципа «разрешено все, что не запрещено законом», руководствуясь, общими началами и смыслом гражданского законодательства (ст.1,5,8 ГК РМ).

При несоответствии действий смыслу гражданского законодательства за совершенными действиями не признается юридическая сила и в отношении порождаемых ими прав не осуществляется гражданско-правовая защита. Так, не подлежат



судебной защите требования физических и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, за исключением требований лиц, участвовавших в играх и пари под влиянием обмана, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари.

При несоответствии действий принципам гражданского права такие действия считаются противозаконными независимо от содержания или отсутствия запретительных норм.

Закон может в ряде случаев поставить в защиту прав в зависимости от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно (ст. 9 ГК РМ).

Основанием для защиты субъективного гражданского права является реальное или потенциальное препятствие для его осуществления, т.е. правонарушение. Защита субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов осуществляется в предусмотренном законом порядке, т.е. посредством применения определенной формы средств и способов защиты.

Основной формой по защите гражданских прав и охраняемых законом интересов является судебная форма защиты, которая осуществляется в определенной процессуальной форме, именуемой гражданско-процессуальной формой.

В науке гражданского права различают две основные формы защиты: юрисдикционную и неюрисдикционную.

Юрисдикционная форма защиты – это деятельность уполномоченных государственных органов по защите нарушенных или оспариваемых субъективных прав.

Юрисдикционная форма защиты означает возможность защиты гражданских прав в судебном или административном порядке. Чаще всего защита осуществляется в судебном порядке, который наиболее соответствует принципу равенства участников гражданских правоотношений (см. ч.1 ст. 10 ГК РМ, ст.19 ГПК РМ).

Средством защиты в судебном порядке является иск, т.е. обращенное к суду требование, об отправле-

нии правосудия, с одной стороны, и обращение к ответчику требование о выполнении лежащей на нем обязанности или о признании наличия или отсутствия правоотношения.

Специальным порядком защиты гражданских прав в соответствии со ст. 10 ГК РМ следует признать административный порядок их защиты. Он применяется в виде исключения из общих правил, т.е. только в случаях, указанных в законе, а за субъектом сохраняется право обжаловать в суд решение, принятое в административном порядке путем подачи жалобы.

В некоторых случаях предусмотрен смешанный порядок, т.е. административно-судебный порядок защиты. В этом случае потерпевший, прежде чем предъявить иск в суд, должен обратиться с жалобой в соответствующий орган управления.

В таком порядке рассматриваются споры патентного характера, жалобы на решения налоговых органов.

Защитой гражданских прав занимаются и нотариальные органы, деятельность которых тесно сопрягается с судебной.

Суд рассматривает жалобы на нотариальные действия, или отказ в их совершении, нотариальные акты оспариваются в порядке искового производства в суде (ч.2. ст.29 Закона РМ «о Нотариате»).

Неюрисдикционная форма защиты охватывает действия граждан и организаций, которые совершаются ими самостоятельно, без обращения к государственным и иным уполномоченным органам. Статья 13 ГК РМ указанные действия называет «Самозащита».

При самозащите обладатель нарушенного или оспариваемого права может использовать различные способы защиты, но они должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для пресечения. К таким мерам относятся действия лица в состоянии необходимости обороны и крайней необходимости, применение мер оперативного воздействия.

Лицо, совершившее действие по самозащите, исходя из ошибочного предположения о праве на самоза-

щите, обязано возместить убытки, причиненные другой стороне, хотя бы ошибка произошла не по его вине (ч.5 ст.13 ГК).

Вопрос о соразмерности мер самозащиты вызывает споры в юридической литературе и практике. Оценка соразмерности самозащиты от правонарушения должна производиться с учетом объективных и субъективных факторов и обстоятельств.

Самозащита не может признаваться правомерной, если она явно не соответствует способу и характеру нарушения и причиненный (возможный) вред является более значительным, чем предотвращенный.

К формам самозащиты можно отнести и меры оперативного воздействия - это меры правоохранительного характера, которые применяются к правонарушителю гражданских прав и обязанностей самим управомоченным лицом без обращения к компетентным государственным органам за защитой своего права. Они применяются управомоченным лицом в одностороннем порядке и служат как бы ответом на ненадлежащее поведение другой стороны (например, перевозчик не выдает получателю груз до оплаты перевозки, поклажедателю не выдается вещь до внесения платы за хранения и др.).

Нормативные акты

1. Конституция Республики Молдова, принята Парламентом 29 июля 1994г. (Monitorul Oficial RM № 1, 1994)
2. Гражданский Кодекс РМ: принят 6 июня 2002г. (Monitorul Oficial № 82-86, 2002г.)
3. Гражданский Процессуальный Кодекс РМ: принят 30 мая 2003г. (Monitorul Oficial №111-115, 2003г.)
4. Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948г. (РМ присоединилась 28 июля 1990г.).
5. Европейская Конвенция О защите прав человека и основ-



ных свобод от 4 ноября 1950г. (на территории Молдовы действует с 12 сентября 1997г.)

6. Бюллетень Высшей судебной палаты №2, 1996.

Литература

1. Мейер Д.И. Русское гражданское право в 2ч. По исправленному и дополненному 8 изд. 1902. – М. «СТАТУТ», 2003г. (Классика российской цивилистики).

2. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Учебник для вузов - М. «СТАТУТ», 2001г. (Классика российской цивилистики). С.104

3. Матузов Н.Н. Правовая система и личность - Саратов, 1987.С.131

4. Гражданское право. Учебник. Т.1. Под ред. Е.А.Суханова – М. «Валтерс Клувер», 2004. С.556

5. Грибанов В.П. Указ.соч. С.104

SYSTEM OF JUSTICE DEVELOPMENT PROBLEMS

KARPOV NIKIFOR SEMYONOVICH,
doctor of jurisprudence, docent, Professor of the chair of criminal procedure Kiev National University of Internal affairs

Development of the system of justice is one of the most urgent and most complicated questions reflecting the core of the problem of interaction of person's rights protection and provision of criminality prevention means efficiency. International experience testifies to the fact that when fighting organised crime causing «criminal weather», traditional means are powerless or, at the best, are ineffective. Therefore, for the purpose of organised crime eradication in Ukraine it is necessary to strengthen legal means in the course of proof collecting by means of establishing new criminal interdictions and application of increased sanctions and new measures of legal protection for the purpose of struggle against illegal actions of the persons relating to organised crime. All this demands elaboration and introduction of new, including nonconventional, means and methods, as well as new approaches to the choice and realisation of these means into law enforcement bodies activities, otherwise today's struggle against criminality cannot be productive and effective. But there is a number of obstacles in the course of solution of this problem: discrepancy between tasks for fighting criminality put before law enforcement bodies and possibilities given for their solution; obvious inconsistency in solution of problems of development of means and methods of struggle against it; insolubility within the limits of the accepted approaches and contradiction in correlation of human rights protection and provision of necessary conditions for struggle against criminality.

Nowadays in order to develop means and methods of struggle against criminality it is not enough to study only a crime and ways of its commitment, it is necessary to investigate criminal activity as a social phenomenon, as it is merely impossible to combat, for example organised crime, using old means and methods. Today in order to disclose and study crimes, with the purpose of struggle against criminality as a whole, it is necessary to study not only who and how commits a crime but also the way the world is arranged, what actions beyond the limits of direct crime commitment and how are carried out by criminals for maintenance of their living.

The judicial-investigatory system of Ukraine is not contestant in its essence, however, in the process of its modernisation elements of a contes-

tant one are being introduced into it, but this concerns the form and not the essence. For example, starting from participation of the defender from the moment of appearance of the suspect and actually up to real competitiveness of the parties which are to be judged. Consequently, as a rule, procedural difficulties arise before the investigator. Conditions of provision of the right to protection in Ukraine are much wider, than those accepted in Europe.

It testifies to the fact that at “introduction” of “advanced provisions of procedural systems of the West» concerning human rights protection in criminal legal proceedings of Ukraine we seek to be «ahead the whole planet», forgetting about essential differences of our judicial-legal system and conditions in which it operates. Solution of this state does not lie in



refusing introduction of democratic achievements in criminal process of Ukraine, but in their combination with the adoption of criminal-procedural innovations which would essentially simplify and increase efficiency of criminal legal proceedings. For example, in the USA, as well as in Ukraine, the accused has the right to remain silent, but for giving false testimonies criminal responsibility in the form of imprisonment is stipulated. And how much time forces and means we spend on processing of obviously false data of the accused, forgetting that we «should protect the society from criminals and not vice versa»!

At realisation of procedural activity it is always necessary to make a difficult choice between justice and efficiency, therefore, a constant search of such means and methods which would provide both efficiency and justice is necessary. It should be born in mind that all procedure of investigation and its regulation is a competition between rights and interests of victims and criminals, interests of the person and the society. It is stipulated by the legislation of Ukraine that for examination in living areas the order similar to carrying out a search is established. This means that human rights protection (inviolability of dwelling in particular) is considerably increased, but the procedure of carrying out an examination indoors becomes essentially complicated. Provision of possibility of a contactless identification is a guarantee of safety of the identifying person, but simultaneously strikes the rights of persons being identified. This sort of examples makes the essence and the content of the whole process of criminal legal proceedings. Therefore, accepting any criminal and criminally-procedural norm, the legislator should consider the noted dialectics of relations of the rights and interests of various participants of criminal legal proceedings. It is necessary to precisely define the priority of interests of one or another party, i.e. to decide, what in a given concrete case the preference is given to – protection of the rights, privacy, defining of objective truth, creation of conditions for struggle against criminality, etc.

Necessity of affecting any socially significant benefits with the purpose

of rescuing others is dictated to by the lack of possibility in certain public conditions to resolve otherwise various problems of social importance. The basis for such a decision is understanding of impossibility to combat criminality in other, harmless ways in all cases in modern conditions. The question of the relation between the rights of the victim and the criminal has been controversial and disputable for a long time. In our opinion, the law should reveal its humanistic principles first of all towards the society, aggrieved citizens and in thereafter – to criminals, instead of the reverse sequence. Practical employees of law-enforcement system interrogated by us adhere to such position. Humanism can be revealed in relation to casual criminals, but a strict approach should be preserved to the persons who have selected crime commission as the basic means of existence – this is the optimal way for improvement of the criminal and criminally-procedural legislation, and increase of its preventive effect. In criminally-procedural legislation the balance of rights and duties of the parties should be observed, which would provide stability and efficiency of the whole system of legal proceedings. In the course of judicial-legal reform development of procedural guarantees is mainly focused on their interpretation as firstly the guarantees of the rights of the person, and not any person, but mainly the person being accused, which leads to the deformed, one-sided development of the procedural form. As a result, the provision proclaimed in the Constitution of Ukraine stating that the person, his/her life and health, respect and decency, inviolability and safety recognised in Ukraine as the highest social value in sphere of struggle against criminality concerns the criminal first of all. Certainly, the suspect requires special protection, mainly due to the anarchy residing in law enforcement bodies, but we should not mix content and orientation of legal instructions defining the order of crimes disclosing and investigation activities, as well as variants of their realisation in real practice, supposing direct ignoring of these provisions. The criminal should have possibility of a reliable legal protection of rights and interests, but

not at all at the expense of ignoring of victim's rights and not at the cost of reliability of means of struggle against criminality, while impunity triumphs due to lack of impossibilities to prove the fact of criminal activity.

The problem lies in the fact that modern criminality has become more professional and organised. In particular it is revealed by ability of avoiding criminal responsibility: many criminal cases do not reach court, and real sentences are even rarer. In these conditions the question concerning the fact that for struggle against new criminality which threatens the existence of the state, adequate means are necessary is perfectly just. However, during the last decade practically nothing is undertaken for improvement of means of struggle against criminality in terms of legal base and methods. Unfortunately, Ukrainian legislators and «fighters for human rights» define only the accused person as the person to be protected and cared about. At the same time the victim for the sake of interests protection of which the system of justice is created, is absolutely forgotten, while following the principle: The victim has suffered, this is an irreversible fact, now the main thing is that the suspect is not illegally aggrieved. After introducing changes and additions directed at increasing of protection of the rights of the suspect and the accused into criminally-procedural legislation, the investigator is compelled to spend much more working hours on it. Our system at the stage of pre-judicial investigation is not contestant and attempts to give such a form to it at the expense of immense expansion of the rights and possibilities of defenders cannot lead to anything but obstacles to solution of problems of criminal legal proceedings, which can be proved by worsening productivity of struggle against criminality.

Destination of the Criminal Procedure Code lies in the establishment of an optimum mode of investigation and judicial study of crimes providing both protection of the rights of persons, and effectiveness of legal means of struggle against criminality. At various stages of development of our legal system the first problem was often sacrificed by the second one.

One of the problems of modern



criminal legal proceedings is competitiveness in criminal trial, equality of its entities and the questions connected with it. In jurisprudence opposite opinions on these questions are expressed. For example, as for relation between the rights of protection and accusal: certain people assert that the defender is absolutely deprived of civil rights in comparison with the investigator, others state that to the investigator has essentially limited possibilities in comparison with the defender. These problems are to be solved not at the expense of their opposition, but in interrelation and taking into account priority of the purposes.

The whole procedure of criminal legal proceedings is a competition of the rights and interests of victims and criminals, interests of the person and the society: any provision (rule) of the investigation procedure, any measure which is carried out in the course of criminal legal proceedings, either protects interests of the victim and as a result limits the rights of the person being accused, or provides protection (increases its degree) of the rights of the guilty party and, accordingly, reduces the measure of protection of the rights and interests of the person having suffered from a crime, interests of the society.

This are the positions for solution of the question of competitiveness in criminal procedure, whereas one more inconsistency observed at attempts to improve our inquisitive (formally mixed) in its essence system is to be eliminated.

Each legal system has its idea – the purpose and means corresponding to it which are resolved specifically according to the European Convention on Protection of Human Rights and Basic Freedoms of 1950 Taking this into account it is obviously important to define an effective relation between the right to fair proceeding and the principle of competitiveness of the parties in criminal legal proceedings.

Competitiveness is not meant as the requirement for it is needed for activities, and not for their organisation scheme. The legislator offers conscientiousness of the parties in search of proofs, but there is charge and protection tactics at their arsenal.

Therefore, considerable time for

mastering skills of competitiveness in criminal trial by the parties is required. For real competitiveness it is necessary to expand active participation of the defender in carrying out investigatory actions, but will the investigator have possibility and will he be able to carry out thus professional functions? The new project of the Criminal Procedure Code of Ukraine puts raises new problems before criminalistics – to provide tactical solutions of problems of criminal legal proceedings.

We still cannot dare to refuse the substitute of the investigator's actions objectivity control – witness institute. If our witness institute is so is effective, then why any country has not accepted it during four hundred years of existence of this legal phenomenon? And it is not clear to the end, whether witnesses are present or they participate during proceedings of investigatory actions it.

We should have such a criminal and criminal-procedural legislation which would be effective concerning criminals, i.e. adapt criminals for the law, instead of, on the contrary, adapting the law for criminals. The law should adequately respond to modern problems of struggle against crime for the sake of protection of human rights and freedoms, interests of Ukrainian society and state.

In legal literature there are disputes as for what is more important – the control over criminality or judicial protection of the rights of the person. In our opinion, this question is incorrect in itself. Some consider that the priority of the first is a police state, and the priority of the second is a lawful state. But there should not the disjunctive “or” be put between these questions, but the conjunctive “and” should have place. At the same time it should be taken into account that control over criminality is the purpose of the system of criminal justice, and observance of the rights of the person is one of the most important, but means of its achievement. Another approach to evaluation of the mentioned concepts leads to deadlock. It should be remembered that efficiency of struggle against criminality, especially against organised one, always has its cost, which is why the society

should decide whether «it is ready to pay this cost».

The technology of disclosing and investigation of the crimes, being a core of struggle against criminality, cannot vary every day at the cost of introduction of scientific achievements and appearance of new legal norms. Therefore, techniques, means and methods of activities known for a long time should be improved first of all, possibilities of their use for the solution of problems of criminal legal proceedings, including on the basis of deeper analysis of their nature and essence and estimation of a real correlation of human rights and tasks for struggle against criminality, should be extended. The criminality qualitatively grows, therefore, forces and means of struggle against it should be increased. Modern practice of struggle against criminality unambiguously testifies to the fact that it is almost impossible to prove fault of participants of criminal activity, not to mention their leaders (leaders), collecting proofs only by carrying out traditional, known for centuries, public investigatory actions – interrogations, confrontations, searches etc., and is possible only in extremely rare cases. In a number of foreign countries the order of carrying out “special” or «particular investigatory actions» carried out only with instructions of public prosecutor or the judge by a body which is not participating in investigation of certain criminal case is applied for a long time. The decision on carrying out of such investigatory action can be accepted only when data necessary for a legal investigation and proofs is impossible to get or is complicated without its carrying out.

In the activity of disclosing and investigation of crimes there always is a question on charging (or, more precisely, overcharging) of investigators and operational staff which negatively affects quality and productivity of criminal legal proceedings and generates desire of practical workers as to its independent “regulation” or formal performance of actions connected with procedural activity. It should be remembered that in criminal legal proceedings the basic directions of improvement of labour productivity are as follows: non-fulfilment of



actions which are possible to operate without; increase of return from those actions which are carried out; consecutive release of qualified professionals from fulfilment of actions which can be carried out by workers of lower qualification.

Practice of activity of law enforcement bodies shows that they do not cope with the mass of modern criminality which has changed qualitatively and has increased quantitatively. Its consequence is not only necessity of mobilisation of internal reserves of law-enforcement departments, but also raising a question on possibility of finding means against sluggishness of criminal justice not only using means and methods peculiar to it, but also by a better definition of priorities in criminal policy, both in terms of the form, and the content: use of the principle of expediency of criminal prosecution; compromise of the victim and the accused, replacing judicial investigation; expansion of investigation procedure differentiation of criminal cases diverse as for their danger categories; establishment of the definite size of the sum of damage on property crimes, below which incident would be registered, but is not investigated; exclusion work on criminal cases without any prospects for investigation (except for particularly dangerous crimes); estimation of work of a body on the basis of productivity of its activities on revealing, disclosing and investigation of particularly dangerous crimes and acts with considerable material and other consequences; provision of the procedure of compromising in the trial (agreement of the parties on the volume and nature of responsibility). Solution of the mentioned and similar questions by the legislator would essentially strengthen protection of rights and interests of the person (including suspected and accused whose destiny is being decided about now for months and years, including those who are eventually justified), and strengthen productivity and effectiveness of struggle against criminality, promote improvement of law enforcement officers work quality, and lower necessity of "manipulation" with indicators.

ПРЕСТУПНЫЕ ПОСЯГАТЕЛЬСТВА НА ПРАВОСУДИЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАХ УКРАИНЫ И МОЛДОВЫ: ОТЛИЧИЯ В ЧАСТНОСТЯХ, ОБЩЕЕ В БАЗИСЕ

С. МИРОШНИЧЕНКО

прокурор Черниговской области кандидат юридических наук

SUMMARY

The comparative analysis of legal regulation mechanisms of crimes against justice in Ukraine and republic Moldova and other countries of former USSR was held, taking into consideration the historical component of state building and the development of their legal system, determined trends of structuring the penal code, categories of crime and their role in the main part of panel codes.

Key words: basis of legislation, penal code, justice, crime, the Constitution

* * *

Проведено порівняльний аналіз механізмів правового регулювання відповідальності за злочини проти правосуддя в Україні, Республіці Молдова, а також інших колишніх республік СРСР, з урахуванням історичної складової розбудови держави та розвитку їх правових систем, визначено тенденції структурування кримінального закону, категорії злочинів та їх місце в особливій частини кримінальних кодексів.

Ключові слова: основи законодавства, кримінальний кодекс, правосуддя, злочини, конституція

Проведен сравнительный анализ механизмов правового регулирования ответственности за преступления против правосудия в Украине, Республике Молдова, а также других бывших республик СССР, с учетом исторической составляющей государственного строительства и развития их правовых систем, определены тенденции структурирования уголовного закона, категории преступлений и их место в Особенной части уголовных кодексов.

Ключевые слова: основы законодательства, уголовный кодекс, правосудие, преступление, конституция.

Изложение основных положений. Истоки зарождения и особенно дальнейшее развитие любого государства, независимо от общественно-экономических формаций, всегда были определяющими для понимания его роли в механизме правового регулирования сложившихся общественных отношений.

В равной мере, а по нашему убеждению – в первую очередь, изложенное является справедливым применительно и к механизму государственного регулирования уголовно-правовых и уголовно-процессуальных правоотношений.

В отличие от общности образования и исторического развития славянских государственных систем нынешних Украины, Беларуси и Российской Федерации (отсутствие языкового барьера, существенных бытовых различий, единство веры), общность право-

вых систем Украины и Молдовы имеет несколько иное содержание. В частности, если не упоминать турецкого влияния (вплоть до XIX века) на развитие государственности нынешней Республики Молдова, польского – на Украину, и господствующего (вплоть до известных событий 1917 года) влияния



на оба государства – Российской империи, необходимо обозначить следующий общеизвестный исторический факт: в 1924 – 1940 гг. Левобережная Молдавия на правах автономной республики входила в состав УССР. После воссоединения автономной республики с Бессарабией, которая до августа 1940 г. находилась под влиянием Румынии, вновь образованная Молдавская Советская Социалистическая Республика вошла в состав СССР на правах равноправного государственного образования. Непростой путь становления Молдовы как независимого государства определялся Конституциями 1938, 1941, 1978 гг.

Таким образом, определенное, хотя и непродолжительное время, правовые системы нынешних независимых государств – Республики Молдова и Украины имели единую основополагающую базу – Конституции УССР 1919, 1929 и 1937 гг. А в контексте нашего исследования проблем противодействия преступлениям против правосудия имели и единую уголовно-правовую основу – Уголовный кодекс Украинской ССР 1922 г., а затем 1927 г., действие которого достаточно продолжительное время распространялось на территории Молдавской автономии. В частности, статьей 47 УК УССР было определено, что «... право освобождать осужденных от применения к ним мер социальной защиты... принадлежит ... в отношении приговоров народных судов и Главного суда Молдавской АССР – также и Центральному Исполнительному Комитету Молдавской АССР...» [1]. Что касается Бессарабии (Правобережной Молдовы), то вплоть до августа 1940 г. (воссоединение Молдовы в единую республику – МССР и вхождение в СССР) уголовно-правовые отношения регламентировались Уголовным кодексом Куза 1864 г. (рум. *Codul penal al Republicii Moldova*).

Определяющим критерием правового, демократического, социально обусловленного государства, как справедливо отмечается веду-

щими учеными, является уровень доступности правосудия, его прозрачность и беспристрастность.

К научному сравнительно-правовому исследованию криминологических и уголовно-правовых проблем борьбы с преступностью обращались известные ученые, в частности, В.Г. Бужор, В.В. Голина, В. И. Гуцуляк, А.П. Закалюк, В.С. Зеленецкий, А.Ф. Зелинский, А.Г. Кальман, Я.Ю. Кондратьев, В.А. Навроцкий, В.В. Сташис, В.Я. Таций, В. Флоря.

Указанная проблема исследовалась в сравнительном правоведении, в т.ч. и по преступлениям против правосудия, в трудах таких российских ученых как А.В. Галаховой, И.М. Тяжковой, Л.В. Лобановой и других.

Уголовно-правовые, криминологические, уголовно-процессуальные и иные аспекты противодействия преступности государств-участников СНГ исследованы в работах Ю.М. Антоняна, К.К. Горяинова, В.Г. Гриба, Г.В. Дашкова, Т.А. Денисовой, Р.А. Журавлева, С.В. Дякова, М.И. Мельника, М.И. Хавронюка, В. Урсу и других ученых.

Сравнительно-правовой анализ, как метод научного познания, вместе с тем, учеными обычно использовался для исследования различий в квалификации конкретных преступных посягательств, в т.ч. и в сфере правосудия. По итогам таких исследований, как правило, обосновывались выводы касательно нецелесообразности, или, наоборот, справедливости объединения в одной правовой норме двух или более квалифицирующих признаков, адекватность санкций в зависимости от общественной опасности совершенного преступления.

Мы подошли к сравнительному анализу правового регулирования ответственности за преступления против правосудия несколько по иному, выделив, в частности, исторический аспект развития законодательства Украины и Республики Молдова, образовавшихся на территории бывшего СССР, правовые

системы которых определенное время развивались как единое целое.

Следует отметить, что уголовные кодексы Украинской ССР (1922р. и 1927г.), так же как и уголовные кодексы РСФСР (1922р. и 1926г.) или других союзных республик, не содержали отдельной (специальной) главы (раздела), правовые нормы которых предусматривали бы ответственность за преступления в серии правосудия.

В частности, УК РСФСР 1922 [2] года предусматривал ответственность за вынесение судьями из корыстных или иных личных побуждений неправосудного приговора (ст.111 УК), которая относилась к главе II «Должностные (служебные) преступления». Именно к этой категории преступлений были отнесены и незаконные задержания или принуждения к даче показаний (ст.112), а также взятие (из корыстных побуждений) под стражу, как меры пресечения.

Что же касалось недонесения о совершенном преступлении (ст.89) или заведомо ложное сообщение о его совершении (ст.90), то они были отнесены к категории «преступлений против порядка управления». К этой же категории относились и преступления (ст.94-95) против порядка исполнения наказаний (в частности, побег из-под стражи, из мест лишения свободы и т.п.).

Почти полностью воспроизвели уголовное законодательство РСФСР по своей содержательной сути и оба (1922 и 1927 гг.) Уголовные кодексы Украинской ССР.

На наш взгляд, указанное и не должно вызывать удивления, поскольку обуславливалось историческим развитием славянских народов, родством культуры и, не в последнюю очередь, длительным пребыванием в едином государственном образовании (Российской империи) вплоть до событий 1917 года, гражданской войны и вхождения в 1922 году в Союз ССР в составе трех славянских республик и Закавказской СФРР (Азербайджан, Армения, Грузия).

Реформа законодательства, которая началась в конце 90-х годов, основывалась на конституционном принципе разделения власти, что предопределило необходимость обеспечения независимости и устойчивости судебной власти и, как следствие, совершенствование уголовно-правовой защиты от преступных посягательств.

Украина, как и большинство бывших республик Союза ССР, которые согласно принятым Конституциям провозгласили свою государственность, почти одновременно приняли и новые Уголовные кодексы. Так, Уголовный кодекс Украины вступил в силу с 1 сентября 2001г., Российской Федерации с 1 января 2000г., Грузии - с 1 июня 2000г., Азербайджанской Республики - с 1 сентября 2000г.

Почти одновременно были приняты и введены в действие Уголовные кодексы Республики Молдовы и других стран СНГ.

Ныне действующий (с 2001) Уголовный кодекс Украины значительно (до 30 статей) расширил перечень преступных посягательств против правосудия, структурно также объединенных в одноименный раздел.

То есть, четко прослеживалась тенденция к увеличению количества норм о преступлениях в сфере правосудия, однако, прежде всего за счет посягательств, которые заключаются в противоправном посягательстве на работников правоохранительных органов, а также за невыполнение решений судов, точнее – за уклонение от отбывания наказаний, не связанных с лишением свободы и за нарушение правил админнадзора. Такая тенденция давала возможность сторонникам концепции расширенного понимания термина «правосудие» утверждать о дальнейшей демократизации общества в целом и совершенствовании правосудия в частности.

Отдельные исследователи – авторы сравнительно-правового анализа [3], прежде всего российской научной школы, пришли к неверным, на наш взгляд, выводам,

полагая, что в основу нового национального уголовного законодательства были заложены принципы Модельного уголовного кодекса, принятого Межпарламентской Ассамблеей государств-участников Содружества Независимых Государств в феврале 1996г. [4].

По нашему убеждению, основой принятия новых (ныне действующих) уголовных кодексов на территории бывшего Советского Союза стали именно Конституции Союза стали именно Конституции республик, которые получили независимость, а никак не вышеупомянутый декларативный акт рекомендательного характера. Такой вывод, в частности, основывается на провозглашении каждым государством на конституционном уровне разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Более того, ныне действующие конституции каждой бывшей союзной республики содержат самостоятельный раздел (главу) – «правосудие». Обозначены и гарантии его осуществления, кстати, как и всеми Конституциями времен советской эпохи. Так, Конституция Украинской ССР 1937 [4] содержала специальный раздел VII «суд и прокуратура», 1978 года [5] – объединенный раздел VIII «правосудие, арбитраж и прокурорский надзор», который подразделялся на две главы: «суд и арбитраж» (18) и «прокуратура» (19). Уже в те времена на наивысшем (конституционном) уровне гарантировалась неприкосновенность судей, предусматривалась ответственность за «... любое вмешательство в деятельность ... по осуществлению правосудия ...» (ст.153 Конституции УССР 1978г.).

Конституция 1938 г. Молдавской автономии также содержала специальную главу, которая нормативно закрепила деятельность судебных органов и прокуратуры.

На наш взгляд, существенное влияние на структуру национальных уголовных кодексов оказали также и Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. [7]. Прежде

всего ст.3 и ст.7 Основ, которые стали отправной точкой для современного структурирования уголовных кодексов союзных республик, а в дальнейшем - и кодексов независимых государств. В частности, Уголовный кодекс Украинской ССР 1960 г. [8], принятый в развитие Основ, содержал 15 статей, объединенных в отдельную главу - «Преступления против правосудия». В дальнейшем эту главу было дополнено еще 9 составами преступлений. Тоже касается и Уголовного кодекса Молдавской ССР 1961 г.

Что же касается Модельного уголовного кодекса, то задекларированные им принципы структурирования уголовно-правовых норм в национальных кодексах были восприняты законодателями разных стран по-разному.

Так, несмотря на то, что все правовые нормы, которые на взгляд законодателя могли защищать правосудие от преступных посягательств, сосредотачивались в одной специальной главе - «преступления против правосудия», сами главы относились к различным разделам национальных кодексов.

В частности, в Уголовном кодексе Республики Беларусь [9] глава 34 «преступления против правосудия» включена в раздел XIII «Преступления против государства и порядка осуществления власти и управления». В этот же раздел была включена и совокупность преступлений против государства (глава 32) и против порядка управления (глава 33). То есть, на наш взгляд, указанное структурирование правовых норм уголовного закона полностью соответствует ст. 6 Конституции Республики Беларусь, согласно которой «государственная власть ... осуществляется на основе разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную, государственные органы ... самостоятельны ..., взаимодействуют между собой, сдерживают и уравновешивают друг друга».

В контексте соответствия конституционному (ст.7) разделению государственной власти является



и конструкция Уголовного кодекса Азербайджанской Республики [10]: глава 32 «преступления против правосудия» также размещена в разделе XI «Преступления против государственной власти» наряду с соответствующими главами о преступлениях против интересов государственной службы и против порядка управления.

Раздел XII Уголовного кодекса Грузии «Преступления против судебной власти» состоит из четырех глав – XLI, XLII, XLIII, XLIV, четко разграниченных по кругу общественных отношений, на которое совершается посягательство [11]. Так, отдельная глава XLI «Преступления против деятельности судебных органов» предусматривает ответственность только за посягательство на собственно правосудие (т.е., при рассмотрении конкретных дел), глава XLII – за посягательства на процессуальный порядок получения доказательств, глава XLIII – раскрытие преступлений, глава XLIV – исполнения судебных решений.

Значительно отличается от вышеприведенных структура действующего (2002 г.) Уголовного кодекса Республики Молдова [12]. Так же, как и Уголовный кодекс Украины (2000 г.), он подразделяется на самостоятельные главы (в УК Украины – разделы), одна из которых (XIV) объединяет правовые нормы, устанавливающие ответственность за преступления против правосудия. Кодексы обоих государств содержат другие отдельные самостоятельные главы (разделы), которые предусматривают ответственность за должностные преступления (соответственно глава XV КК РМ и раздел XVII УК Украины), за преступления против публичной власти и безопасности государства (главы XVII УК РМ и раздел XV УК Украины).

Мы не ставим целью этого исследования углубленный анализ конкретных составов преступлений против правосудия, признанных таковыми законодателями Молдовы и Украины. Отметим только, что не-

смотря на различия в количественном исчислении статей (21 – в КК Молдовы и 30 – в КК Украины), их составы как по количеству, так и по содержательной сути, являются практически идентичными. При существенных, безусловно, различиях в санкциях.

Таким образом, независимо от структурного (одно-, двух- или многоуровневого) построения уголовных кодексов государств ближнего зарубежья, четко прослеживается их прямая и непосредственная зависимость от национальных конституций: фактически все гарантированные права и свободы человека и гражданина защищаются судом, а судьи имеют уголовно-правовую защиту от возможных посягательств на свою деятельность по осуществлению правосудия. В равной степени все уголовные кодексы предусматривают меры государственного принуждения (уголовно-правовые санкции) за неисполнение, в широком смысле, обязанностей по службе, злоупотребления властью или должностными полномочиями, которые подрывают авторитет государства в целом и его органов, в т.ч. и в случае вмешательства в судебную деятельность.

Иного подхода, повторимся, и не может быть, поскольку законы и другие нормативно-правовые акты принимаются на основе Конституции и должны соответствовать ей (ст. 8 Конституции Украины). Аналогичные нормы содержатся в конституциях всех государств – бывших республик СССР (Республика Молдова не исключение) и стран западной демократии.

Несмотря на все сходства и различия в уголовно-правовой регламентации ответственности за преступные посягательства в сфере правосудия, уголовные кодексы обеих бывших союзных республик (как и нынешнее их национальное законодательство) имели общий недостаток.

В частности, не оправдано распространением было (и отчасти остается) использование оценочных понятий, бланкетных норм.

Например, «...иное противодействие администрации ...» в ст.391 УК Украины, или «передача ... других запрещенных предметов ...» в ст. 322 УК РМ. Содержание таких норм, как правило, невозможно было выяснить без обращения к нормам гражданского и хозяйственного законодательства, ведомственных нормативных актов.

То есть применение уголовно-наказуемых норм о преступлениях против правосудия требовало (и требует) искусственно осложненного обращения к нормам других глав Особенной части, а также нормативных актов других отраслей права.

Анализ правоприменительной судебной практики, на наш взгляд, убедительно доказывает нецелесообразность отнесения к преступлениям против правосудия деяний, которые непосредственно не связаны с осуществлением правосудия: заведомо ложный донос, заведомо ложные показания или отказ свидетеля от дачи показаний, отказ эксперта от дачи заключения на до-судебном следствии, невыполнение судебного решения, побег из мест лишения свободы или из-под стражи, нарушение правил административного надзора и т.п.

На наш взгляд, у законодателей было больше оснований для отнесения таких преступлений к категории совершенных против порядка управления, как таковых, что препятствуют (затрудняют) деятельности правоохранительных органов, которые (кроме прокуратуры) относятся к исполнительной, а не к судебной власти. Некоторые из них имеют все основания для отнесения к категории преступлений, посягающих на честь и достоинство человека и гражданина. Ведь действия лица, совершающего заведомо ложный донос, направляются, в первую очередь, против невинного, а не против правосудия, как формы реализации государственной власти. И возбужденное по доносу уголовное дело, зачастую, не доходит до суда, а заканчивается на стадии досудебного следствия



процессуальным решением государственного органа, относящегося к другой (исполнительной, а не судебной) ветви власти.

Если говорить о национальном уголовном законодательстве Украины, то судебная реформа и реформа уголовной юстиции, введение в действие нового УПК непременно приведут, уверен, к внесению соответствующих изменений и в Уголовный кодекс в части регламентации ответственности за преступления против правосудия. На наш взгляд, это необходимо хотя бы с учетом общественного, идеологического и политического аспектов: если суждение о государстве как о правовом, демократическом и социально ориентированном напрямую зависит от доступности, справедливости и защищенности правосудия, необходимо исходить из «Основных принципов независимости правосудия», одобренных резолюциями 4032 и 40/146 Генеральной Ассамблеи ООН от 23 ноября и 13 декабря 1985 года. В них, в частности, отмечалось (п. 2), что «... судебные органы решают переданные им дела ... без каких-либо ограничений, неправомерного влияния, побуждения, давления, угроз или вмешательства, прямого или косвенного, с любой стороны и по каким бы то ни было причинам» [13].

Предостережение международного сообщества, демократические принципы правосудия которого являются определяющими для Республики Молдова и Украины, признающих принципы деятельности Европейского Суда по правам человека и все постановленные им решения, в сегодняшних условиях приобретает особую смысловую нагрузку, требуя все новых ответов на затянувшиеся проблемы национального правосудия. Одни из ответов Украина уже подготовила принятием нового КПК, вобравшего в себя опыт европейских стран касательно, в частности, его защиты от непроцессуальных вмешательств.

Выводы. Исторический путь

развития правовых систем Республики Молдова и Украины, международный опыт стран устоявшейся демократии в вопросах защиты правосудия от любого вмешательства, рекомендации международных организаций, касательно содержательной сути правосудия, как сферы государственной деятельности дают, на наш взгляд, достаточные основания для перегруппирования преступлений против правосудия в национальном законодательстве, перевода части из них в категорию преступлений против порядка управления (авторитета государства).

Указанное, кроме прочего, будет содействовать также и формированию реального представления о действительном состоянии правосудия, уточнению и реформатированию государственной политики по предотвращению преступных посягательств, а посредством официальной статистики – и формированию справедливого общественного мнения об уровне демократии в государстве.

Список использованной литературы:

1. Уголовный кодекс УССР, 1927 г. // Юрид. изд-во НКЮ СССР. – М., 1942
2. Уголовный кодекс РСФСР, 1922 г. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ug-kodekc.ru/>
3. Лозовицька Г.П. Сравнительно-правовой анализ преступлений против правосудия по законодательству государств ближнего зарубежья // Российский следователь /М.: 2009. – № 1. – с.37–40.
4. Модельный Уголовный кодекс для государств-участников СНГ 1996 г. // Правоведение, 1996. – № 1
5. Конституція УРСР 1937р. // [Электронный ресурс].

– Режим доступа: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/37>

6. Конституція УРСР 1978р. // Відомості Верховної Ради УРСР, 1978.– № 18. – с. 268.

7. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик от 25 декабря 1958 г. // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1959. – № 1. – Ст. 8

8. Кримінальний кодекс Української РСР, 1960 р. // К.: Юрінком Інтер, 1998 р.

9. Уголовный кодекс Республики Беларусь // Минск, изд-во Амалфея, 2008

10. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.akademia.gp.gov.ua/ua>

11. Уголовный кодекс Грузии // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lib.com.ua/>

12. Уголовный кодекс Республики Молдова // С.-Петербург, изд-во «Юридический центр Пресс», 2003

13. «Основні принципи незалежності судових органів» схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29.12 та 13.12 1985 року // Юридичний вісник України. – 2002. – 10. – № 40



АФРИКАНСКАЯ СИСТЕМА ИМПЛЕМЕНТАЦИИ И ПРИМЕНЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

КАМАЛ МАКИЛИ-АЛИЕВ,
доктор философии в праве (LL.D)

В Африке, Африканский Союз, ранее известный как Организация Африканского Единства, сыграл выдающуюся роль в развитии африканской юриспруденции в области международного права прав человека. Достижения данной региональной системы прав человека и будут рассмотрены в данной части работы. Африканская система во многих отношениях намного менее развита, чем ее американский и европейский аналоги, и все же ее огромный успех состоит уже в ее существовании как таковом. Данная система самая молодая из полностью сформировавшихся (имеющих механизмы мониторинга и имплементации) систем защиты и продвижения прав человека. Организация Африканского Единства была создана в 1963 году в атмосфере быстрого и широко распространенного процесса деколонизации. Она была создана для установления межафриканских отношений среди новых государств и для предоставления форума для формулировки и обсуждения африканской политики vis-à-vis третьих государств. При формулировке Устава Организации, права человека не были единственным приоритетом, хотя Устав Организации и устанавливает, в отношении государств-участников, обязанность «координировать и интенсифицировать их сотрудничество и старания для достижения лучшей жизни для народов Африки». Устав Организации Африканского Единства также устанавливает, что «свобода, равенство, правосудие и достоинство являются необходимыми целями для достижения легитимных стремлений народов Африки», при этом признавая в формулировках как Устав ООН, так и Всеобщую декларацию прав человека [1].

Организация Африканского Единства служила форумом для африканских государств, но не выражала желания вмешиваться в систематические нарушения прав человека, которые допускали различные военные режимы в регионе. В заключительной декаде двадцатого века было несколько случаев, когда государства-члены вмешивались (единолично или вместе с миротворческими миссиями) в ситуации с систематическими серьезными нарушениями прав человека в других государствах-членах. Однако мотивы и методы некоторых таких миссий оставались туманными, так как многие добавили больше масла, чем воды в огонь гражданских войн.

Решение учредить Африканский

Союз было принято на экстраординарной сессии Организации Африканского Единства в 1999 году. Саммит, проведенный на следующий год в Того, принял Конституционный Акт Союза. Со вступлением в силу Договора об образовании Африканского Союза, Организация Африканского Единства перестала существовать, Дурбанский Саммит в 2002 году запустил в действие новую организацию и собрал первую Ассамблею глав государств Африканского Союза. Основной функцией Африканского Союза является продвижение ускоренной интеграции континента, достижение большего единства и солидарности между африканскими странами. Мир, безопасность и стабильность являются предпосылками

реализации целей Союза [2].

В настоящее время еще не создано альтернативы текущему механизму мониторинга и имплементации прав человека, ранее использовавшемуся под эгидой Организации Африканского Единства. Африканский Союз основан на принципе уважения прав человека. Уставные документы подчеркивают роль прав человека в регионе и внутри организации, выделяя продвижение прав человека как одну из главных целей [3].

1. Развитие защиты прав человека

Учитывая широкую распространенность военных диктаторов, таких как Амин, Кенъятта и Нкрума, достижения консенсуса по поводу желанности региональной системы прав человека было процессом длительным. С другой стороны достижение консенсуса по продвижению «освобождения» от колониализма было намного более поддающимся делом. В 1981 году Организация Африканского Единства приняла Африканскую Хартию Прав Человека и Народов. Данный документ был создан для отражения африканских концепций прав, а потому он выделяется по фразеологии и основным принципам. В 1998 году был принят Протокол к Хартии – Протокол по учреждению Африканского суда по правам человека и народов, – который все еще не вступил в силу. Африка в силу своей колониальной истории заключает в себе большое количество различных юридических и лингвистических традиций. В Африке также процветает богатая система традиционного и обычного права, а также правил поведения, до сих пор используемых коренными народами в некоторых ее частях. В некоторых отношениях, данный регион менее гомогенен, по сравнению с Европой и Америками. Несмотря на это, в Африке существует общая историческая традиция прав, если не учитывать, что для нее практически нет инфраструктуры, с трансна-



циональным признанием важности общества перед индивидом. Данный момент отражен в Хартии путем выделения прав «народов».

2. Африканская Хартия и другие документы

Африканская Хартия Прав Человека и Народов. Хартия (часто называемая Банжунской) вступила в силу в 1986 году. Она заключает в себе африканскую концепцию прав и ставит своей целью быть доступной африканской философии: она поражает тем, насколько она выделяется среди международных и региональных документов, так как ставит ударение на права человека и народов и предусматривает обязанности индивида и групп по отношению к государству. Далее, выделяющейся особенностью является то, что в отличие от других региональных и международных документов, государствам не позволено ограничивать статьи Хартии. Потому права и обязанности, предусмотренные в Хартии, остаются в действии даже во время чрезвычайных ситуаций.

В отличие от других региональных организаций, Организация Африканского Единства приняла интегрированный подход к правам человека. В преамбуле Хартии говорит о том, что стороны уверены, что совершенно необходимо уделять особое внимание праву на развитие [4]. Интересен тот факт, что Преамбула также отмечает, что гражданские и политические права не могут быть разделены с экономическими, социальными и культурными правами, как в силу их концепции, так и в силу их универсальности. Признание неделимости прав человека прогрессивно характеризует современные международные и региональные документы по правам человека. Однако, Африканская Хартия была одним из первых документов, которые комбинировали все типы прав в одном целом документе. Включение права на развитие и права на «общую удовлетворительную окружающую среду, благоприятную для... развития» [5] свидетельствует о прогрессивности системы, шедшей впереди современной на то время юридической мысли. Хартия идет дальше, подчеркивая, что «удовлетворение экономических, социальных и культурных

прав это гарантия для применения гражданских и политических прав» [6]. Такой подход также ставил под сомнение, на тот момент конвенциональный, подход о необходимости обеспечения гражданских и политических прав, в тоже время прогрессивно работая на обеспечение прав – экономических, социальных и культурных (см. выше – Международный Билль о Правах).

Многие права, содержащиеся в Хартии, отличаются от своих эквивалентов в других документах – например осуждение колонизации в этом смысле – см. статьи 19, 20(2) и 20(3) [7]. Инициатива статьи 21(5) – это устранение новых форм колонизации: экономической эксплуатации природных ресурсов международными монополиями и иностранными властями. Новейшая история Африки также припоминается в статье 12(5), которая ставит под запрет массовые депортации национальных, расовых, этнических и религиозных групп [8].

В Хартию включен довольно объемный список прав народов [9]. Данные права используются коллективно и включают в себя право на существование, право на свободное использование богатств и природных ресурсов, право на экономическое, социальное и культурное развитие, право на международный мир и безопасность и право на общую удовлетворительную окружающую среду, благоприятную для развития того или иного народа. В передовом решении Африканской Комиссии были признаны нарушения прав народов на окружающую среду и природные ресурсы (*Morka, Social and Economic Action Centre et. al. v Nigeria*) [10].

Глава II Хартии сфокусирована на обязанностях. Обязанности, установленные Хартией, выходят за пределы естественных прав, предоставляемых индивидам (при этом статья 27(2) устанавливает более распространенную обязанность для индивидов, использовать свои права и обязанности с уважением по отношению к правам других, коллективной безопасности, морали, и общим интересам). Данный подход заключается в том, что это индивид должен выполнять определенные обязанности, которые уходят в серд-

це африканского общества. Статья 27 накладывает обязанности на всех индивидов по отношению к семье и обществу, государству и другим, юридически признанным сообществам и международному сообществу [11]. Интересно то, что запрет на дискриминацию, толерантность по отношению к другим, также являются обязанностями. Такой подход является отражением «права быть другим», которое пропагандируется многими международными правоведами. Наконец, индивиды обязаны сохранять гармоничное развитие в семье, служить обществу, сохранять и усиливать национальную независимость и территориальную целостность, а также сохранять и усиливать позитивные африканские культурные ценности [12]. Для некоторых из указанных концепций при этом отсутствуют определения, а проблемы, возникающие при попытке их применения, очень многочисленны. Несмотря на это, во многих отношениях функционирование Хартии, как таковой, во многом зависит от данных обязанностей, так как корреспондирующие им права рассматриваются в том же свете.

Конвенция Организации Африканского Единства по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке от 1969 года. В результате гражданской нестабильности, авторитарного правления, войн между племенами и природных катастроф в африканском обществе происходит частое перемещение народов: побег от военных действий, из-за голода. Беженцы являются очень серьезной проблемой во многих регионах. Поэтому совершенно естественно, что Африка лидирует в принятии документа, направленного исключительно на регулирование ситуации с беженцами. Многие положения Конвенции отражают такие же положения Конвенции ООН «О статусе беженцев» от 1951 года (статья VIII(2) конвенции характеризует данный документ как «эффективное региональное дополнение» к Конвенции ООН) [13]. В Конвенции предусматриваются нормы о предоставлении убежища, а также о добровольной репатриации. Конвенция также регулирует сотрудничество между Организацией Африканского Единства



и Верховным комиссаром ООН по делам беженцев.

Африканская Хартия прав и благосостояния ребенка от 1990 года. Данная Хартия вступила в силу в 1999 году. Во многих отношениях она отражает охват и популярность Конвенции ООН «О правах ребенка» (участниками которой являются все африканские государства, кроме Сомали). Хартия признает то, что детям в Африке требуется специальная поддержка и содействие – «ситуация многих африканских детей остается критической в силу уникальных факторов социально-экономических, культурных и традиционных обстоятельств их развития, природных катастроф, вооруженных конфликтов, эксплуатации и голода» [14]. Хартия считает, что права детей налагают обязанности на всех. Многие положения сходны с теми, которые были включены в Конвенцию ООН, однако в африканском варианте права распространяются на всех без исключения подростков, не достигших восемнадцатилетнего возраста. Наилучшие интересы ребенка всегда должны быть основным фактором в определении его судьбы [15]. Следуя тональности Африканской Хартии как таковой, на детей налагаются обязательства по отношению к семье, обществу, государству и международному сообществу. Данные обязанности включают уважение и заботу о родителях, старших и пожилых, служение обществу, сохранение и усиление национальной солидарности и африканских культурных ценностей, а также способствование продвижению и достижению африканского единства [16].

Комитет Экспертов (статья 32) занимается мониторингом соблюдения Хартии прав и благосостояния ребенка. Первая встреча Комитета состоялась в 2002 году. Данный комитет обладает широким мандатом по продвижению и защите прав детей. В отличие от Комитета ООН, Комитет Экспертов обладает полномочиями на прием и рассмотрение индивидуальных жалоб, которые разбираются конфиденциально, но при этом, в духе ООН, отчеты Комитета Экспертов должны распространяться в публичном порядке [17].

Протокол к Африканской Хартии

Прав Человека и Народов «О правах женщин». Черновой вариант данного Протокола был принят Комиссией по правам человека и направлен на обсуждение в Организацию Африканского Единства. Он был принят Африканским Союзом в июле 2003 года, а вступил в силу в ноябре 2005 года. Протокол является средством обеспечения Пекинских принципов (ООН) и плана действия в соответствии с ними. Он также является составной частью существующей на данный момент системы прав человека в Африке. Права, заключенные в Протоколе, значительно продвигают права женщин, охватывая проблемы аборт, женского обрезания и уязвимых групп, таких как престарелые и вдовствующие.

3. Институциональная система (система органов)

Вслед за учреждением Африканского Союза был обновлен и список органов, созданных для новой организации. Ассамблея Глав Государств и Правительств является главным органом Союза. Комиссия, состоящая из восьми комиссаров, охватывает отдельные сферы курса деятельности: портфель Комиссара по политическим делам *inter alia* охватывает права, демократию и беженцев. Саммит в Лусаке в 2001 году принял решение в добавок учредить Совет мира и безопасности, учредительный Протокол которого уже вступил в силу, а его члены были избраны в 2006 году. В подобие другим региональным интеграционным организациям, в марте 2004 года был учрежден Всеафриканский парламент для предоставления голоса всем народам Африки, участвующим в данной организации. Также были созданы Экономический Социальный и Культурный Совет и Африканский Суд. Заключают институциональную систему новой организации Африканский Центральный Банк, Монетный Фонд и Инвестиционный Банк. На время переходного периода было создано некоторое количество временных органов. Африканский Союз в 2005 году запросил создание документа о слиянии Африканского Суда и Суда по Правам Человека и Народов. С января 2006 года Союз продолжает работу по созданию Африканского Суда по Правам Человека и Народов.

Африканская комиссия по правам человека и народов. Данная Комиссия была создана в 1987 году и состоит из одиннадцати независимых экспертов. Члены Комиссии служат лично, и должны пользоваться самой высокой репутацией морально чистых, честных и беспристрастных людей, компетентных в вопросах прав человека и народов [18]. В контрасте от предыдущего состава, члены комиссии на сегодняшний день отличаются удовлетворением большинства указанных критериев, а также представляют собой широкий географический баланс. Комиссии поручено продвигать и защищать права человека и народов во всем регионе [19]. В этом отношении функции Комиссии включают толкования Хартии и продвижение прав человека путем сбора документов, проведения исследований по африканским проблемам в сфере прав человека и народов, распространения информации, организации симпозиумов, формулировки принципов и правил, направленных на решение юридических проблем, связанных с правами и свободами, и сотрудничества с другими африканскими и международными учреждениями, занятыми в деле продвижения и защиты прав человека и народов, а также путем защиты прав человека в соответствии с Хартией [20].

Комиссия опирается в своей деятельности на основное международное право, включая положения различных африканских документов по правам человека и народов, на Устав Организации Объединенных Наций и на Всеобщую декларацию прав и свобод человека. Африканские законы, обычаи и практика так же могут быть приняты во внимания в той мере, в которой они соответствуют международным нормам прав человека и народов [21].

Комиссия собирается дважды в год на двухнедельные сессии – обычно каждая встреча проводится всегда в другом африканском государстве. Данный метод позволяет открыться доступ к Комиссии как со стороны общественности (одна неделя в каждой сессии открыта для публичного участия), так и со стороны государств и НПО. Несмотря на выгодные стороны ротационных

сессий Комиссии, затраты на транспортировку и коммуникации могут постоянно повышаться. Как уже отмечалось ранее, Комитет по правам человека ООН старается поделить свои встречи между Нью-Йорком и Женевой, хотя многие другие мониторинговые учреждения чаще всего находятся в одном и том же городе или стране.

Комиссия получает отчеты от государств-участников каждые два года. У нее также есть полномочия на получение и рассмотрение межгосударственных жалоб и индивидуальных коммунике. Основной ролью Комиссии является продвижение прав человека. Генерирование знания прав в регионе, часто раздираемом борьбой и до сих пор характеризующимся угнетательскими режимами, это наверно первый шаг в сторону обеспечения продвижения основных прав и свобод.

Африканский Суд по Правам Человека и Народов. Протокол к Африканской Хартии об учреждении Африканского Суда по Правам Человека и Народов от 1997 года ставит своей целью создание Суда, который бы дополнил и усилил работу Комиссии в продвижении и защите прав человека и народов, указанных в Хартии (Преамбула) [22]. Союз Комороса стал пятнадцатым по счету государством, ратифицировавшим протокол, который после этого вступил в силу в январе 2004 года. Ассамблея назначила первых судей в январе 2006 года (DOC.EX.CL/241(VIII)).

Суд состоит из одиннадцати судей, избираемых среди «юристов с высокой моральной репутацией и признанной высокой практической и академической компетенцией в области прав человека и народов» [23]. Все судьи данного суда должны быть гражданами государств-членов. Судьи избираются на семилетний срок с одной возможностью повторного переизбрания. Следуя общепринятой практике, предусматривается ротационная система перевыборов (четверо судей, каждые два года) [24]. В отличии от других документов, Протокол устанавливает прямое и детализированное положение о независимости судей: судьи не могут рассматривать дела, в которых они до этого участвовали каким

либо образом; судьи, на срок своих полномочий, получают иммунитет, равный дипломатическому, в соответствии с международным правом; также судьи не могут привлекаться к ответственности за вынесенные ими во время исполнения своих функций решения и заключения [25]. В отличии от Комиссии, Суд получит постоянное место расположения, но при этом сможет собираться в любом государстве-участнике по необходимости. Избранный Президент Суда должен будет заседать по месту постоянного местонахождения Суда и работать в полном режиме. Скорее всего, Суд будет размещен в Танзании (т.е. на обратной стороне континента по отношению к Комиссии).

Суд обладает юрисдикцией по всем диспутам и делам, переданным ему на рассмотрение в отношении толкования и применения Хартии, Протокола и любой другой африканской конвенции в области прав человека [26]. Суд обладает консультативной (дает консультативные заключения по любому соответствующему юридическому казусу) и декларативной (рассматривает дела и выносит по ним решения) юрисдикциями. Если Суд установит нарушение прав человека или народов, он постановит применение соответствующих мер для исправления ситуации – меры могут включать возмещение ущерба или другие соответствующие репарации, а при определенных обстоятельствах, даже временные меры [27].

Решения Суда являются окончательными и обязательными к исполнению и принимаются большинством голосов (хотя к делу могут быть приложены особые мнения судей). Исполнение любого решения Суда находится под наблюдением Совета Министров Организации Африканского Единства (на данный момент соответствующего органа Африканского Союза) по поручению Ассамблеи. Регулярные отчеты о деятельности Суда должны представляться на рассмотрение Ассамблеи, при этом внимание будет уделяться государствам, не исполняющим решения Суда [28]. Таким образом суд может использовать публичность как оружие.

Комиссия и Государства обладают правом на автоматическое *locus*

standi перед Судом. Предполагается, что дела частных сторон будут изначально вынесены на рассмотрение Комиссии в соответствии со статьей 55 Хартии о Правах Человека и Народов (как было рассмотрено выше). Однако, Протокол о Суде предоставляет возможность исключительной юрисдикции в отношении дел, предоставленных индивидами, неправительственными организациями или группами индивидов [29]. Учитывая, что в нормальном процессе рассмотрения индивидуальных жалоб, предусматривается, что Суд будет рассматривать такое дело только после отчета Комиссии или вынесения ею решения, данная система очень напоминает систему Совета Европы до вступления в силу Одиннадцатого Протокола к Европейской Конвенции о Правах Человека. При этом новый Суд будет обладать полномочиями на вызов индивидов для дачи показаний. Суд будет при нормальных обстоятельствах проводить заседания открыто, но может и проводить их *in camera*, в случае если того требуют интересы правосудия. Любой судья, являющийся гражданином государства-участника по делу, может заседать при рассмотрении дела. В общем смысле ожидаются, что дела будут рассматриваться семью судьями, хотя Протокол устанавливает положения для возможности создания двух Палат, состоящих из пяти судей.

Очевидно, что функционирование Суда будет зависеть от Правил Процедуры, которые он примет, когда будет полностью учрежден. Однако, совершенно ясно, что Суд будет работать рука об руку с Комиссией, защищая прав человека и народов в любой точке Африки независимо от географического положения. Так как он будет новейшим региональным судебным органом по правам человека, Африканский Суд будет иметь доступ к широкому выбору источников права, включая те, что указаны в статьях 60 и 61 Африканской Хартии [30]. Данный Суд по идее должен оказаться в таком положении, в котором он сможет быстро развить истинно африканскую юриспруденцию в области прав человека и народов.

Ассамблея Глав Государств и Правительств. Данный орган являет-



ся политическим органом Африканского Союза. Его состав и функции определяются в соответствии с договором об Организации Африканского Единства. По сути, применение прав человека находится на усмотрении Ассамблеи. В этом отношении Ассамблея рассматривает ежегодные отчеты Комиссии о проделанной ею работе. Как и в других системах прав человека, применение находится в области политических фигур. Естественно, применение международного права прав человека, таким образом, зависит от коллективной политической воли государств-членов. До сегодняшнего дня поощряется более мягкий дипломатический подход при применении указанного права, хотя история видела и случаи более насильственного вмешательства государств. Такие насильственные случаи не всегда были санкционированы ОАЕ (или тем более ООН).

Роль неправительственных организаций (НПО). Хотя юридически НПО и не являются частью системы органов, установленной Африканской Хартией или даже ОАЕ, они играют серьезную роль в данной системе. Таким образом, включение их в это исследование оправдывается. Участие НПО в африканской системе является беспрецедентным в международном праве прав человека. Африканская Комиссия установила отношения со многими НПО и предоставила некоторым статус наблюдателей. Комиссия даже формализовала критерии, которые нужны НПО для получения и поддержания статуса наблюдателей. Признанные НПО могут быть национальными и транснациональными. НПО предоставляют Комиссии детальную информацию и статистику, полученную «на местах», и, чего нету нигде, НПО могут и выносят дела на рассмотрение Комиссии.

Как подчеркнула Международная Конференция по правам человека от 1993 года, в общем смысле, включением НПО в применение международного права прав человека, африканская система показала, что смотрит дальше в будущее, чем родственные ей системы (хотя также признается то, что многие документы ООН, существовавшие до африканской системы, уже имели в чер-

новых вариантах проекты участия НПО). Существует много практических причин для поощрения участия НПО в африканской системе, и не последний из них тот факт, что НПО могут обладать ресурсами и желанием для продвижения дел. Индивид не всегда находится в столь удачной позиции (при этом, как уже говорилось, индивиды могут быть вызваны для дачи показаний). Как указывает Рейчел Муррей, «спорным является тот вопрос, что необходимость участия НПО в африканской системе возникла из-за слабости и неэффективности Африканской Комиссии». Она заключает при этом, что участие НПО является необходимой и интегральной частью «холистической и общественной ответственности», продвигаемой Комиссией [31].

Участие НПО в африканской системе процесс двоякий: при том, что у них есть доступ к Комиссии и даже некоторые права на участие в публичных заседаниях, у НПО также есть обязанности в области продвижения прав человека. Они следуют данным обязательствам посредством национальных программ-тренингов, распространения материалов, поднятием профиля Хартии на национальном уровне, особенно в сельской местности, и обеспечением визитов Комиссии в государства. Время от времени Комиссия открыто использует информацию, предоставленную НПО, когда информацию невозможно получить напрямую от государства.

4. Применение права прав человека

Как и многие другие системы применения международного права прав человека, африканская оперирует системой отчетов для мониторинга следования государств своим обязательствам. Межгосударственные и индивидуальные коммюнике, направляемые в Комиссию, позволяют проводить более детальные дискуссии тех или иных ситуаций требующих внимания.

Отчеты. Статья 62 Хартии накладывает на государство обязательства по представлению на рассмотрение, каждые два года, отчетов о законодательных и других мерах, принимаемых в целях применения прав и свобод, признаваемых Хартией

[32]. Двухлетний отчетный период сравнительно короче, чем те, что предусматриваются другими международными документами по правам человека. Во многих отношениях двухлетний процесс является позитивным шагом для молодой организации, так как это может поторопить государства в постоянном улучшении ситуации в пределах их юрисдикций. Однако, как и в других международных и региональных учреждениях, Комиссия столкнулась с серьезными проблемами в обеспечении пунктуальности получения отчетов от государств. Учитывая задолженность государств в отношении отчетов и скорость происходящих изменений в некоторых частях Африки, отчеты могут устаревать еще до их рассмотрения.

Государства присылают своих представителей на те заседания Комиссии, на которых рассматриваются их отчеты. Представитель государства представляет отчет, отвечает на вопросы и обсуждает все возникающие в связи с отчетом проблемы.

Межгосударственные жалобы.

Данные жалобы могут быть вынесены на рассмотрение Комиссии в соответствии со статьей 47 Хартии [33]. В таких случаях ударение ставится на мирное разрешение диспута между сторонами, со ссылкой, по необходимости, на Комиссию. Перед тем как Комиссия может приступить к рассмотрению межгосударственного дела, она должна убедиться, что были исчерпаны все существующие средства местной правовой защиты. Такое положение само по себе может быть проблематичным – в то время как могут существовать какие-либо субрегиональные организации, которые могут заниматься таким делом, шанс, что межгосударственный вопрос может быть решен или хотя бы рассмотрен в национальном суде, очень невелик. Государства должны предоставить на рассмотрение Комиссии все относящиеся к делу материалы, и их представители должны присутствовать на заседаниях для дачи устных заявлений. Комиссия может также ссылаться и на «другие источники» [34] для того, чтобы получить настолько четкую картину оспариваемых событий, насколько это возможно. Если полюбовного



соглашения не намечается, Комиссия составит отчет по фактам и полученным данным, для передачи его государствам и Ассамблее Глав Государств и Правительств.

Как и в случаях с другими региональными и международными организациями государства с неохотой подают жалобы, несмотря на частоту серьезных нарушений прав человека в некоторых африканских государствах. На сегодняшний день дело *Democratic Republic of Congo v Rwanda, Burundi and Uganda* является единственной межгосударственной жалобой, дошедшей до Комиссии [35]. Дополнительная жалоба была недавно направлена Конго в отношении тех же сторон в Международный суд. Эти жалобы до сих пор находятся на стадии рассмотрения в обеих инстанциях.

Индивидуальные жалобы. Комиссия обладает полномочиями принимать и рассматривать индивидуальные жалобы, а именно «коммунике отличные от тех, что представляют государства-участники данной Хартии» [36]. Данный мандат можно назвать очень широким, так как он предоставляет *locus standi* для индивидов, народов, групп и неправительственных организаций, которые могут подавать свои жалобы. Большинство жалоб, полученных Комиссией в соответствии с данной статьей, это жалобы от НПО. Африканская система НПО достаточно активна и становится высокоразвитой в транснациональном измерении. Решения о принятии дела к рассмотрению принимаются простым большинством: должны быть исчерпаны все местные средства правовой защиты, а жалоба должна быть подана в разумные сроки после исчерпания таких средств. Жалобы могут рассматриваться на основании принципа анонимности, но при подаче жалобы должна быть указана личность автора [37]. Председатель Комиссии представляет жалобу к вниманию государства, против которого направлена жалоба, до ее рассмотрения. В рассмотрении дела Комиссия обладает правом использовать «любой соответствующий метод расследования» [38]. Такое положение позволяет использовать информацию НПО и других заинтересованных учреж-

дений. Комиссия обычно составляет отчет по принятому к рассмотрению коммюнике.

Говоря словами Комиссии, целью процедуры рассмотрения индивидуальных жалоб, является «иницирование позитивного диалога, приводящее к мирному соглашению между жалобщиком и государством, что исправляет возникшую ситуацию» (*Free Legal Assistance Group et al. v Zaire*) [39]. Ударение таким образом ставится на достижение мирного соглашения в процессе, который изначально не предполагается судебным. В том случае если подобного разрешения проблемы добиться невозможно, Комиссия принимает решение по существу дела (например, *Mkongo Louis v Cameroon*) [40]. В отличие от своего межамериканского эквивалента, Африканская Комиссия продемонстрировала нежелание принимать решения в отсутствие государства в качестве ответчика по предполагаемым нарушениям. Однако, в 1993 году, после получения серии жалоб на серьезные нарушения прав человека в Малави, в свете отсутствия какого-либо ответа со стороны государства и отказа Малавских властей разрешить Комиссару Организации Африканского Единства приехать с миссией в данное государство, Комиссия приняла резолюцию, осуждающую отношение Малавских властей и объявляющую подтверждение массивных серьезных нарушений прав человека в Малави. В 1994 году Комиссия решила, что она может признавать наличие нарушения, если на предполагаемые факты нет ответа государства. Таким образом, на данный момент ее позиция такая же, как и у Межамериканской Комиссии со дня ее основания.

Если индивидуальные коммунике откроют наличие «серии серьезных или массивных нарушений прав человека и народов», Комиссия должна привлечь внимание Ассамблеи Глав Государств и Правительств [41]. Далее Комиссия может быть запрошена о завершении расследования по делам и составлению отчета с приложением полученных данных и рекомендациями. Схожие глубинные исследования могут быть проведены Комиссией в отношении любого государства, объявившего чрезвычай-

ную ситуацию [42]. За короткое время большое количество африканских государств могло бы быть проверено в соответствии с данным положением, так как Африканский континент зачастую является сценой серьезных систематических нарушений международного права прав человека.

5. Заключительные комментарии

В сравнительно короткий период времени Африканская комиссия по правам человека и народов внесла большой вклад в права человека в Африке. Теперь государства могут быть привлечены к ответственности на региональном уровне за нарушения прав и свобод. Однако, по сравнению с другими региональными учреждениями, африканская система является слабой и неэффективной. Как и у всех мониторинговых органов, у Комиссии большие проблемы с получением от государств отчетов (они опаздывают, либо теряются). Двухлетние циклы отчетов и скорость изменений, происходящих в Африке, делают большинство отчетов устаревшими. Прогресс, хоть и медленный, все же идет в сторону обеспечения быстрых и регулярных государственных отчетов. Комиссия может принимать, например, копии отчетов, представленных на рассмотрение органов ООН, а государства, не представившие отчеты, будут названы публично. Работа Комиссии также серьезно отяжеляется ее зависимостью от дипломатических каналов, а потому Комиссия часто оказывается некомпетентной в свете серьезных и систематических нарушений прав человека. В действительности ее практический эффект на нарушения в регионе очень ограничен. Однако, как все системы защиты права прав человека, Комиссия может выступать в качестве сдерживающего механизма, несмотря на то, что многие режимы его просто игнорируют. Публичность, представляется ключевым инструментом развития африканской системы – публичность, продвижение прав и публичное осуждение их нарушений.

Анализ статистики по функционированию и деятельности Комиссии показывает драматический скачок в ее функционировании. Сейчас на рассмотрении Комиссии находят-



ся больше дел, чем раньше, проводится больше миссий по добыванию фактов, и Комиссия толкует положения Хартии в сторону предоставления большей защиты африканскому гражданину. Создание Африканского Суда отклоняет некоторую критику, направленную в сторону Комиссии, хотя уровень успеха нового органа и его реальный вклад все еще только предстоит увидеть. Африка сама по себе меняется и достигает более высокого уровня демократизации. В 1999 году Первая министерская конференция по правам человека ОАЕ в Африке собралась на Маврикии и приняла Декларацию и План Действий для продвижения и обеспечения прав человека в регионе. Многие изменилось с тех пор.

Африканская система молода, но прошла крутой обучающий поворот. Она добилась невероятно успеха в тяжелых условиях. Через весь этот путь она смогла сохранить отличительные африканские характеристики. Хотя африканская система и представляет собой систему более холистическую, на деле это утверждение выглядит несколько преувеличенным, а потому есть надежда, что Комиссия «наберет уверенность в себе для претворения своих заявлений в практику» [43].

Литература:

Устав Организации Африканского Единства, ОАЕ, 1963, статья II(1)(e). - <http://www.krugosvet.ru/articles/109/1010966/1010966a2.htm>, 1 февраля 2009.

² Устав Африканского Союза, АС, 2002. - http://www.au2002.gov.za/docs/key_oau/au_act.htm, 1 февраля 2009.

³ См. там же, статья 3(f).

⁴ Африканская Хартия Прав Человека и Народов, ОАЕ, 1986. - <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html>, 1 февраля 2009.

⁵ См. там же, статьи 22 и 24.

⁶ См. там же, Преамбула.

⁷ См. там же

⁸ См. там же

⁹ См. там же, статьи 19-24.

¹¹ Morka, Social and Economic Action Centre v Nigeria, Case 155/96, ACHPR/COMM/A044/1 (2002).

¹² Африканская Хартия Прав Человека и Народов, ОАЕ, 1986. - <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html>, 1 февраля 2009.

¹³ См. там же, статья 29.

¹⁴ Конвенция Организации Африканского Единства по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке, ОАЕ, 1969. - <http://hrlibrary.ngo.ru/russian/asylum/Rafr3.1.1.html>, 1 февраля 2009.

¹⁵ Африканская Хартия прав и благосостояния ребенка, ОАЕ, 1990, Преамбула. - http://www.africa-union.org/official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/A.%20C.%20ON%20THE%20RIGHT%20AND%20WELF%20OF%20CHILD.pdf, 1 февраля 2009.

¹⁶ См. там же, статья 4.

¹⁷ См. там же, статья 31.

¹⁸ См. там же, статьи 42 и 44.

¹⁹ Африканская Хартия Прав Человека и Народов, ОАЕ, 1986, статья 31. - <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html>, 1 февраля 2009.

²⁰ См. там же, статья 30.

²¹ См. там же, статья 45.

²² См. там же, статьи 60 и 61.

²³ Протокол к Африканской Хартии об учреждении Африканского Суда по Правам Человека и Народов, ОАЕ, 1997, Преамбула. - http://www.achpr.org/english/_info/court_en.html, 1 февраля 2009.

²⁴ См. там же, статья 10

²⁵ См. там же, статья 14

²⁶ См. там же, статья 15

²⁷ См. там же, статья 3

²⁸ См. там же, статья 24

²⁹ См. там же, статьи 27 и 28

³⁰ См. там же, статья 6

³¹ Африканская Хартия Прав Человека и Народов, ОАЕ, 1986. - <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html>, 1 февраля 2009.

³² Murray R. The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law. – Oxford: Hart, 2000, с. 102.

³³ Африканская Хартия Прав Человека и Народов, ОАЕ, 1986, статья 62. - <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html>, 1 февраля 2009.

³⁴ См. там же, статья 47.

³⁵ См. там же, статья 52.

³⁶ Democratic Republic of Congo v Rwanda, Burundi and Uganda [2001] ICJ 2.

³⁷ Африканская Хартия Прав Человека и Народов, ОАЕ, 1986, статья 55. - <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html>, 1 февраля 2009.

³⁸ См. там же, статья 56(1).

³⁹ См. там же, статья 46.

⁴⁰ Free Legal Assistance Group et al. v Zaire, Cases 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, 9th AAR, Annex. - http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/25-89_47-90_56-91_100-93.html, 1 февраля 2009.

⁴¹ Mkongo Louis v Cameroon, Case 59/91, 8th AAR, Annex.

⁴² Африканская Хартия Прав Человека и Народов, ОАЕ, 1986, статья 58. - <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Rz1afchar.html>, 1 февраля 2009.

⁴³ См. там же, статья 58(3).

⁴⁴ Murray R. The African Commission on Human and Peoples' Rights and International Law. – Oxford: Hart, 2000, с. 201.



ПОНЯТТЯ СПОСІБ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ТА ЙОГО ЗНАЧЕННЯ В РОЗКРИТТІ ТА РОЗСЛІДУВАННІ

І.ГОРА,

доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри криміналістики Національної академії Служби безпеки України

SUMMARY

In the states, grounding on position of different sciences, the notion of the way of committing a crime is formulated, its form and content are outlined, the category "The way of committing a crime" and its place in crime detection science are considered.

* * *

Основываясь на положениях различных наук, в статье сформулировано понятие способа совершения преступления, очерчено его содержание и сущность, рассмотрена категория "способ совершения преступления" и ее место в криминалистике.

* * *

Ґрунтуючись на положеннях різних наук у статті сформульовано поняття способу вчинення злочину, окреслено його зміст та сутність, розглянуто категорію «спосіб вчинення злочину» та її місце у криміналістиці.

Постановка проблеми. В сучасний соціально-економічний період спостерігається сплеск злочинності, пов'язаної з порушенням конституційних прав і свобод громадян, убивствами, викраденнями людей, терористичними актами, корупцією та іншими небезпечними злочинами. Тому не є випадковою та обставина, що криміналізація суспільства в ряду існуючих загроз посідає чільне місце. Це ставить перед наукою, законодавчою та правоохоронною практикою завдання негайної розробки та реалізації нових підходів до боротьби із злочинністю, відшукування нових методів протидії різноманітним злочинним проявам, вжиття ефективних заходів, що відповідають реаліям сьогодення. Якісні зміни у структурі злочинності викликають необхідність пошуку нових рішень і активних заходів для вирішення проблем удосконалення діяльності правоохоронних органів із захисту прав та свобод людини і громадянина, охорони правопорядку і забезпечення суспільної безпеки.

лістика зробила вже багато, то відносно злочинної діяльності вона обмежувалась збиранням даних про способи вчинення злочинів і визначенням типових слідів, котрі залишаються внаслідок використання того чи іншого способу.

Пізнання злочинної діяльності, у ґносеологічному плані, достатньо складний процес. Його складність зумовлена, на нашу думку, двома суттєвими обставинами. З одного боку, злочинність і злочини як об'єкт наукових досліджень, не відносяться до суто криміналістичних й досліджуються низкою юридичних наук. У цьому зв'язку суттєвого значення набуває визначення специфіки криміналістичного розуміння злочинного явища, на фоні розвинутих в межах інших наук уявлень про нього. З іншого боку, злочинна діяльність не завжди входила до об'єкта й, відповідно, до предмета криміналістичного пізнання, і на сьогодні в криміналістичній теорії не має повного й несуперечливого розуміння злочинної діяльності та методів її дослідження. Криміналістичне знання про злочинну діяльність відноситься до тих нових наукових понять і концепцій, теоретичний зміст та методологічні функції яких залишаються не з'ясованими [2, с.64]. О.Ф.Лубін, підкреслюючи спонтанний характер досліджень злочинної діяльності у криміналістиці, вважає, що сьогодні пізнаваль-

Оезумовно, що науки кримінально-правового циклу, які вивчають злочинність і заходи боротьби з нею, не можуть залишатися в стороні від вирішення цього завдання. Статтею 91 Кримінального процесуального кодексу України визначається, що у кримінальному провадженні підлягають доказуванню: подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують

чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою для закриття кримінального провадження та ін. [1].

Значне місце у вирішенні цих проблем займає й криміналістика, соціальною функцією котрої є озброєння органів розслідування і правосуддя сучасними методами пошуку істини в її кримінально-правовому розумінні. Емпіричною базою для криміналістики є вивчення двох видів людської діяльності: злочинної і діяльності з виявлення, розкриття й розслідування злочинів. Якщо для діяльності з розкриття й розслідування злочинів криміна-



на ситуація змінилася [3, с.16].

Сьогодні необхідне вивчення всіх аспектів виникнення і функціонування злочинної діяльності як самостійного явища загалом, так і на рівні здійснення конкретної злочинної діяльності окремим індивідом або групою осіб. Щодо цього В.В. Тищенко зазначає, що проблема злочинної діяльності, її характеру, форм і видів, ознак, структури, а також особливостей розслідування заслуговує на подальшу розробку в криміналістичній науці з метою підвищення ефективності методів, прийомів і засобів розкриття і попередження злочинів [4, с.109].

Центральний момент у генезисі злочинної поведінки — спосіб. Саме спосіб вчинення злочину є тією головною якісною характеристикою діяльності злочинця, яка найтісніше взаємопов'язана з властивостями інших елементів злочинної події. Вивчаючи характер актів поведінки слідчий може вийти на встановлення мотиву і мети злочину, визначити шляхи для встановлення психологічного контакту з обвинуваченим, обрати для конкретного випадку тактичні прийоми проведення окремих слідчих дій і вирішити багато інших криміналістичних завдань. Спосіб вчинення злочину — не просто сума або якийсь комплекс поведінкових актів, а визначена цілісна структура поведінки, що є певною системою. Отже, як будь-яка система, що має певну структуру, спосіб вчинення злочину утворюється із взаємопов'язаних елементів, актів поведінки, спрямованих на підготовку, вчинення і приховування злочину. Ці акти поведінки — дії, операції, прийоми — сполучаються за певною ієрархією і субординацією як частини цілеспрямованої вольової діяльності [5, 73].

М.І. Снікеєв зазначає, що спосіб вчинення злочину — це система прийомів, дій, операційних комплексів, зумовлених метою і мотивами дій, психічними і фізичними якостями особи, в яких виявляються психофізіологічні і характерологічні особливості людини, її знання, вміння, навички, звички і ставлення до різних проявів дійсності. Для кожного злочину існує свій системний “набір”, комплекс дій і операцій. У

кожній людині також є система узагальнених дій, що свідчать про її індивідуальні особливості. Ці комплекси так само індивідуалізовані, як і папілярні візерунки пальців, проте, відрізняючись від останніх, сліди цих комплексів завжди залишаються на місці злочину [6, 105].

Проблема способу вчинення злочину як одна з ключових у кримінальному праві і криміналістиці залишається як і раніше дискусійною. Кримінально-правовий аспект способу вчинення злочину пов'язують з його характеристикою як одного з елементів об'єктивної сторони складу злочину. Так, В.Н. Кудрявцев під способом здійснення злочину розуміє сукупність прийомів, які злочинець використовує, реалізуючи свої наміри. У деяких випадках спосіб вчинення злочину визначає кримінально-правову норму і зумовлює караність діяння, зважаючи при цьому на безпеку способу вчинення злочину для об'єкта зазіхання, частоту його реалізації на практиці та юридичну можливість криміналізації [7, 110]. Кожний конкретний злочин вчинюється певними особами, у визначений час, у конкретному місці і чітко вираженим способом. Водночас законодавець не вважає за необхідне зазначати ці обставини у кожній конкретній кримінально-правовій нормі. Адже недоцільно та й неможливо визначити і розтлумачити у законі всі поняття і терміни, що вживаються у правовій науці і на практиці. Це стосується і способу вчинення злочину. Зокрема, спосіб уведено до диспозиції кримінально-правових норм лише для тих випадків, коли він визначає кримінальну караність діяння або впливає на характер суспільної небезпечності злочинного діяння.

У кримінальному праві спосіб вчинення злочину пов'язаний з іншими елементами його об'єктивної сторони і відбиває власне злочинне діяння, стає засадою для класифікації складу злочину, використовується як кваліфікуюча ознака. Прикладом, ст. 67 КК України серед обставин, які обтяжують покарання, називає вчинення злочину загальнонебезпечним способом. Частина 2 ст. 115 КК України встановлює відповідальність за вчинення умисного

вбивства способом, небезпечним для життя багатьох осіб.

Спосіб вчинення злочину, як і кожна з обставин доказування, має подаватись так, щоб у ньому містилися факти, які утворюють відповідну частину об'єктивної істини. У зв'язку з цим Г.Г. Зуйков до предмета доказування відносить дві групи фактів, що відбивають спосіб вчинення злочину: а) такі, що мають кримінально-правове значення; б) такі, які забезпечують необхідну повноту і конкретність описання способу вчинення злочину в обвинувальному висновку й обвинувальному вирокі. До фактів першої групи він відносить такі, що прямо передбачені статтями Особливої частини Кримінального кодексу України як кваліфікуючі вчинене за способом вчинення злочину, а також факти, які характеризують спосіб вчинення злочину як обставини, що обтяжують відповідальність. До фактів другої групи — усе те, що дозволить відповідно до зібраних доказів описати спосіб вчинення злочину таким чином, щоб подія злочину, ступінь суспільної небезпеки злочину й самого злочинця були охарактеризовані досить повно [8, 7].

Встановлення способу вчинення злочину є одним з важливих завдань процесу доказування. Таке вивчення в системі загальних положень методики розгляду злочину вимагає двобічного підходу: з одного боку — як до елемента кримінально-правової характеристики об'єктивної сторони злочину, з іншого — як до елемента процесуальної характеристики в розробці структури пізнання способу вчинення злочину, створення методів і процесуальних форм виявлення і закріплення ознак способу вчинення окремих груп злочинів.

Чітко простежується зв'язок кримінально-правового та процесуального змісту і значення способу вчинення злочинів у структурі обставин, які підлягають доказуванню. Так, В.А. Попелюшко, розглядаючи з погляду кримінального процесу спосіб вчинення злочину як частину предмета доказування, висловився про те, що цей спосіб потрібно однаково розуміти у всіх галузях знання, які включають його у предмет свого дослідження. Водночас він

ззначив, що перевагу варто надавати визначенням, розробленим теорією кримінального права. На його думку, спосіб вчинення злочину — “це певний порядок, метод, послідовність рухів і прийомів, що застосовуються особою для вчинення злочину, форма реалізації дії чи бездіяльності” [9,123]. Такий підхід дозволяє охарактеризувати спосіб вчинення злочину здебільшого з кримінально-правового погляду, тобто як елемент об’єктивної сторони злочину, який може розглядатися в конкретних ситуаціях основною ознакою суспільно небезпечного діяння. Це не дозволяє повною мірою вирішувати ті завдання, які розв’язують інші галузі знань, зокрема криміналістика.

Багато юридичних наук включають до предмета свого дослідження не лише об’єктивну сторону злочину, а і способи його вчинення, приховування, механізми злочину. Криміналістика вивчає більш тривалий проміжок діяльності винуватого у підготовці, вчиненні й приховуванні злочину, ніж це необхідно для кримінально-правової оцінки, оскільки її найчастіше цікавлять джерела зародження протиправних намірів, дії з підготовки злочину і засобів вчинення злочину, а також із вивчення злочинцем майбутньої жертви і властивостей предмета зазіхання. Криміналістів цікавить, як підшуковувалися знаряддя злочину і співучасники, як планувалося знищення слідів злочину і приховання викраденого майна, якими прийомами і методами можна “вирахувати” характеристики злочинної діяльності винуватого, дій потерпілого та інших випадкових учасників злочинної події.

Практична значимість криміналістичного аспекту злочинної діяльності вбачається ще й у використанні під час розслідування даних про ті елементи поведінки суб’єкта, які хоча й не мають власне злочинних характеристик, але пов’язані з учиненням злочину.

У криміналістиці спосіб вчинення злочину використовують для розшуку особи, яка вчинила злочин, для з’ясування закономірностей механізму слідоутворення, що в одних випадках дозволяє доказати вчине-

ний спосіб, а в інших ґрунтуючись на закономірності механізму слідоутворення — відшукати інші сліди. Тому багато методик розслідування окремих видів злочинів зважають на цю закономірність. Встановлення повторюваності способу має доказове значення, якщо в процесі розслідування доведено, що особа раніше вчинила злочин аналогічним чином. Зрештою, спосіб вчинення злочину пов’язаний зі способом його приховування [10,172-173]. Отже, чітко простежуються два значення способу вчинення, а саме: 1) розшукове, тобто використання відомостей про спосіб вчинення злочину для розшуку осіб, причетних до нього, слідів, знарядь злочину та інших доказів; 2) пізнавальне, тобто використання відомостей про спосіб для розкриття картини злочину.

Спосіб, що характеризує діяльність злочинця, відбиває відповідну схему зв’язків та відносин елементів, що входять до єдиної структури злочинної діяльності. Тому абсолютно справедливо, на наш погляд, зазначає О.В. Челишева, що спосіб входить до структури механізму злочину як частина функціональних зв’язків окремих елементів цього механізму. Співвідношення понять “механізму” та “способу” полягає в тому, що механізмом охоплюються всі взаємозв’язки, відносини, взаємодія всіх елементів злочинної події, а способом — лише частина. Певний механізм притаманний усьому злочину загалом, а спосіб характеризує лише діяльність злочинця [11,86-87]. Водночас у механізмі конкретного злочину може бути не один, а два й більше способів його вчинення. При цьому способи можуть бути спрямовані не на один, а на кілька об’єктів злочину. Такими, наприклад, є складні механізми злочинів, спрямованих на крадіжку чужого майна, що супроводжуються вбивством, даванням хабарів тощо. Підпорядковуючи свої дії загальному механізмові злочину, злочинець для досягнення своєї мети може застосовувати нові способи, використовувати їх комбінації.

Сьогодні ні у кого не викликає сумніву і не потребує окремого доведення положення про те, що способом вчинення злочину притаманні

доволі значущі властивості відображення. Саме відображення містить найбільший обсяг інформації про те, як готувався злочин, як і де підшукували, виготовляли знаряддя злочину, інструменти й матеріали, що використовувалися для їх виготовлення, як саме і хто застосовував їх під час учинення злочину тощо. Якщо йдеться про те, що способи вчинення злочину зумовлюють виникнення слідів цього злочину, необхідно водночас розмежувати поняття «механізм слідоутворення» та «механізм вчинення злочину». Якщо механізм слідоутворення багато в чому зумовлюється способом вчинення злочину й характеризується взаємодією слідоутворюючого і слідосприймаючого об’єктів, то механізм злочину містить усю сукупність фактів, що спричиняють виникнення джерел інформації про злочин. Спосіб вчинення злочину характеризує його якісний бік, тоді як механізм вчинення злочину — послідовний, технологічний бік злочинного діяння. Механізм — це система даних, які описують здебільшого часовий, послідовний, динамічний порядок зв’язку окремих етапів, обставин, чинників підготовки, вчинення злочину й приховування його слідів, що дозволяють відтворити технологічну картину процесу його вчинення.

Характерною особливістю багатьох сучасних класифікацій способів вчинення окремих злочинів є те, що в них спосіб вчинення, як правило, описується в аспекті досягнення злочинного результату. Найпростіші способи вчинення злочину не містять у своєму змісті дій з його готування і приховання. Складні, до яких належать, наприклад, велика частина економічних злочинів, в одних випадках містять увесь комплекс дій з готування, вчинення і приховання, а в інших — можуть складатися лише з підготовчих дій, спрямованих на безпосереднє виконання злочинного наміру. Окремі умисні злочини можуть вчинюватися без попереднього готування, але з подальшим вживанням заходів для їхнього приховання. Окремі злочини можуть мати демонстративний характер, як наприклад, тероризм, захоплення заручників, що передба-



чає умисне невжиття заходів щодо приховання слідів злочину і причетності до нього конкретних екстремістських організацій, осіб.

На нашу думку, спосіб вчинення злочину охоплює систему взаємопов'язаних дій суб'єкта (або утримання від них), що вчиняються з певною послідовністю, із застосуванням різних знарядь і засобів та спрямовані на досягнення мети злочину. Для криміналістичної характеристики способу вчинення злочину важливі насамперед ті його сторони, що відбиваються назовні, і відтак мають досить високий ступінь інформативності. Виходячи з цього, вважаємо, що спосіб вчинення злочину — це спосіб дій з готування, вчинення та приховання слідів злочину, що характеризує криміналістично значимі дані про виконавця і застосовані ним засоби та можливості їх застосування у розкритті та розслідуванні злочинів.

Спосіб вчинення злочину — це складна категорія, у якій відбиваються кримінально-правовий, кримінально-процесуальний, судово-психологічний і абсолютний криміналістичний аспекти. Тому необхідно підкреслити, що криміналістичне розуміння способу вчинення злочину не може цілком збігатися з його розумінням в інших науках. Криміналістика вивчає спосіб вчинення злочину як складне явище об'єктивної дійсності, ґрунтуючись на пізнанні закономірностей його формування і відображення, причин і форм його повторюваності, детермінованості. На підставі отриманих результатів криміналістика розробляє засоби, прийоми і методи виявлення, збирання, дослідження і використання в ході розслідування доказів щодо способу вчинення злочину й особистості злочинця.

У зв'язку з цим в юридичних науках, і криміналістиці зокрема, спосіб вчинення злочину розуміється у вузькому й у широкому значенні. У вузькому значенні мається на увазі лише безпосереднє вчинення злочину. Тут однією з обмежувальних точок виступає момент закінчення злочину і завершення дій злочинця, спрямованих на досягнення злочинного результату. Такої позиції дотримуються переважно представ-

ники кримінально-правової науки, які вважають, що готування до злочину є лише актом, який забезпечує його виконання, а дії, спрямовані на приховування злочину, незважаючи на те, чи відбуваються вони після закінчення злочину, у процесі чи до початку його вчинення, не містяться в об'єктивній стороні складу злочину. Тому в кримінально-правовому розумінні спосіб розглядається лише стосовно поведінки в стадії виконання злочину, яким безпосередньо вчинюється дія, передбачена кримінальним законодавством. На цій підставі готування і приховування злочину не відносять до способу його вчинення [12,13]. На рівні конкретного злочинного посягання власне злочинну дію і спосіб її вчинення уявляють як єдиний акт злочинного поведінки, що закінчується досягненням певного результату.

Отже, можна зробити висновок про те, що спосіб вчинення злочину — це складна структура, в якій відбиваються правові, кримінально-процесуальні та криміналістичні аспекти. Проте, криміналістичне розуміння способу не адекватно ні кримінально-правовому, ні кримінально-процесуальному значенню. Криміналістика розглядає спосіб вчинення злочину як складне явище дійсності на основі пізнання закономірностей його формування, причин і форм його повторюваності для розробки прийомів і методів виявлення, збирання та дослідження доказів у кримінальній справі. Криміналістичне значення способу вчинення злочину визначається специфікою виникнення доказів у процесі відображення події злочину в зовнішньому середовищі. Аналізуючи певний спосіб вчинення злочину можна висунути версії, де і які сліди можуть бути залишені, а виявивши сліди злочину можна припустити, яким способом його вчинено. Аналіз і оцінка відомостей, що характеризують злочин з криміналістичних позицій, так чи інакше пов'язані із застосуванням криміналістичної класифікації способів дій злочинця. Така науково обґрунтована класифікація є важливим евристичним засобом в теорії і практиці.

Література:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України.
2. Колдин В.Я. Криминалистическое знание преступной деятельности: функции моделирования // Советское государство и право. — 1987. - № 2. — С.63-69.
3. Лубин А.Ф. Механизм преступной деятельности. — Нижний Новгород: Нижегородский юридический институт. — 1997.
4. Тищенко В.В. Криминалистические аспекты изучения преступной деятельности / В.В.Тищенко // Проблемы государства и права Украины: Тем. сборник науч. тр. — К., 1992. — С.106-114.
5. Жордания И.Ш. Психолого-правовая структура способа совершения преступления / И.Ш.Жордания. — Тбилиси: Изд-во «Сабчота Сакартвело», 1977. — 233 с.
6. Еникеев М.И. Юридическая психология: Учебник для вузов. / М.И.Еникеев. — М.: Изд.группа НОРМА-ИНФРА, 2001. — 517 с.
7. Кудрявцев В.Н. Генезис преступления. Опыт криминологического моделирования / В.Н.Кудрявцев. — М.: ФОРУМ-ИНФРА-М, 1998. — 215 с.
8. Зуйков Г.Г. Установление способа совершения преступления. Лекция. / Г.Г.Зуйков. — М.: Вышш. шк.. МВД СССР. — 1970. — 49 с.
9. Попелюшко В.А. Способо совершения преступления как элемент предмета доказывания / В.А.Попелюшко // Сов. государство и право, 1984. - № 1. — С.122-125.
10. Курс криминалистики. Общая часть / отв. Ред.. В.Е.Корноухов. — М.: юристь, 2000. — 784 с.
11. Чельшева О.В. Объект и предмет криминалистики (генезис, державные, перспективы развития): Монография / Под ред. И.А.Возгина. — СПб. : Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2001. — 158 с.
12. Васильев А.Н. Планирование расследования преступления / А.Н. Васильев, Г.Н. Мудьюгин, Н.А. Якубович. — М. : Госюриздат, 1957. — 199 с.



О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ, ВОЗНИКАЮЩИХ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩЕГО ПРЕКРАЩЕНИЕ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ТРУДОВЫХ ДОГОВОРОВ С ПЕДАГОГИЧЕСКИМИ РАБОТНИКАМИ

А. СОСНА,

докторант Института истории, государства и права АН РМ, преподаватель юридического факультета Молд. ГУ

Д. БОСЫЙ,

докторант Института истории, государства и права АН Молдовы, судья г. Кахул

SUMMARY

The authors examine topical issues of change and additions to the legislation in force.

Based on theoretic research and practical conclusions they bring up conflicts in legal norms and introduce important proposals on further improvement of legislation.

В представленном материале авторы рассматривают актуальные вопросы изменения, дополнения действующего законодательства.

На основе теоретических исследований и с учетом практических выводов приводятся коллизии в правовых нормах, вносятся важные предложения по дальнейшему совершенствованию правового государства.

Основаниями прекращения индивидуальных трудовых договоров являются юридические факты, влекущие прекращение трудовых отношений.

Под юридическими фактами понимаются указанные в законе обстоятельства, при которых возникают (изменяются, прекращаются) конкретные правоотношения [1].

Понятие «прекращение индивидуального трудового договора» по содержанию частично совпадает с понятием «увольнение с работы», под которым понимается прекращение трудовых отношений по инициативе работодателя или работника [2].

В юридической литературе и судебной практике применяются следующие понятия «прекращение индивидуального трудового договора», «увольнение с работы», «расторжение индивидуального трудового договора».

Понятие «прекращение индивидуального трудового договора» включает все без исключения основания прекращения трудовых отношений (действия и события).

Понятие «увольнение с работы» включает в себя только действия (инициатива работника, инициатива работодателя, соглашение сторон индивидуального трудового договора) и не включает в себя события

(смерть работника, назначение пенсии и др.).

Понятие «расторжение индивидуального трудового договора» совпадает с понятием «увольнение с работы» [3].

Трудовые отношения с педагогическими работниками могут быть прекращены не только по общим основаниям, предусмотренным ст. ст. 81, 82, 83, 85, 86 Трудового кодекса (ТК) РМ № 154-XV от 28.03.2003 года, но и по дополнительным основаниям, предусмотренным частью (1) ст. 301 ТК РМ [4].

Согласно части (1) ст. 301 ТК РМ помимо общих оснований, предусмотренных настоящим кодексом, индивидуальный трудовой договор, заключенный с педагогическим работником, может быть прекращен также по следующим основаниям:

а) неоднократное в течение одного года грубое нарушение устава учебного заведения (пункт 1) части (1) статьи 86);

б) применение, в том числе однократное, к воспитаннику физического или психического насилия (пункт п) части (1) статьи 86).

с) назначение пенсии по возрасту.

Пункт с) ст. 301 ТК РМ введен законом РМ № 91 от 26.04.12 [5].

Увольнение по п. а) ст. 301 ТК РМ является мерой дисциплинарного взыскания и поэтому оно может быть произведено только с соблюдением правил наложения дисциплинарных взысканий, установленных ст. ст. 206-211 ТК РМ.

К сожалению ТК РМ не дает легального определения понятия «грубое нарушение устава». По нашему мнению, следует дать легальное определение этого понятия и примерный перечень грубых нарушений устава.

Основанием для увольнения по п. а) ст. 301 ТК РМ является совершение в течение одного года не менее двух грубых нарушений устава учебного заведения.

Основание этого увольнения – два и более грубых нарушений устава учебного заведения в течение одного года.

Полагаем, что, если за первое грубое нарушение устава учебного заведения было применено дисциплинарное взыскание, иное чем уволь-



нение, то второе грубое нарушение устава не может повлечь увольнение по п. а) ст. 301 ТК РМ, т.к. согласно ст. 206 ТК РМ за один и тот же дисциплинарный проступок не может быть применено более одного дисциплинарного взыскания.

Дисциплинарный проступок, дающий право на увольнение по п. а) ст. 301 ТК РМ, состоит из двух и более грубых нарушений устава учебного заведения.

Увольнение по п. б) ст. 301 ТК РМ допускается в случае применения, в том числе однократного, к воспитанникам физического или психического насилия.

По нашему мнению, данный дисциплинарный проступок, т.е. применение к воспитанникам физического или психического насилия, дает работодателю право уволить педагогического работника либо за аморальный проступок по п. м) части (1) ст. 86 ТК РМ, либо по п. б) ст. 301 ТК РМ.

По п. а) и б) ст. 301 ТК РМ могут быть уволены только педагогические работники. Другие работники учебных заведений (завхозы, бухгалтеры, юристы-консультанты, инспекторы по кадрам) по этим основаниям не могут быть уволены [6].

Согласно части (1) ст. 206 ТК РМ увольнение по п. г) – р) части (1) статьи 86, в том числе и увольнение по п. j) и m) части (1) ст. 86 ТК РМ, рассматриваются как меры дисциплинарного взыскания. Однако часть (1) ст. 206 ТК РМ не содержит ссылки на п. а) и б) ст. 301 ТК РМ, хотя эти увольнения являются мерами дисциплинарного взыскания.

По нашему мнению, в целях обеспечения единообразного применения закона часть (1) ст. 206 ТК РМ следует дополнить словами «а также пунктами а) и б) ст. 301 ТК РМ». ТК РМ не требует предварительного согласия профсоюзного органа, что в определенной мере противоречит ст. 8 ТК РМ, запрещающей дискриминацию. По нашему мнению, следует внести изменения в часть (1) ст. 87 ТК РМ, предусмотрев, что увольнение по п. а) и б) ст. 301 ТК РМ допускается только с предварительного согласия профсоюзного органа (профсоюзного организатора).

Поскольку часть (1) ст. 206 ТК

РМ, содержащая перечень оснований увольнения, являющихся дисциплинарными взысканиями, включает п. j) и n) части (1) ст. 86 ТК РМ, а последние содержат ссылки соответственно на п. а) и б) части (1) ст. 301 ТК РМ, увольнение по п. а) и б) части (1) ст. 301 ТК РМ должно производиться с соблюдением правил применения дисциплинарных взысканий, предусмотренных ст. 206-211 ТК РМ.

При наложении дисциплинарного взыскания работодатель должен учитывать тяжесть совершенного проступка и другие объективные обстоятельства.

Дисциплинарное взыскание применяется органом, которому предоставлено право приема на работу (избрания, утверждения или назначения на должность) данного работника.

Дисциплинарные взыскания на работников, несущих дисциплинарную ответственность в соответствии с дисциплинарными уставами или положениями и иными нормативными актами, могут налагаться также органами, вышестоящими по отношению к указанным в части (1).

Работники, занимающие выборные должности, могут быть уволены (пункт d) части (1) статьи 206) только по решению избравшего их органа и только на законных основаниях.

До применения дисциплинарного взыскания работодатель должен затребовать от работника объяснение в письменной форме о совершенном проступке. В случае отказа работника дать затребованное объяснение составляется соответствующий акт, который подписывается представителем работодателя и представителем работников.

При определенной степени тяжести проступка, совершенного работником, работодатель может организовать и служебное расследование. В ходе служебного расследования работник вправе объяснить свою позицию и представить лицу, уполномоченному вести расследование, все доказательства и обоснования, которые считает необходимыми.

Дисциплинарное взыскание применяется, как правило, сразу же после обнаружения проступка, но не позднее одного месяца со дня обнаружения, без учета времени на-

хождения работника в ежегодном оплачиваемом отпуске, учебном или медицинском отпуске.

Дисциплинарное взыскание не может быть применено позднее шести месяцев со дня совершения проступка, а по результатам ревизии или проверки финансово-экономической деятельности – позднее двух лет со дня его совершения. В указанные сроки не включается время производства по уголовному делу.

Часть (2) ст. 209 ТК РМ устанавливает неоправданно продолжительные, по нашему мнению, сроки применения дисциплинарных взысканий – 6 месяцев и 2 года.

Применение административных наказаний ограничено 3-месячным сроком, установленным частью (2) ст. 30 Кодекса Республики Молдова о правонарушениях № 218-XIV от 24 октября 2008 года [7].

Более того, п. а) части (1) ст. 60 Уголовного кодекса РМ № 985-XV от 18.04.2002 года установлен 2-летний срок давности привлечения к уголовной ответственности за совершение незначительного преступления.

Поскольку степень общественной опасности дисциплинарного проступка меньше чем степень общественной опасности административного проступка, а тем более гораздо ниже степени общественной опасности незначительного правонарушения, следует изменить часть (2) ст. 209 ТК РМ, заменив 6-месячный и двухлетний срок на трехмесячный.

Дисциплинарное взыскание объявляется в приказе (распоряжении, решении, постановлении), в котором в обязательном порядке указываются:

- а) фактические причины и правовые основания применения дисциплинарного взыскания;
- б) срок обжалования взыскания;
- в) орган, в который можно обжаловать взыскание.

Приказ (распоряжение, решение, постановление) работодателя, за исключением дисциплинарного взыскания в виде увольнения согласно пункту d) части (1) статьи 206, которое применяется с соблюдением части (3) статьи 81, объявляется работнику под расписку не позднее чем в течение пяти рабочих дней со дня издания, а в случае, когда он работа-

ет в одном из структурных подразделений предприятия (филиал, представительство, децентрализованная служба и др.), расположенном в другой местности, не позднее чем в течение 15 рабочих дней, и влечет последствия со дня объявления. Отказ работника подтвердить подписью объявление приказа оформляется соответствующим актом, который подписывается представителем работодателя и представителем работников.

Приказ (распоряжение, решение, постановление) о применении дисциплинарного взыскания может быть обжалован работником в судебную инстанцию в порядке, предусмотренном статьей 355 ТК РМ.

В соответствии с п. с) части (1) ст. 301 ТК РМ (в редакции закона РМ № 91 от 26.04.2012 года) индивидуальный трудовой договор прекращается в связи с назначением пенсии по возрасту.

И если применение п. а) и б) части (1) ст. 301 ТК РМ необязательно, т.к. применение дисциплинарного взыскания, в том числе и в виде увольнения, является правом, а не обязанностью работодателя, то п. с) части (1) ст. 301 ТК РМ работодатель обязан применить. Такое основание прекращения индивидуального трудового договора как назначение пенсии по возрасту относится к обстоятельствам, не зависящим от воли сторон индивидуального трудового договора.

Очевидно, что п. с) части (1) ст. 301 ТК РМ носит явно дискриминационный характер. Он противоречит части (2) ст. 16 Конституции РМ, принятой 29 июля 1994 года, пункту г) ст. 5, ст. 8 и ст. 13 ТК РМ, Конвенции Международной организации труда (МОТ) № 111 «О дискриминации в области труда и занятий», принятой в Женеве 25.06.1958 года.

Согласно пункту г) ст. 5 ТК РМ одним из основных принципов регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений является обеспечение равенства работников без всякой дискриминации.

Согласно части (1) ст. 8 ТК РМ в рамках трудовых отношений действует принцип равноправия всех работников. Запрещается любая

прямая или косвенная дискриминация работника по признаку пола, возраста, расы, цвета кожи, национальности, вероисповедания, политических убеждений, социального происхождения, места жительства, наличия физических, умственных или психических отклонений, ВИЧ/СПИД-инфицирования, членства в профсоюзе или участия в профсоюзной деятельности, а также по иным критериям, не связанным с профессиональными качествами работника.

При этом законодатель не учел, что лица, индивидуальные трудовые договоры с которыми будут прекращены по п. с) части (1) ст. 301 ТК РМ, вправе подать заявления о приеме на работу на прежние должности. Работодатель не вправе отказать таким лицам в приеме на работу, т.к. ст. 47 ТК РМ запрещает необоснованный отказ в приеме на работу. Такой отказ влечет ответственность работодателя, установленную п. а) части (1) ст. 330 ТК РМ.

Если судебные инстанции будут отклонять иски об обжаловании необоснованных отказов в приеме на работу, в Европейский суд по правам человека поступит масса жалоб от педагогических работников.

Полагаем, что законодатель должен либо отменить п. с) части (1) ст. 301 ТК РМ, либо запретить прием на соответствующие должности лиц, индивидуальные трудовые договоры с которыми были прекращены по этому основанию. Прекращение индивидуального трудового договора по п. с) части (1) ст. 301 ТК РМ не препятствует педагогическому работнику на следующий день после освобождения от работы подать заявление о приеме на работу. И если на его место не будет принято другое лицо, работодатель будет вынужден заключить срочный индивидуальный трудовой договор с лицом, освобожденным от работы по п. с) части (1) ст. 301 ТК РМ. Следует отметить, что дискриминация пенсионеров впервые была предпринята при Горбачеве, когда КЗоТ был дополнен пунктом 1^й ст. 38, позволяющим увольнение в связи с достижением пенсионного возраста. Эта дискриминационная норма применялась в течение нескольких лет, пока Пленум Высшей судебной па-

латы РМ не принял постановление № 20 от 10.07.1997 года, в котором разъяснил, что увольнение по п. 1^й ст. 38 КЗоТ РМ противоречит Всеобщей декларации прав человека от 10.12.1948 года и другим международным актам, ратифицированным Республикой Молдова. После этого суды РМ стали удовлетворять иски о восстановлении на работу работников, уволенных по п. 1^й ст. 38 КЗоТ РМ, а затем Парламент РМ исключил этот пункт из КЗоТа РМ [8].

Этот исторический урок не пошел на пользу.

Законом РМ № 8-XVI от 09.02.2006 года, вступившим в силу 02.06.2006 года, ст. 82 ТК РМ была дополнена пунктом и), предусматривающим прекращать индивидуальные трудовые договоры с пенсионерами. Законом РМ № 269-XVI от 28.07.2006 года пункт и) ст. 82 ТК РМ был изменен, предусмотрев прекращение индивидуальных трудовых договоров только с руководителями государственных, в том числе и муниципальных предприятий и предприятий с преимущественно государственным капиталом, достигших возраста 65 лет.

В период действия п. и) ст. 82 ТК РМ (в редакции закона РМ № 8-XVI от 09.02.2006 года) индивидуальные трудовые договоры с многими пенсионерами были прекращены. Иски отдельных работников, индивидуальные трудовые договоры с которыми были прекращены по п. и) ст. 82 ТК РМ, противоречащим ст. 16 Конституции РМ, ст. 5 и 8 ТК РМ, Конвенции МОТ № 111 «О дискриминации в области труда и занятий», были удовлетворены судами первой и второй инстанций. Однако Высшая судебная палата РМ отменила подобные соответствующие Конституции РМ судебные решения и вынесла новое решение об отказе в иске.

Так, суд района Яловень решением от 22.09.2006 года удовлетворил иск о восстановлении на работе Ш.А., индивидуальный трудовой договор с которым был прекращен приказом № 119-р от 28.06.2006 года по п. и) ст. 82 ТК РМ. Апелляционная жалоба работодателя на это решение была отклонена определением апелляционной палаты Кишинева от 15.11.2006 года.



Высшая судебная палата РМ определением от 25.04.2007 года отменила вышеуказанное решение и определение и вынесла новое решение об отказе в иске [9].

Многие пенсионеры обратились в ЕСПЧ с жалобами на нарушение пункта 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г., ссылаясь на несправедливость прекращения индивидуальных трудовых договоров по пункту i) статьи 82 ТК РМ.

К сожалению, сведений о результатах рассмотрения данных жалоб пока не имеется.

И вот теперь история повторилась, правда, пока только в отношении педагогических работников.

Будем надеяться, что Конституционный суд РМ даст свою оценку соответствия Конституции РМ пункта с) части (1) статьи 301 ТК РМ.

Литература:

1. «Большой юридический словарь» под ред. Сухарева А.Я., Крутских В.Е., Москва, 2005, стр. 652
2. «Большой юридический словарь» под ред. Сухарева А.Я., Крутских В.Е., Москва, 2005, стр. 638
3. Сосна Б.И., Горелко Н.А., «Трудовое право Республики Молдова. Научно-практическое пособие (с комментариями отдельных норм КЗоТа РМ)», Кишинев, 2001, стр. 65
4. Официальный монитор РМ № 150-162 от 07.07.2003 г.
5. Официальный монитор РМ № 113-118 от 08.06.2012 г.
6. «Трудовые споры. Учебно-практическое пособие». Под ред. Куренного А.М., Сосна Б.И., Кишинев, 2004, стр. 126
7. Официальный монитор РМ № 3-6 от 16.04.2009 года
8. Сосна Б.И., Горелко Н.А., «Трудовое право Республики Молдова. Научно-практическое пособие (с комментариями отдельных норм КЗоТа РМ)», Кишинев, 2001, стр. 209
9. Примеры из судебной практики, выбранные и прокомментированные Сергеем Димистриу «Трудовое право», 2008, № 1, стр. 98-100

ПОСТКРИМИНАЛЬНЫЙ СУИЦИД УБИЙЦ В РОССИИ: НЕДОСТАТКИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ И ПРОКУРОРСКОГО НАДЗОРА

Р. АРДАШЕВ,
соискатель отдела аспирантуры Иркутского государственного
технического
университета (г. Иркутск, Россия)

SUMMARY

The article covers the issues related to the facts of crimes complicated with suicide of suspects, which were concealed from crime recording in Russia. For the solution of this problem the author recommends improvement of quality of investigators and prosecutors' work.

* * *

В статье изложены проблемы укрытия от учета в России случаев убийств, осложненных суицидом подозреваемых лиц. Автор рекомендует для разрешения данной проблемы повышение качества работы следователей и надзирающих прокуроров.

Несмотря на обилие в России публикаций по прокурорскому надзору в целом, исследований проблем надзора за расследованием убийств явно недостаточно. Положение в этой области нельзя назвать удовлетворительным. Широкое распространение получили необоснованные отказы в возбуждении уголовных дел.

В 2010 г. прокуроры ряда субъектов Российской Федерации изучили 1869 постановлений об отказе в возбуждении уголовных дел по фактам смерти людей, после чего исследователи пришли к выводу: значительное число убийств остается латентным в связи с тем, что сотрудники правоохранительных органов «недостаточно тщательно проверяют обстоятельства гибели людей, охотно используют в качестве оснований для отказа в возбуждении уголовного дела даже примитивные инсценировки, посредством которых преступники маскируют убийства под несчастные случаи и самоубийства» [5, с.114].

По сообщению Генерального прокурора РФ Ю.Я.Чайки, за девять месяцев 2011 г. прокуроры страны выявили более 200 убийств, скрытых от учета [6].

Данная цифра может намного увеличиться, если подсчитать те эпизоды преступлений против жизни, которые сопряжены с самоубийством виновных лиц в условиях очевидности. Каждый год в России происходят сотни убийств, сопряженных с последующим суицидом подозреваемых, но статистика таких комбинированных деяний отсутствует.

В тех случаях, когда признаки убийства налицо, уголовное дело должно возбуждаться немедленно, независимо от того, известна или неизвестна личность убийцы. Отказ в возбуждении дела об убийстве должен иметь место только тогда, «когда отсутствие события преступления достоверно установлено» [10, с. 16].

Изучение практики правоохранительных органов в разных регионах страны позволяет сде-

лать вывод, что далеко не всегда уголовные дела возбуждались в ситуациях посткриминального суицида убийц. Вот некоторые примеры.

Ч. нанесла своему малолетнему сыну смертельные травмы топором, после чего оставила записку о случившемся и покончила с собой. Следователь, без возбуждения уголовного дела назначил по записке судебно-почерковедческую экспертизу, установившую, что письмо написано Ч. После этого следователь 9 июня 2006г. вынес постановление об отказе в возбуждении уголовного дела «в связи со смертью подозреваемой», с чем согласился прокурор Томского района Томской области [1].

В другом случае следователь аналогично отказал в возбуждении уголовного дела в отношении Афанасия П., который 19 ноября 2008 г. совершил убийство своих собутыльников С. и Т., после чего ушел в тайгу и застрелился. Надзирающий прокурор это решение не опротестовал [2].

В подобных случаях факты убийств не отражаются в соответствующих разделах уголовной статистики, поскольку расследований по ним не проводится.

На наш взгляд, совершенно прав А.Л.Протопопов, который дает следующую оценку таких процессуальных нарушений: «Это не что иное, как попытка скрыть тяжкое преступление от учета, или полнейшая профессиональная непригодность сотрудника органа дознания, следователя. Прокурор должен самым принципиальным образом реагировать на подобные факты, хотя и он сам в этом отношении является объектом надзора вышестоящего прокурора» [8, с. 144].

Постановлением Конституционного Суда РФ от 14 июля 2011г. № 16-П были признаны неконституционными положения п.4 ч.1 ст.24 УПК РФ, позволяющие пре-

кратить уголовное дело в связи со смертью подозреваемого (обвиняемого) без согласия его близких родственников. По смыслу правовой позиции Конституционного Суда РФ, юридическим фактом для принятия соответствующего процессуального решения является именно наличие или отсутствие возражений одного из близких родственников, а не наличие или отсутствие их согласия [7, с. 9]. Это постановление недобросовестные дознаватели и следователи могут обойти в ситуациях не прекращения уголовного дела, а при отказе в его возбуждении, как показывают приведенные примеры, если не вмешается надзирающий прокурор.

Посткриминальный суицид убийц влечет возбуждение уголовного дела, как правило, в ситуациях большой огласки преступного деяния и статусного положения его фигурантов. Так было, например, когда работник милиции г.Самары А. расстрелял свою жену, а затем убил себя [3]. Значительный резонанс вызвало дело старшего лейтенанта милиции П., который был в нетрезвом виде задержан сотрудниками управления ГИБДД МВД РФ по Республике Тыва, отказался ехать на медицинское освидетельствование, из табельного пистолета расстрелял двух работников МВД, а затем застрелился [4].

Очень тщательно расследовалось дело бывшего сотрудника прокуратуры В., который пришел в прокуратуру, вооруженный пистолетами «ТТ» и «Макаров», убил заместителя прокурора Ленинского района г.Владивостока и двух помощников прокурора, а затем покончил с собой [9]. Однако процессуальный закон однозначно требует, чтобы все случаи убийств, сопряженных с посткриминальным суицидом правонарушителей, влекли возбуждение уголовного дела и проведение качественного расследования, кото-

рое может выявить совершенно иную картину случившегося (например, инсценировку самоубийства или наличие подстрекателей по совершенному убийству). И здесь трудно переоценить роль надзирающего прокурора. Пока же можно согласиться с утверждением Л.Н.Богдановой, что неблагоприятная тенденция увеличения латентных убийств в современной России во многом обусловлена «очевидными упущениями в деятельности прокуроров, обязанных обеспечивать действенный надзор за законностью и обоснованностью принимаемых следователями процессуальных решений об отказе в возбуждении уголовных дел по таким фактам» [5, с. 114].

Литература:

- 1 Архив прокуратуры Томского района Томской области. 2006 г. Июнь.
- 2 Архив Мирнинского межрайонного следственного отдела СУ СК РФ по Республике Саха (Якутия). 2008. Декабрь.
- 3 Архив следственного отдела по г. Самаре СУ СК РФ, 2009. Уголовное дело № 200962079.
- 4 Архив Следственного управления СК РФ по Республике Тыва, 2009. Уголовное дело №2-1703/09.
- 5 Богданова Л.Н. Выявление латентных убийств в ходе прокурорских проверок // Уголовное право. 2011. № 5.
- 6 Егоров И. Дел – много // Российская газета. 2012. – 12 января.
- 7 Калиновский К.Б. Презумпция согласия родственников на прекращение дела умершего // Уголовный процесс. 2012. № 3.
- 8 Протопопов А.Л. Прокурорский надзор за расследованием убийств. СПб., 2006.
- 9 Сиротина С., Сим С. Убийца прокуроров искал на них компромат? // Комсомольская правда. 2005. – 9 февраля.
- 10 Тарасов М.Ю. Расследование уголовных дел об убийствах: процессуальные и криминалистические вопросы: Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2003.



ГРАЖДАНСКИЕ ПРАВА, ИХ СОДЕРЖАНИЕ, СИСТЕМА, ПРАВОВАЯ ПРИРОДА

ЛЕЙЛА АЛИЕВА,

консультант Верховного Суда Азербайджанской Республики, магистр международного права

SUMMARY

This article deals with the determination and basic features of civil rights.

Legal literature, positions of the problems of civil rights are analyzed, international experience in this field is analyzed and studied in this article.

The article also touches upon the history of civil rights, as well as the works of popular scholars on the natural character of civil rights and the importance of human civil rights are investigated.

Also the question of the provision of such human rights by the government as right for life, right for name, honour and dignity, for freedom and personal immunity, for freedom of conscience, right to determine and show the religious and national identity is considered in the article.

Гражданские права, являясь первым поколением прав, обеспечивают право каждого члена общества на свободу, независимость и обеспечивают его правовую защиту и неприкосновенность от незаконных внешних посягательств.

Первое и основное назначение гражданских прав заключается в том, что они обеспечивают индивидуальность развития каждого человека. Эти права в литературе иногда характеризуются как личные права и свободы граждан.

Следует отметить, что основная особенность этих прав заключается в том, что они неотрывны от человека, предоставляются ему с его рождением и не зависят от того, гражданином какого государства он является.

В то же время, в правовой литературе, хотя и дается определение прав и свобод человека, отмечается его условность. Так, свобода слова относится как к личным, так и к политическим правам.

Эта категория прав характеризуется тем, что государство в определенной сфере отношений признает предоставляемые человеку права и свободы, и они не являются объектом посягательств государства. С другой стороны, существенной особенностью этих прав является то, что, будучи важным атрибутом каждого человека, они обеспечивают ему возможность самостоятельно определять и реализовывать свою судьбу.

В преамбуле Международного пакта 1966 г. «О гражданских и политических правах», особо отмечается, что эти права вытекают из присущего каждой личности достоинства.

В правовой литературе, со ссылкой на статью 2 Международного пакта 1966 года «О гражданских и политических правах» осуществление этих прав оценивается как обязательное к немедленному исполнению.

Так, в первой части статьи 2 этого Пакта отмечается, что государства без всяких ограничений берут на себя обязательства по предоставлению заявленных в этом Пакте прав гражданам, находящимся на территории и в юрисдикции этого государства, независимо от их места рождения, гражданского состояния, расовой, половой, национальной, социальной принадлежности, цвета кожи, языка, религиозных, политических и др. убеждений.

В то же время со ссылкой на тот же раздел Пакта, государство для претворения в жизнь этих прав берет на себя обязательства принятия необходимых законодательных и др. мер.

Анализ показывает, что и в Международном Пакте «О гражданских и политических правах» и в Пакте «Об экономических, социальных, культурных прав» говорится о том, что каждый человек имеет определенные права.

Но если в первом Пакте в обязанности государства вменяется неукоснительное пополнение прав граждан, то права граждан, указанные во втором пакте, государство может исполнять в пределах максимальных возможностей, частично или полностью.

Гражданские права человека являются группой прав, включающих в себя индивидуальные права личности.

В отличие от политических прав гражданина, прав собственности, права на участие в трудовой, социальной и культурной жизни, в гражданских правах отражаются его личностные интересы. Эти права индивидуализируют личность, лучше проявляют его нравственные интересы, личностные умения. Они представляют человеку право свободного выбора, правила поведения из множества вариантов сферы свободы.



Содержание личных прав состоит в том, что эти права оберегают такие ценности как, личная неприкосновенность, жизнь, честь и достоинство человека.

Указанные выше права обеспечивают автономность каждого индивида в гражданском обществе и ограждают его от незаконного вмешательства. Эти права имеют неимущественный характер, они никак не связаны с потреблением материальных ценностей. В этих правах отражаются также основы законов и порядка.

В отличие от других прав человека (например, политических) гражданские права не являются коллективными, они носят индивидуальный характер.

Следует отметить, что реализация гражданских прав (неприкосновенность личности, свобода совести и т.д.) в отличие от других прав (например, политических) носит более общий характер. Потому, что каждый человек пользуется личной неприкосновенностью, принадлежит к какому-то вероисповеданию. В конечном итоге претворяется в жизнь право неприкосновенности личности, свободы совести.

Несмотря на то, что на каждого гражданина распространяются такие политические права, как свобода печати, они носят массовый характер (не каждый человек может высказать в печати свое отношение к какому-либо вопросу).

Как известно, Всемирная Декларация по правам человека 1948 г. начинается с перечисления гражданских прав. Выведение среди всех прав человека гражданских и имущественных прав на первое место связано с тем, что по сравнению с другими правами они исторически возникли в более раннее время. Ведь если нет права на жизнь, права личной неприкосновенности, права чести и достоинства теряется значение других прав и свобод. Конечно,

сказанное выше ни в коем случае не уменьшает их роль. Потому, что основным условием претворения их в жизнь является единство и взаимосвязь элементов системы прав человека (См.: Права человека /Под ред.Е.А.Лукашевой. – М., 1999, с. 142).

Система гражданских прав должна более широко исследоваться. Поговорим об истории. Видный ученый дореволюционной России В.А.Кистяковский, описывая права с точки зрения отношения личности к государству, подразделяет права на отдельные группы. Сюда относятся: неприкосновенность личности, свобода места проживания, свобода совести, свобода слова, свобода объединения и др. (См.: Кистяковский Б.А. Государственное право (общее и русское). – М., 1908-1909, с. 311).

В сфере личностных свобод вопросы правовой системы затронуты как в национальной, так и в зарубежной литературе. Государственный деятель Франции А.Эсмен (понятие) свободы интереса разделил на две группы: 1) материальное право; 2) моральное право. Первой группе он придал более узкий смысл – смысл, относящийся к неприкосновенности личности. Сюда он так же включает неприкосновенность жилища, имущественное право. Во вторую группу он определил свободу совести. Во Франции правовая система свободы индивида, права, относящиеся к сфере индивидуальных свобод, определяются как свобода физического лица. Ж.Бюрдо делит право на 3 вида: право свободы жилища и свободы действий, неприкосновенность личности, развод, право одиночества. Последнее включает в себя неприкосновенность жилища и свободу письма.

В современной американской литературе существуют различные перечни. В частности, А.Месон и Б. Бонни первые 8

поправок к Конституции делят на 3 правовые группы: первая группа прав отражена в первой поправке (сюда относится свобода совести), вторая группа нашла отражение во второй и третьей поправках к Конституции (они со слов авторов, в истории конституционного права особой роли не имели). Наконец, третья группа прав была отражена в 4-8 поправках (они были определены для защиты граждан от полицейского произвола и обеспечения отправления правосудия). Обычно в эту группу относят правила процессуального права, также включают права по предотвращению незаконных арестов (См.: Эсмен А. Общие основания конституционного права. – Спб., 1909, с. 396).

В классификации западных ученых, в сферу свободы индивида относятся и право собственности. И это не случайно. Как говорил К.Маркс, он считает себя личностью (индивидом) поскольку принадлежит к буржуа (См.: Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения, т.3, с. 217). В отечественной литературе так же были сделаны попытки классификации этих прав. М.А.Никифорова их делила на 2 группы:

1. Право на жизнь, физическая неприкосновенность.

2. Другие гражданские права, права, определяющие права первой группы.

Воеводин выделяет 3 группы прав:

1. Право на жизнь, неприкосновенность личности, право чести и достоинства.

2. Право обеспечения тайны частной семейной жизни.

3. Свобода мысли, свобода слова, свобода совести.

На современном этапе развития юридической науки эта проблема может разрешиться с точки зрения системного анализа.

Одной из специфик системы является его относительность. Дело в том, что эта система яв-



ляется элементом другого более высокого уровня системы. Исходящая система, в свою очередь, включает в себя элементы более низкого уровня. В итоге гражданские права должны рассматриваться как элемент системы основных права и обязанностей. К последнему же отношению как к элементу широкой системы субъективных прав человека. В соответствии с этим, права граждан (личные, конституционные) имеют более автономную специфику системы. Эта система сама также состоит из элементов низкого уровня – т.е. из отдельных прав. Право каждого по отдельности взятого гражданина является центром юридического института.

Упомянутая правовая группа отличается такими особенностями, как единство и общность. Распределение отдельных прав состоит из предоставления гражданам всесторонних, индивидуальных во всех аспектах ценностей свободы личности. Сфера личных свобод составляет центральную основу всей системы.

Система гражданских прав так устроена, что они находятся во взаимозависимости друг от друга (к примеру, неприкосновенность жилища является логическим продолжением права на личную неприкосновенность). С точки зрения развития социальные системы делятся на постоянные и непостоянные.

Динамические и статические (неподвижные) системы так же различаются. В отличие от динамической системы взаимосвязь среди элементов статической системы слабо выражена. К примеру, изменения, происходящие в одних правах человека, могут привести к изменениям и в других, но изменения в последних элементах могут и не повлиять на ранее указанную 1-ю группу прав человека.

Безусловно, что группа гражданских (личных конституцион-

ных) прав является единой статической социально-юридической системой. Проявление основных форм индивидуальных свобод нашло свое отражение в этих правах: жизнь, личная безопасность гражданина, личная жизнь, защита чести и достоинства, свобода совести. Эти формы отражения личной свободы являются важными ценностями и нашли свое подтверждение в нормах международного и конституционного права. Некоторые из упомянутых норм подтверждают только одно право (к примеру, в 18-ой статье международного пакта о гражданских и политических правах, в 9-ой статье Европейской Конвенции о защите прав человека), другие же отражают несколько личных прав. Если принять ценности, данные личными свободами, за критерии перечня гражданских прав, можно выделить 6 групп.

1. Право на жизнь, как и жизненная неприкосновенность, обеспечивает претворение в жизнь обязательных ценностей.

2. Право на свободу, запрещение рабства и работорговли, право на перемещение по стране, право на выезд из страны и возвращение. Эта правовая группа обеспечивает ценности личной свободы.

3. Право на личную неприкосновенность (истязания пытки) право на защиту против человеческого обращения и посягательства на свободу, право на защиту против незаконных арестов. Эта правовая группа обеспечивает личную неприкосновенность.

4. Право на защиту личной жизни, свобода слов, свобода совести, неприкосновенность жилья, право на тайну письменности, право на защиту семьи и брака. Эти права обеспечивают ценности личной жизни и невмешательства в личную жизнь.

5. Право признания субъективности прав, равноправие перед судом и законом, равноправие

между женщинами и мужчинами, запрещение на дискриминацию на основе религиозных национальных, социальных и политических взглядов, гражданское право и др.

Эти права реализуют обеспечение признания человека как правового субъекта и обеспечивают его равноправие.

Наконец, имеет место 6-я группа гражданских прав. Их особенности состоят в том, что они выступают в качестве условий и средств эффективной защиты гражданских и других прав.

Сами по себе они являются юридической гарантией, обеспечивающей реальность прав человека. Но мы их относим к гражданским правам, т.к. некоторые из них гарантируют личную безопасность человека. К их числу мы относим: право на справедливое судебное производство, презумпция невинности, права подозреваемого и обвиняемого, признание деяния в момент его совершения преступлением, запрет на осуждение за это деяние.

Заслуживает внимание вопрос юридической природы гражданских прав и конституционных прав личности. Есть такое мнение, что и 1-ое, и 2-ое виды прав являются видами субъективных прав.

Считается, что полномочия субъективного права полномочного лица является мерой и видом возможного поведения. Кроме того, субъективное право является в политическом, нравственном, материальном и др. смыслах ценностью какого-либо объекта.

М.С.Строгович рассматривает субъективное право личности как пользование социальными ценностями, полномочие совершать действия, операции, свободу действия в рамках юридических норм. Этот подход находит поддержку в юридической литературе. Он предоставляет возможность всестороннего исследования граж-



данских прав. Пользование социальными благами определяет важность субъективного права.

Социальные ценности – это блага, обеспечивающие развитие человеческих возможностей, обеспечение человеческих потребностей материально, морально и др. Пользование социальными благами необходимо понимать в широком смысле. Оно заключается не только в обладании этими или иными ценностями, но и в свободе действий в рамках закона. Это уже само собой является ценностью (не материальной) (См.: Строгович М.С. Основные вопросы советской социалистической законности. – М., 1966, с. 168).

Соотношение между гражданскими правами и теми социальными ценностями, которые они обеспечивают, имеет большое значение. Р.О.Халфина отмечает, что конституция обеспечивает неприкосновенность, право чести и достоинства. При этом дается юридическая гарантия обеспечения данных гражданам социальных благ.

Смысл субъективного права – это обладание социальными ценностями. Если возможность пользования этими ценностями ограничивается на правовой основе, тогда и не исключены изменения субъективного права.

Литература:

Всеобщая декларация прав человека. Резолюция 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН, 1948. - <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/045/84/IMG/NR004584.pdf>, 24 января 2009.

Декларация «О международных обязательствах в области прав человека и основных свобод», СНГ, 1993. - <http://www.cis.minsk.by/webnpa/text.aspx?RN=N09300041>, 25 января 2009.

Декларация «О ликвидации всех форм нетерпимости и дискримина-

ции на основе религии или убеждений», ООН, 1981. - <http://www.un.org/russian/document/declarat/relintol.htm>, 25 января 2009.

Декларация «О ликвидации дискриминации в отношении женщин», ООН, 1967, статья 3. - http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=66&Itemid=38, 24 января 2009.

Декларация прав человека и гражданина. Французская Республика, 1789. - <http://liberte.newmail.ru/declaration.html>, 24 января 2009

Конвенция «О правах и основных свободах человека», СНГ, 1995. - http://www.concourt.am/hr/rus/un/6_2.htm, 25 января 2009.

Конституция Азербайджанской Республики. – Баку: Ганун, 2006; http://www.azerbaijan.az/_GeneralInfo/_Constitution/constitution_01_r.html, 16 марта 2009.

Конституция Республики Молдова. – Monitorul Oficial (Kişineu), № 1, ст.1

Международный Пакт «Об экономических, социальных и культурных правах» (МПЭСКП). Резолюция 2200 (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН, 1966. - <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NL6/600/01/IMG/NL660001.pdf>, 24 января 2009.

Международный Пакт «О гражданских и политических правах» (МПГПП). Резолюция 2200 (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН, 1966. - <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NL6/600/01/IMG/NL660001.pdf>, 24 января 2009.

Алебастрова, И.А. Конституционное право зарубежных стран. – М.: Юрайт, 2001. – 638 с.

Ализаде, И.Ф. Пределы ограничения прав и свобод человека (на основе практики Азербайджанской Республики). Автореф. канд. дисс. – Баку: Национальная Академия Авиации, 2010. – 24 с.

Глухарева, Л. И. Методологические аспекты развития теории прав человека // Государство и право (Москва), 2006, № 3.

Карташкин, В.А. Права человека: международная защита в условиях глобализации. – Москва: Норма, 2009. – 288 с.

Килкэли, Урсула; Чефранова, Елена Александровна. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 8. Право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции. – М.:

Совет Европы, Российская академия правосудия, 2001. – 159 с.

Кистяковский Б.А. Государственное право (общее и русское). – Москва, 1908-1909

Колотов, Н. В. Право и права человека в условиях глобализации (Научная конференция) // Государство и право (Москва), 2006, № 3.

Конституция Европейского Союза: Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментарием). – М.: ИНФРА-М, 2005. – 622 с.

Крусс, В. И. Дискриминация и дифференцированный подход к обладателям конституционных прав и свобод // Государство и право (Москва), 2005, № 12.

Макили-Алиев, Кямал. О некоторых проблемах свободы мысли, совести и религии в современном обществе. – Право и политология (Тбилиси), 2007, № 1, с.29-32.

Макили-Алиев, Кямал. Системы имплементации и применения международного права прав человека: органы и механизмы. – Баку: Elm və Təhsil, 2009. – 192 с.

Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения, т.3. – Москва, 1970.

Мюллерсон, Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. – Москва: Юридическая литература, 1991. – 160 с.

Общая теория прав человека (Отв. ред. Е.А.Лукашева). - М.: Норма, 1996. – 520 с.

Права человека. Отв. ред. Е.А.Лукашева. - Москва: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – 573 с.

Права человека в международном и внутригосударственном праве (Отв. ред. проф. Р.М.Валеев). – Казань: Казанский государственный университет, 2004. – 300 с.

Права человека: сборник международных документов. – Варшава: Хельсинский фонд по правам человека, 2001. – 458 с.

Саидов, А.Х. Общепризнанные права человека: Учебное пособие. – Москва: М-Пресс, 2004.

Строгович М.С. Основные вопросы советской социалистической законности. – М., 1966

Уваров, А. А. Конституционные гарантии прав и свобод человека и гражданина // Государство и право (Москва), 2005, № 7, с. 82-84.

Эсмен А. Общие основания конституционного права. – С.-Петербург, 1909,



ПРАВО НА ЖИЗНЬ: ПОНЯТИЕ, СОДЕРЖАНИЕ И ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

А. ВАСИЛАКИ,
магистр права

RÉSUMÉ

Le droit à la vie est un droit controversé qui est défini différemment selon l'époque et le lieu.

De manière historique, il s'agit du droit à ne pas être tué. Ce droit est à l'origine une simple réprobation générale de l'homicide. Le droit à la vie peut dans cette définition se résumer au «Tu ne tueras point» du décalogue juif et chrétien. Cette vision a été étendue au droit à la vie en général dans la déclaration universelle des droits de l'homme après la seconde guerre mondiale.

Par la suite, le droit à la vie a été invoqué pour protéger le citoyen contre ce qu'il considère comme «un meurtre légal», autrement dit: la peine de mort. Certains pacifistes, ont par le même raisonnement utilisé le droit à la vie pour combattre la guerre qui serait «le droit de ne tuer personne et de ne pas être tué».

Le droit à la vie est parfois invoqué pour promouvoir l'euthanasie. Il s'agit alors du «droit à une vie décente». Pour d'autres, une telle disposition reviendrait à légaliser l'eugénisme et le suicide assisté. Ce même argument est aussi utilisé contre l'euthanasie au motif que l'on ne peut choisir de tuer quelqu'un.

Le droit à la vie est aussi utilisé comme droit à naître. Le droit à naître peut servir d'argumentation pour défendre le droit à naître des filles, mais aussi pour interdire l'interruption volontaire de grossesse. Cela se base sur une approche de l'humanité débutant à la conception.

De manière très spécifique, le droit à la vie peut servir à défendre les droits des animaux et lutter contre l'élevage dans le but de la consommation d'animaux. Elles considèrent que les animaux doivent avoir les memes droits fondamentaux que les êtres humains.

*Наиболее значимым правом в системе прав человека в юридической науке традиционно принято считать **право на жизнь**. Это действительно фундаментальное право. Как справедливо по этому поводу отметил Н. И. Матузов: «Право на жизнь – первое фундаментальное право человека, без которого все другие права лишаются смысла, ибо покойникам никакие права не нужны [6, с.198].»*

Объективно данное право выступает точкой отсчета, критерием всего института прав и свобод в демократическом обществе. И когда утверждается, что права человека являются высшей социальной ценностью, при этом имеется ввиду и сам человек как носитель этих прав. Без человека, вне человека, в отрыве от него любые права превращаются в ничего не значащую абстракцию.

Следовательно, это право, бесспорно, образует первооснову всех других прав и свобод. Оно представляет собой абсолютную ценность мировой цивилизации, так как все остальные права утрачивают смысл и

значение в случае гибели человека.

Бесспорно человек, его жизнь, здоровье, честь, достоинство, безопасность – это базовые, основополагающие ценности, с которыми должны соотноситься все правовые системы. Право на жизнь дается человеку природой (в некоторых концепциях - богом), но никогда – государством или властью. Последние обязаны лишь признавать, уважать и всемерно защищать эту ценность, которая доминирует над всеми остальными.

Исторически первой в закреплении этого права стала *Всеобщая декларация прав человека*, принятая Генеральной Ассам-

блей ООН 10 декабря 1948 года, которая в статье 3 довольно в сжатой форме провозгласила право на жизнь: «Каждый человек имеет право на жизнь свободу и личную неприкосновенность».

Таким образом, *Всеобщая декларация прав человека* воплотила в своих нормах теорию естественных и неотъемлемых прав человека. Эта теория еще в период буржуазных революций XVIII века стала важным этапом в развитии и становлении прав человека. Право на жизнь, как «прирожденное», которого люди «...при вступлении в общественное состояние – не могут лишить себя и своих потомков каким-либо соглашением...», впервые было провозглашено в Декларации прав Вирджинии 1776 года [4, с. 8]. Затем это право как неотчуждаемое было признано в *Декларации независимости США* от 4 июля 1776 года. Но в последующем, как отмечают некоторые исследова-



тели [1, с. 159], на протяжении довольно длительного времени оно не включалось в конституционные акты ни одного из государств.

В *Международном пакте о гражданских и политических правах*, принятом Резолюцией 2200А (XXI) Генеральной Ассамблеей ООН от 16 декабря 1966 года, данное право было уже несколько конкретизировано: «Право на жизнь есть неотъемлемое право каждого человека. Это право охраняется законом. Никто не может быть произвольно лишен жизни» (п. 1 ст. 6).

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года в ст. 2 предусматривает: «Право каждого лица на жизнь охраняется законом. Никто не может быть умышленно лишен жизни иначе, как во исполнение смертного приговора, вынесенного судом за совершение преступления, в отношении которого законом предусмотрено такое наказание». В последующем устанавливаются некоторые исключения из правила, в частности, когда лишение жизни является результатом абсолютно необходимого применения силы для подавления, в соответствии с законом, бунта или мятежа. Аналогична по содержанию *Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека* (от 1995 года).

Американская Конвенция о правах человека, закрепляя право на жизнь в ст. 4, основное содержание посвящает ограничениям применения смертной казни. Пункт 2 устанавливает, что таковая может устанавливаться только за наиболее серьезные преступления (исключая политические и схожие с ними преступления). *Арабская хартия прав человека* (2004 г.) подобно

Всеобщей декларации прав человека объединяет в одной статье (ст. 5) право на жизнь, свободу и личную неприкосновенность, дополняя, что эти права защищены законом. Ограничения по отношению к применению смертной казни фиксируются в следующих статьях – 10, 11, 12.

Сопоставление норм основных международных и региональных правозащитных актов делает очевидным тот факт, что содержание права на жизнь в них сводится к тому, что это право:

- 1) принадлежит каждому человеку;
- 2) охраняется законом;
- 3) и самое главное – этого права никто не может быть лишен произвольно (за исключением оговоренных случаев абсолютно необходимого применения силы). Единственное ограничение – смертная казнь – может быть осуществлена только во исполнение окончательного приговора, вынесенного компетентным судом.

Таким образом, содержание права на жизнь в том виде, в каком оно закреплено в основных международных документах, понимается достаточно узко, только в уголовно-правовом аспекте.

Если в начале XX века сам институт правового статуса человека практически не включался в круг конституционного регулирования, то в настоящий момент право на жизнь – атрибут почти любой современной конституции [10, с. 75].

Текстуальное закрепление этого права в конституциях строится по одинаковой схеме. Либо краткая констатация данного права (ст. 2 Конституции ФРГ; ст. 28 Конституции Республики Болгария), либо одновременно фиксируются и гарантии недопущения произвольных казней (ст. 20 Конституции России) или

полного запрета данного вида наказания (ст. 24 Конституции Республики Молдова). Конституция Республики Словения (ст. 17) провозглашает: «Человеческая жизнь неприкосновенна. В Словении нет смертной казни». Аналогична формулировка в Конституции Португалии: «1. Человеческая жизнь неприкосновенна. 2. Применение смертной казни не допускается» (ст. 24). Конституция Словацкой Республики (ст. 15) и Конституция Чешской Республики (ст. 6) дополнительно выделяют, что человеческая жизнь достойна охраны еще до рождения.

Нередко конституционное закрепление права на жизнь происходит в комплексе с другими правами в одной статье. «Все имеют право на жизнь, физическую и моральную неприкосновенность, никого ни в коем случае нельзя подвергать пыткам или бесчеловечному или унижающему достоинство обращению. Отменяется смертная казнь, за исключением случаев, предусмотренных военными уголовными законами во время войны» (ст. 15 Конституции Испании). Ст. 24 Конституции Республики Молдова устанавливает повышенные обязательства: «(1) Государство гарантирует каждому человеку право на жизнь и на физическую и психическую неприкосновенность. (2) Никто не может подвергаться пыткам, жестокому, бесчеловечному либо унижающему его достоинство наказанию или обращению. (3) Смертная казнь отменяется. Никто не может быть приговорен к такому наказанию или казнен».

Ст. 27 Конституции Украины предусматривает: «Каждый имеет неотъемлемое право на жизнь». Как видно происходит усиление смысла субъективного права за счет включения характеристики – «неотъемлемость»



[10, с. 76]. В этой же статье содержится категоричный императив: «Никто не может быть произвольно лишен жизни. Обязанность государства – защищать жизнь». Запрет на произвольное лишение человека жизни присутствует в ст. 15 Конституции Республики Казахстан. Защита жизни законом закрепляется и ст. 93 Конституции Латвийской Республики.

Из вышесказанного можно констатировать, что содержание права на жизнь многогранно и различается в разных государствах. Так, в государствах, где отменена смертная казнь, как вид наказания (Австралия, Австрия, ФРГ, Франция и еще более 40 государств), право на жизнь означает, что ни один человек ни за какие деяния не может быть лишен жизни даже государством (абсолютное право на жизнь). В странах, где существуют различные режимы сохранения смертной казни (применение смертной казни, применение смертной казни только в исключительных случаях, отказ от применения смертной казни на практике), под правом на жизнь обычно понимается то, что ни один человек не может быть лишен жизни произвольно, без должной правовой процедуры (относительное право на жизнь).

Следует подчеркнуть, что восприятие права на жизнь официальными нормативными актами как стремление к отказу от смертной казни обусловлено его особой структурой, отличающейся от большинства иных субъективных прав. Но в то же время нельзя сужать обязательства государства в рамках данного права только к отказу от применения смертной казни. Ученые рассматривают право на жизнь не только как субъективное право, а как принцип, определяющий содержание и

смысл отношений государства и личности, одним из аспектов которых выступает комплекс субъективных прав [8, с. 2-3].

Данное право имеет сложную структуру и содержание и ни в коем случае не означает, что государство дарует жизнь своим гражданам (или разрешает жизнь собственным гражданам [11, с. 48]). Жизнь возникает вне государственных велений, и биологическое рождение ребенка меньше всего нуждается в наличии государственных институтов. Вместе с тем, закрепляя данное право в Конституции, государство придает ему именно юридическое значение [9, с. 180].

По мнению А. М. Зайцева структура права определяется структурой правоохраняемого объекта. Жизнь человека имеет трехсоставную структуру [3, с. 8]:

1) жизнь физическая как функционирование организма человека;

2) жизнь социальная, как совокупность общественных отношений, в которые человек вступает как представитель различных социальных общностей (семья, профессиональный коллектив, государство и т.п.);

3) жизнь внутренняя, внутренний мир человека, как результат деятельности сознания и бессознательного в человеке. В этой связи право на жизнь представляет собой сложное явление, структурными элементами которого являются три права: право на физическое существование человека, право на достойную жизнь и право на свободное духовное развитие.

Соответственно, право на жизнь в широком смысле – это не просто право на то, чтобы жить, чтобы человека никто не мог произвольно лишить жизни (что само собой разумеется), а право на то, чтобы жить свободно, мирно, нормально. Еще

Аристотель заметил, что государство создается не для того, чтобы обеспечить возможность жить, а преимущественно для того, чтобы жить счастливо. Иными словами: право на жизнь означает не просто физическое бытие человека, а возможность вести полноценную, отвечающую современным стандартам жизнедеятельность; это право на достойное человеческое существование, включающее в себя целый ряд так называемых смежных прав (на образование, на охрану здоровья, на свободу от унижительного или бесчеловечного обращения, на уважение к частной и семейной жизни и др.). Именно с этой точки зрения необходимо государство как эффективный механизм способный обеспечить данные права.

Недопустимость лишения права человека на жизнь во всех случаях определяется естественной природой данного права. Если государство не может даровать право на жизнь, то, следовательно, оно не может его отнять, тем более не могут принимать решение о лишении права на жизнь человек отдельные лица. Фактическое лишение человека жизни может быть признано правомерным только в случаях возникновения реальной угрозы в отношении равноценного блага жизни другого человека [3, с. 9].

Следовательно, при определенных обстоятельствах человек может быть лишен жизни на вполне законных основаниях. Существует, по крайней мере, три таких обстоятельства: институт необходимой обороны, законы и обычаи войны и смертная казнь. Спорными являются вопросы причинения смерти по крайней необходимости и при других обстоятельствах, исключая преступность деяния, а также вопросы абортов и эвтаназии [2, с. 4].



Однако при всем своем огромном значении для жизнедеятельности общества, государства и мирового сообщества в целом, до сих пор и в международно-правовых актах, и во внутреннем законодательстве многих стран отсутствует единое понимание права на жизнь. А потому при всей безусловности этого права, как естественного и принадлежащего человеку от рождения, ни человек, ни государство не могут обеспечить его полное и гарантированное осуществление.

Между юридическим провозглашением и фактическим состоянием права человека на жизнь существует существенное различие. Принимая во внимание специфику состояния жизни и реальной действительности, а также то обстоятельство, что нигде в мире сегодня это право стопроцентно не обеспечивается, необходимо признать – абсолютно защитить право на жизнь в настоящее время не удастся.

Человек может быть лишен жизни по разным причинам, и большая их часть, к сожалению, носит насильственный характер. Например, люди гибнут от рук преступников, в многочисленных межнациональных и межэтнических войнах и конфликтах; умирают от голода и болезней; становятся жертвами террористических актов и политических разборок; попадают в катастрофы, аварии, стихийные бедствия и т.д. [6, с. 198; 5, с. 108; 7, с. 10; 12, с. 153]

Сегодня, как никогда раньше, эти актуальные реалии времени свидетельствуют о том, что право на жизнь, несмотря на всю свою универсальную значимость, находится под серьезной угрозой. Современная действительность в сложной и многоплановой проблеме прав человека указала на слабое звено. Главное сегодня – это не те-

оретическая разработка, не законодательное закрепление, не споры о дефинициях (хотя такая задача, конечно, не снимается), а создание необходимых гарантий реализации прав индивида, прежде всего, социально-экономических и личных. Важно устранить прямые нарушения прав, причины, их порождающие, поставить заслоны на пути произвола в отношении прав граждан, упрочить их охрану и защиту со стороны власти.

Каждое право только тогда может быть реализовано, когда ему соответствует чья-то обязанность его обеспечить. Гарантии, в сущности, и есть обязанности; применительно к конституционным правам и свободам – это обязанность государства разработать систему условий, средств и способов, создающих личности равные возможности для осуществления своих прав, свобод и интересов.

Литература:

1. Бондарь Н. С. *Права человека и Конституция России: трудный путь к свободе*. Ростов-на-Дону, 1996.
2. Григонис Э. П. *Право на жизнь и право на достоинство в системе права человека* // Мир Юридической Науки, 2011, № 9-10 сентябрь, ноябрь.
3. Зайцева А. М. *Жизнь человека как объект конституционно-правового регулирования*. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва, 2009.
4. Лукашева Е. А. *Права человека и общественные отношения: Общая теория прав человека*. М., 1996.
5. Малько А. В. *Смертная казнь: современные проблемы* // Правоведение. 1998. №1.
6. Матузов Н. И. *Право на жизнь в свете российских и международных стандартов* // Правоведение. 1998. № 1.
7. Михлин А. С. *Высшая мера наказания: история, современность, будущее*. М.: ДЕЛО, 2000.
8. Полякова Т. И. *Право на жизнь как личное неотъемлемое право* // «Современное право», 2008, № 9(1).
9. Романовский Г. Б. *Право на жизнь: Общетеоретический аспект* // Правоведение, 2003, № 4.
10. Романовский Г. Б. *Право на жизнь: юридическая норма и доктрина* // Університетські наукові записки, 2006, № 2 (18).
11. Романовский Г. Б. *Человеческий эмбрион: субъект или предмет правоотношений* // Юрист, 2001, № 11.
12. Сурова Л. Б. *Проблема смертной казни в современном обществе* // Государство и право, 1996, №4.



СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ КОДИФИЦИРОВАННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРА БАНКОВСКОГО КРЕДИТА, КАК ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ИНСТИТУТА

В. КАЛИН,
соискатель, ИИГиП АН Республики Молдова

SUMMARY

The purpose of this article is defined by the author's comparative study of law in the field of civil regulation of bank credit, reflected in the Civil Code and other legislative acts of the Republic of Moldova, as well as the codified civil law of some other countries.

В представленной статье приводится сравнительно-правовой анализ кодифицированного регулирования договора банковского кредита, как гражданско-правового института.

Согласно статье 52 Закона РМ «О законодательных актах» [1] № 780-XV от 27.12.2001 года одной из основных форм систематизации законодательных актов является кодификация, представляющая собой более сложную, на основе единой концепции, систематизацию норм права, относящихся к отдельной отрасли права, осуществляемую путем объединения их в кодексы. Парламент установил презумпцию в статье 53 отмеченного законодательного акта, на основании которой кодекс должен характеризоваться такими качественными признаками, как точность, ясность, логичность, целостность, практический характер. Цель настоящей статьи определена автором сравнительным исследованием правовых норм в сфере гражданско-правового регулирования банковского кредита, нашедшего свое отражение в Гражданском кодексе и других законодательных актах Республики Молдова, а также в кодифицированном гражданском законодательстве ряда других стран.

В Гражданский кодекс Республики Молдова вошла глава XXIV, получившая наименование «Банковские договоры и операции». Структура этой главы представлена шестьдесятю восьмью статьями, формирующими в свою очередь десять частей. Парламентарии, устанавливая содержательную основу главы XXIV ГК РМ, исходили из внутреннего ее деления на «банковские договоры» и, соответственно, «банковские операции». Прежде всего, необходимо соотнести данные понятия касательно оказания ими влияния на правоотношения, лежащие в основе категории «банковский кредит».

Придерживаясь логического признака кодификации гражданского права Молдовы, аргументиру-

ем факт позиционирования в ГК РМ такого института как «банковский договор». По-нашему убеждению, к банковским договорам нужно относить договоры, характеризующиеся нижеприведенными отличительными критериями:

- выступление банка, как минимум, в качестве одной из сторон;
- положения договора основываются на общей совокупности норм, представленных как законодательством, так и не противоречащими ему внутренними локально-нормативными документами банка;
- для возникновения банковского договора необходим административно - разрешительный документ государственного органа – лицензия на осуществление деятельности финансовых учреждений

и пунктов обмена валюты;

- банковский договор выступает в качестве инструмента реализации государственной политики в денежно-валютной, кредитной, сберегательной, а также иных важных областях рыночной экономики.

Гражданским кодексом РМ представлены следующие банковские договоры: договор банковского вклада, договор текущего банковского счета, договор банковского кредита. Банковской практике Молдовы широко известны банковские договоры, не нашедшие свое место в главе XXIV ГК РМ, но традиционно коррелирующие перечню основных видов деятельности банков. Для проведения анализа действующих норм в сфере банковского кредита необходимо, в первую очередь, определить понятийную структуру, содержащую признаки банковского кредитования и позволяющую сделать вывод о том, какие категории наделены по отношению друг к другу признаками первичности.

Финансовым учреждениям разрешена финансовая деятельность, предусмотренная статьей 26 Закона РМ «О финансовых учреждениях» № 550-XIII от 21.07.1995 года. Причем в указанном законе финансовая деятельность носит исключительный характер для банков, что подтверждает позицию законодателя о запрете финансовым учреждениям осуществлять иные виды деятельности. Положения о видах финансовой

деятельности нашли свое отражение в Законе РМ «О финансовых учреждениях» в составе главы IV «Осуществление операций». Тем самым, устанавливается ведение финансовой деятельности банками через процесс осуществления операций.

В любой деятельности субъекта принято выделять такие компоненты, как цель, продукт (реализованную цель), средства, процесс и условия [2]. Операции финансовых учреждений выступают в качестве средства осуществления финансовой деятельности, и в отмеченном контексте аргументировано должны признаваться вторичными по отношению к категории «финансовая деятельность». Вытекающая из приведенной главы IV Закона РМ «О финансовых учреждениях» категория «операция» должна быть обрамлена признаками категории «финансовая». В их единстве и взаимообусловленности наиболее четко будет выражаться **финансовая основа договора банковского кредита, характеризуемая как финансовая операция банка, осуществляющего финансовую деятельность**. Следовательно, точнее было бы поименовать главу IV Закона РМ «О финансовых учреждениях» такой категориальной структурой, как «Финансовая деятельность финансовых учреждений».

В результате проводимого выше анализа возникает вопрос: является ли договор банковского кредита финансовой операцией банка?

Выше по тексту настоящей научной работы мы утвердились в разделении главы XXIV Гражданского кодекса РМ на банковские договоры и банковские операции. Отмеченное законодательное разграничение однозначно трактуется при верженности парламентария относительно самостоятельности таких категорий как «банковский договор» и «банковские операции», но в тоже время, отчетливо представляя единство элементов банковской отрасли, приведенные категории размещены в одной главе Гражданского кодекса. Категория «кредит» в исследуемой

главе ГК РМ выражена узким смыслом, то есть в кодексе поставлен акцент над «банковским кредитом». Последняя категориальная структура характеризуется исключительной компетенцией банков осуществлять данный вид деятельности – кредитование, которое реализуется через такой элемент правового регулирования, как договор банковского кредита. Считаем логичным провести анализ понятия «кредит» с оглядкой на дефинитивный контекст Закона РМ «О финансовых учреждениях».

На основании статьи 3 названного закона под кредитом необходимо понимать любое обязательство дать займы денежные средства с условием его погашения, выплаты процентов и других, связанных с ним, выплат; любое продление срока погашения долга; любая гарантия, а также любое обязательство приобрести долговое обязательство или другие права на осуществление выплаты. Как видно из текста приведенной нормы кредит нашел свое широкое понимание в этой части закона. Согласно подпункту б) пункта (1) статьи 26 Закона РМ «О финансовых учреждениях» к лицензируемой деятельности банков относят предоставление кредитов. В этой же норме закреплено видовое разграничение кредитов, которые делятся на потребительские и ипотечные, факторинг с правом регресса или без него, финансирование коммерческих сделок, выдача гарантий и поручительств и т. п. Нормативная контракция понятийного аппарата, отраженная в последней норме, сужена исключительной компетенцией банка, как финансово-го учреждения – лицензиата.

Таким образом, исследованное выше позволяет нам сделать вывод о том, что договор банковского кредита, нашедший свое место в части 3 главы XXIV Гражданского кодекса РМ, является частью определения, отведенного кредиту положениями Закона РМ «О финансовых учреждениях». Необходимо также отметить, что в Законе РМ «О финансовых учреждениях» договор банков-

ского кредита некорректно обобщен с другими банковскими договорами главой IV, именуемой «осуществление операций». Договор банковского кредита – это в большинстве своем двусторонняя сделка, выражающая волю сторон на ее заключение. В то же время известно, что банковская операция – это одностороннее действие банка, не требующее проявления дополнительной воли кого – либо и осуществимое на основании нормативных актов Национального банка, а также внутренних локальных нормативных актов самого коммерческого банка. Что касается договора банковского кредита, то он имеет первичное положение по отношению к банковским операциям, способствующим практической реализации его условий. В главе XXIV Гражданского кодекса РМ выделяются следующие банковские операции:

- выплата определенной суммы в пользу другого лица (получателя) с целью погашения денежного обязательства распорядителя перед получателем. Указанная операция осуществляется банком на основании распоряжения распорядителя посредством платежного поручения (часть 5, главы XXIV ГК РМ);
- расчеты чеками (часть 6, главы XXIV ГК РМ);
- расчеты по переводному и простому векселям (часть 7, главы XXIV ГК РМ);
- расчеты по документарному аккредитиву (часть 8, главы XXIV ГК РМ);
- расчеты по документарному инкассо (часть 9, главы XXIV ГК РМ);
- расчеты по банковским карточкам (часть 10, главы XXIV ГК РМ).

Так в договоре банковского кредита может быть предусмотрено условие, согласно которому пополнение счета должника кредитными ресурсами банка возможно через кредитную банковскую карточку. Пример, нашедший свое место в предыдущем предложении, доказывает исполнительную функцию банковских операций, позволяющим реализовываться условиям банков-



ских договоров в целом либо в конкретной части.

Итак, положения о договоре банковского кредита кодифицированы закреплены в законодательстве Республики Молдова. Нашел ли данный институт свое место в гражданских кодексах ряда других государств. За сравнительную основу возьмем гражданские кодексы Румынии, Республики Беларусь, Республики Узбекистан, Российской Федерации.

Гражданский кодекс Румынии [3] с момента принятия в 1864 году претерпел существенные поправки. Сегодня это кодифицированный правовой инструмент, призванный упорядочить потребности современного европейского гражданского общества и обеспечить их практическую реализацию.

Глава XV «Текущий банковский счет и другие банковские договоры» ГК Румынии своим названием демонстрирует приверженность румынского законодателя выделять отдельно банковские договоры. Формулировка понятия кредитного договора осуществляется в статье 2.193. ГК Румынии. Согласно данной норме, в противовес положениям ГК Республики Молдова, банки Румынии лишены исключительной компетенции по заключению кредитных договоров. Таким правом в соответствии с ГК Румынии обладают также небанковские финансовые учреждения или другие лица, уполномоченные специальным законом. Однако, исходя из названия главы XV ГК Румынии, очевидно вливание кредитного договора, а по некоторым взглядам его разновидности - договора о кредитной линии, в категориальную структуру «другие банковские договоры».

Приступая к сбору информации о позиционировании дефинитивных структур «кредитный договор» и «договор банковского кредита» в ГК Румынии с очевидностью отметим, что как таковые понятийные образы не обнаруживают аналогичных себе положений как в ГК РМ, так и в

большинстве гражданских кодексов, взятых к изучению по ходу поставленных в настоящей работе задач. В статье 2.193. ГК Румынии зафиксированы нормы, регулирующие договорную кредитную конструкцию. Текстуальное содержание отмеченной нормы доводит до нашего внимания стремление румынского законодателя обусловить ряд аспектов:

- появлению кредитного договора должно предшествовать удовлетворение сторонами законных требований;

- на стороне финансиста (инвестора) может выступать как банк, так и небанковское финансовое учреждение или другие уполномоченные законом лица;

- безличность стороны договора (клиента), которому финансист (инвестор) обязуется хранить доступной определенной сумму денег;

- дефиниция договора банковского кредита не раскрыта в ГК Румынии, что приводит к отсутствию ее специального кодифицированного закрепления и возможному применению к банковским кредитным отношениям правил, обусловленных статьей 1.168. ГК Румынии (Правила, применимые к неназванным договорам).

Возможно, румынский законодатель пытается охватить договором, нашедшим свое дефинитивное раскрытие в ГК Румынии, весь перечень возможных договоров, коррелирующих банковскому кредиту. По-нашему убеждению данная логика не служит полной объективной потребности правового регулирования отношений, складывающихся по поводу банковского кредита, но в то же время, подчеркивает универсальность последнего, объединяя его по смыслу и аналогии с институтом заимствования.

Итак, в ГК Румынии договор банковского кредита не обособлен, что делает затруднительным теоретическое восприятие норм гражданского законодательства Румынии, регулирующим исследуемую тематику, в правоприменительной банковской

практике Республики Молдова.

Румынский законодатель, настаивая на дефиниции, зафиксированной в статье 2.193. ГК Румынии, способствует спорному толкованию данной нормы, содержательная суть которой позиционирует односторонне обязывающую сделку. Весь смысл статьи 2.193. ГК Румынии сводится к обязанности финансиста (инвестора) хранить клиенту сумму денег. В каких целях, на каких условиях, что ожидается взамен от клиента - кодекс умалчивает. Уверены, что в процессе практической реализации положений статьи 2.193. ГК Румынии ограничиваться применением однообразных кредитных конструкций, как, например, кредитных линий, не продуктивно. Банковское кредитование должно как побуждаться потребностью, так и отвечать ожиданиям.

На примере деятельности одного из коммерческих банков нами будет проведен ниже анализ применения кредитных линий в Республике Молдова, направленный на установление их субсидиарности относительно договора банковского кредита. «FinComBank» S.A. предоставляет заемные средства на следующие сроки и цели:

Кратко- и среднесрочное кредитование текущей бизнес деятельности, а именно:

- пополнение оборотного капитала в виде ординарных кредитов и кредитных линий сроком до 2-х лет [4].

Оказывая данную услугу, «FinComBank» S.A. предоставляет возможность потенциальному заемщику воспользоваться банковским кредитованием своей бизнесдеятельности посредством ординарного кредита, а также через открытие кредитной линии, что подтверждает широкое применение на практике коммерческими банками Молдовы как договоров банковского кредита, так и его разновидности - договора о кредитной линии. Мотивация финансовых учреждений Молдовы, открывающих заемщикам кредитные линии, побуждается, в том числе,

нормой, закрепленной в статье 1239 Гражданского кодекса РМ, согласно которой «кредит может быть выдан путем предоставления в распоряжение должника денежной суммы (кредитной линии), которую он может использовать по частям в зависимости от своих нужд». Положения приведенной выше статьи ясно подчеркивают вторичный характер кредитной линии по отношению к первичному понятийному аппарату – «договор банковского кредита».

Для того, чтобы завершить начатый эксперимент, учитывая результаты проведенного наблюдения, а также осуществленного на его базе анализа, считаем необходимым обнародовать в тексте настоящей статьи гипотезу, предполагающую доказательство невозможности применения сформировавшейся банковской практикой Молдовы норм, регулирующих банковское кредитование Румынии на сегодняшний момент:

отличие правового регулирования банковского кредитования Румынии и Республики Молдова состоит в отсутствии единого законодательно-кодифицированного подхода к отношениям, складывающимся по поводу договорного банковского кредитования.

Гражданским кодексом Республики Беларусь произведено разграничение главы 42 на заем и кредит. Статья 771 ГК РБ дает понятие кредитному договору, из которого следует:

- демонополизация банковского участия в кредитовании;
- наименование сторон - кредитор, кредитополучатель;
- диспозитивный и императивный характер условий кредитного договора;
- решение вопросов, не отрегулированных статьей 771 ГК РБ, может заимствоваться из норм статей главы 42 ГК РБ;
- норма права, характеризующая отношения по кредитному договору, по степени определенности изложения является относительно определенной.

Законодатель Республики Беларусь, принимая за основу степень безусловной значимости банковских правоотношений, механизмов и элементов их формирующих, понимая актуальность и место институтов правового регулирования банковской отрасли экономики государства, принял и одобрил Банковский кодекс Республики Беларусь. Сравнительный анализ норм о кредитном договоре, раскрытых в ГК РБ и БК РБ, привел нас к выводу о том, что между данными понятиями прослеживаются существенные отличия. В первую очередь следует отметить включение Банковским кодексом РБ кредитного договора в главу 18 «Банковский кредит» раздела V «Активные банковские операции». Разрабатывая наименование главе 18 ГК РБ, парламентарии Республики Беларусь поставили акцент на охватывание кредитного договора, закрепленного в статье 137, рамками банковской сферы. В то же время, раскрытие дефиниции «кредитный договор» в БК РБ ставит «кредитодателя» в альтернативную зависимость, на

предмет возможного представления его банком или небанковской кредитно-финансовой организацией. Утверждение, нашедшее свое место в предыдущем предложении, призвано установить компетенцию по выдаче кредитов не только банкам, но и небанковским кредитно-финансовыми организациям, являющимся на основании статьи 9 БК РБ юридическими лицами, имеющими право осуществлять отдельные банковские операции и виды деятельности, предусмотренные БК РБ, за исключением осуществления в совокупности следующих банковских операций: привлечения денежных средств физических и (или) юридических лиц во вклады (депозиты); размещения привлеченных денежных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности и срочности; открытия и ведения банковских счетов физических и (или) юридических лиц.

Посредством сравнительной таблицы выведем отличительные моменты кредитных договоров, регламентированных БК РБ и ГК РБ:

| <i>Понятие кредитного договора, согласно Банковскому кодексу РБ</i> | <i>Понятие кредитного договора, согласно Гражданскому кодексу РБ</i> |
|---|--|
| <p>Статья 137. Кредитный договор</p> <p>По кредитному договору банк или небанковская кредитно-финансовая организация (кредитодатель) обязуются предоставить денежные средства (кредит) другому лицу (кредитополучателю) в размере и на условиях, определенных договором, а кредитополучатель обязуется возвратить (погасить) кредит и уплатить проценты за пользование им.</p> <p>Кредитным договором может быть предусмотрена обязанность кредитополучателя также уплатить плату (комиссионные и иные платежи) за пользование кредитом.</p> | <p>Статья 771. Кредитный договор</p> <p>1. По кредитному договору банк или небанковская кредитно-финансовая организация (кредитодатель) обязуется предоставить денежные средства (кредит) другому лицу (кредитополучателю) в размере и на условиях, предусмотренных договором, а кредитополучатель обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее.</p> <p>2. К отношениям по кредитному договору применяются правила настоящей главы с учетом особенностей, установленных законодательством.</p> |

Согласно Толковому словарю Ушакова [5] термин «определенный» означает «точно, твердо установленный, не подвергающийся измене-

ниям, переменам». Юридическому восприятию приведенного термина будет служить его отождествление с понятийным аппаратом «императив-



ная норма права». В том же источнике, мы находим трактовку слова «предусмотренный» - это «предусмотренный, рассчитанный, предугаданный, предвиденный». По предложенному выше восприятию слову «предусмотренный» отождествляется фраза «диспозитивная норма права». Духу Гражданского кодекса Республики Беларусь сопутствует возможность субъектов кредитных правоотношений самим решать вопрос об объеме и характере своих прав и обязанностей. Напротив, Банковский кодекс Республики Беларусь напоминает сторонам кредитной сделки об обязательных предписаниях главного банка страны, а также лицензионных требованиях, предъявляемым к лицензиатам, при установлении в отношении друг друга прав и обязанностей.

Физический возврат денежных средств еще не служит основанием к процедурному погашению кредита банком. Погашению кредита должны сопутствовать активные действия не только кредитополучателя, но и самого банка (зачисление на счет, бухгалтерская проводка, оформление правовой документации и т.п.). Уместно добавить к сказанному, что юридической причиной к непогашению кредита кредитодателем в результате возврата денежных средств кредитополучателем, может стать:

- истечение рабочего времени структурного подразделения (например, денежные средства возвращаются кредитополучателем через обменно-валютный пункт банка в 18.00, а рабочий день работников отдела кредитодателя по кредитованию завершился в 17.30);

- не извещение кредитодателя о досрочном погашении кредита до истечения срока возврата, установленного кредитным договором;

- и т. п.

Дополним проводимый анализ аргументом в пользу того, что категориальная структура «возвратить (погасить) кредит» вовлекает в процесс возврата не только кредитодателя, но кредитополучателя. Смысл фразы

«возвратить полученную денежную сумму» сводится к единоличному действию со стороны кредитодателя.

Отметим также, что возврат предоставленных кредитодателем денежных средств не равен сумме погашаемого кредита, потому что она содержит уже надбавку в виде процентов и возможных издержек, таким образом, возвращается не полученная сумма, а сумма, превышающая полученную.

В обоснование нетождественности дефинитивных структур кредитного договора, регламентированных белорусским законодателем в ГК РБ и БК РБ, укажем на обстоятельство, подчеркивающее это различие. Так, в соответствии с пунктом 2 статьи 771 ГК РБ к отношениям по кредитному договору применяются правила главы 42 «Заем и кредит» с учетом особенностей, установленных законодательством. В данном контексте при возврате заемщиком (кредитополучателем) суммы займа (кредита) на основании статьи 763 ГК РБ устанавливается положение, рассматривающее момент возврата, согласно которому сумма займа (кредит) считается возвращенной(ым) в момент передачи ее заимодавцу (кредитодателю) или зачисления соответствующих денежных средств на его банковский счет, *если иное не предусмотрено договором займа (кредитным договором)*. Именно последний, умышленно выделенный нами аспект, свидетельствует о вхождении фразы «возвратить полученную денежную сумму» в состав более широкой по смыслу и значению фразы «возвратить (погасить) кредит», в качестве одного из составляющих ее элементов.

По договору банковского кредита банк (кредитор), согласно статье 1236 ГК РМ в аналогии со статьей 771 ГК РБ, несет обязанность по возврату полученной суммы и уплате процентов на нее. Такой подход молдавского парламентария при сравнении с нормой Банковского кодекса РБ о кредитном договоре, мы вправе считать уязвимым. Естественен

в условиях проводимого сравнения вопрос: если возврату (погашению) подлежит кредит, то почему предоставляется кредитором (ГК РМ), кредитодателем (ГК РБ) денежная сумма (ГК РМ), денежные средства (ГК РБ)?

Ответ мы найдем в консенсуальной правовой природе кредитного договора (ГК РБ), договора банковского кредита (ГК РМ). Сам кредит, как юридический акт, не находит своего начала при обращении кредитополучателя (ГК РБ), должника (ГК РМ) в банк за консультативной информацией относительно возможного кредитования. Но законна в логике позиция, отводящая преддоговорным отношениям, ведущим к возможному юридическому оформлению кредитного договора, договора банковского кредита, функции кредита, возникшего еще до подписания договора. В этой связи уместно добавить, что законодательством Республики Молдова различаются понятия «кредит» и «банковский кредит». Как мы отмечали выше, в статье 3 Закона РМ «О финансовых учреждениях» под кредитом понимается довольно широкая понятийная группа, в то время как банковский кредит значительно уже, и основным источником его регулирования являются положения ГК РМ о договоре банковского кредита. Резюмируя выше приведенное, выведем следующее умозаключение: **возникновение кредита (ГК РБ), банковского кредита (ГК РМ) в широком понимании в косвенной взаимосвязи с кредитным договором (ГК РБ), договором банковского кредита (ГК РМ), как юридическими актами, имеет место в преддоговорных процессах, а возникновение кредита (ГК РБ), банковского кредита (ГК РМ) в узком понимании в прямой взаимосвязи с указанными договорами, в которых кредит (ГК РБ), банковский кредит (ГК РМ) являются элементами, имеет место после подписания юридического акта, в нашем случае договора, сторонами. Следовательно, первоначально кредитодателем (ГК РБ),**

кредитором (ГК РМ) предоставляется денежная сумма, которая в кодифицированном дефинитивном отношении при возврате (погашении) трансформируется в уже существующий по законам консенсуальности кредит.

Опыт построения банковских кредитных отношений в Республике Беларусь стал бы весьма полезным, в ходе практического применения банковского кредитования в Республике Молдова. Появление банковского кодекса в Молдове подчеркнуло бы приверженность нашего законодателя к построению полной правовой структуры, обеспечивающей нормативное правовое регулирование банковского сектора, и значительно укрепило бы его значимость в системе общественных отношений.

Гражданский кодекс Республики Узбекистан [6] предусмотрел в параграфе 2 «кредит», главы 41 «Заем и кредит», статью 744, раскрывающую понятие кредитного договора, под которому одна сторона - банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) другой стороне (заемщику) в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. Как видно из определения исключительное участие банков в процессе кредитования не предусмотрено, а механизм возврата (погашения) кредита не оговаривается в виду его частичного раскрытия через механизм возврата полученной денежной суммы. Не останавливаясь подробнее на сравнительно-правовом анализе понятийной группы, обусловившей кредитный договор в Республике Узбекистан, мы сочли для настоящего научного исследования интересным положение части второй статьи 744 ГК РУз, которое не дублируется аналогичной нормой ни одним из рассмотренных выше гражданских кодексов: «В случаях, когда в соответствии с законодательством допускается осуществление кредито-

вания коммерческими организациями, не являющимися кредитными организациями, правила о кредитном договоре применяются к отношениям по кредитованию, осуществляемому такими коммерческими организациями». Один из таких случаев регламентирован Законом Республики Узбекистан «О микрокредитных организациях» [7] от 20 сентября 2006 г. N ЗРУ-53, устанавливающий, что под микрокредитной организацией понимается юридическое лицо, осуществляющее деятельность по оказанию услуг в сфере предоставления микрокредита, микрозайма, микролизинга и оказывающее иные микрофинансовые услуги. Правовым стержнем отраженной тематики является факт признания законодательным органом Республики Узбекистан на стороне кредитора широкого круга лиц: банков, кредитных организаций, коммерческих организаций, не являющихся кредитными организациями.

Традиционный императив, ограничивающий предмет договора банковского кредита денежными средствами, находит свое опровержение в Гражданском кодексе РУз, статьей 747 которого оговаривается договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне на условиях кредитного договора вещи, определенные родовыми признаками.

Если Гражданский кодекс России, предусматривающий главу 42 «Заем и кредит», находит принципиальные расхождения с Гражданским кодексом Республики Молдова в рамках большинства выводов, которые были сделаны нами по ходу изложения настоящего параграфа, то Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991 N 2211-1 [9], действующие в пределах уже вошедшей в историю союзной государственности, заслуживают тщательного структурного анализа.

Главой 15 Основ отграничивались нормативные положения, регламентирующие расчеты и кредитование, а в статье 113 отводилось

внимание дефиниции, декларирующей положение о том, что из «договора займа (кредитного договора), заимодавец (кредитор) передает заемщику (должнику) в собственность (полное хозяйственное ведение или оперативное управление) деньги или вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется своевременно возвратить такую же сумму денег или равное количество вещей того же рода и качества». Как мы видим из представленной понятийной структуры, законодателем СССР отводилось приоритетное место договору займа, как общему регулятору кредитных отношений, а о кредитном договоре упоминалось, как о возможной разновидности займа. Акцент на исключительной специфике кредитного договора отсутствовал, что свидетельствовало о более узком применении договорных кредитных конструкций. О второстепенной роли кредитного договора в системе кредитных отношений СССР можно судить после анализа правовой природы, возникшей из статейного понятия. Кредитный договор, согласно Основам, является реальным. Но исключать признаки консенсуальности в процессе практического продвижения кредитного продукта очень сложно. При заключении кредитного договора в рамки реальности законодатель, на наш взгляд, исходил из широко распространенного потребительского кредитования, направленного на увеличение благосостояния человека. Как отмечали исследователи того времени, «решение проблемы формирования рациональных потребностей предполагает активное воздействие на личные потребности членов социалистического общества с помощью экономических, социальных, социально-психологических и организационных рычагов и стимулов» [10]. Одним из таких экономических рычагов являлось товарное кредитование торговыми организациями, которое по некоторым критериям занимало лидирующие позиции. К примеру, в Советском Союзе населе-



нию ежегодно продавалось в кредит промышленных товаров более чем на 4 миллиарда рублей, а общая сумма ссуд, предоставленных государством на жилищно-строительную кооперацию, на начало 1982 года составила 3,4 миллиарда рублей [11].

Согласно Основам, кредитный договор предполагался возмездным в тех случаях, когда на стороне кредитора выступали лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью, а также при условии прямого указания на процентную нагрузку в договоре. В остальных случаях декларировался безвозмездный характер кредитной сделки. Индивидуальных положений о банковском кредите, как это предусматривается ГК РМ, в Основах Гражданского законодательства Союза ССР и республик мы не найдем, и этот факт является дополнительным подтверждением акцессорности договора банковского кредита, кредитного договора того времени общему характеру договора займа.

Постатейным содержанием действующего ГК РФ предусматривается разделение кредита на коммерческий, банковский, а также кредит, предоставленный иными кредитными организациями. Безусловной положительной чертой ГК РФ, относительно ушедших в историю Основ, необходимо признавать высвобождение из общей кредитной массы банковского кредита, как одного из наиважнейших рычагов рыночной экономики. В то же время договор банковского кредита заслуживает более пристального внимания, и должен себя обнаруживать в качестве отдельного параграфа Гражданского кодекса РФ, не имеющего презумпции зависимости своей внутренней структуры от других договорных конструкций, как, например, договора займа.

Закрепим сравнительно-правовой анализ кодифицированного регулирования банковского кредита, как гражданско-правового института тех государств, которые были задействованы в качестве эмпирического мате-

риала в данной статье, следующими выводами:

1. Договор банковского кредита в качестве отдельной части кодифицированного гражданско-законодательства нашел свое адекватное рыночным механизмам и принципам изложение в ГК Молдовы, частично адекватное в ГК Туркменистана.

2. Республикой Беларусь отношения, складывающиеся по поводу банковского кредитования, справедливо награждены кодификацией не только гражданской, но и банковской. Молдова значительно продвинуется в сторону правового развития механизмов рыночной экономики в случае принятия Банковского кодекса РМ.

3. Нормы ГК Румынии о кредите не отвечают существующим реалиям, что приводит к затруднительному практическому их применению. Согласно ГК Румынии кредитная договорная конструкция представлена односторонне обязывающей сделкой.

4. Явствуют коллизионные признаки кодифицированных правовых норм с положениями специальных законов, регулирующих аспекты банковского кредитования.

5. По степени охвата общественных отношений договор банковского кредита значительно уже кредитного договора. Но в то же время, договор банковского кредита не должен рассматриваться в качестве разновидности кредитного договора.

6. Договор банковского кредита может быть обусловлен банковской операцией, но таковой не является.

7. Положения о банковском кредите находят свое место в законодательстве многих государств, что свидетельствует о значимости данного гражданско-правового института и его существенной роли в построении рыночной экономики.

8. Договор банковского кредита должен признаваться само-

стоятельным институтом гражданского права, и не служить акцессорным придатком других договорных конструкций. Зависимость договора банковского кредита от договора займа не должна носить всеобъемлющий характер, и может применяться с учетом очевидной специфической самостоятельности сделки банковского кредитования.

Литература:

1. Закон Республики Молдова «О законодательных актах N 780-XV от 27.12.2001. Мониторул Официал ал Р. Молдова N 36-38 от 14.03.2002.
2. Носкова О. Г. Деятельность// Знание. Понимание. Умение. Научный журнал Московского гуманитарного университета, 2004, № 1, с.135.
3. Codul civil al României din 17 iulie 2009 (Legea nr. 287/2009) – Republicare. Publicat in Monitorul Oficial al al României, Partea I Nr. 505 din 15 iulie 2011.
4. FinComBank S.A. <http://www.fincombank.md/loans/>
5. Толковый словарь русского языка/под ред. Д. Н. Ушакова. В 4 т. — М.: Сов. энцикл.: ОГИЗ, 1935—1940.
6. Гражданский кодекс Республики Узбекистан, утвержденный законами Республики Узбекистан от 21 декабря 1995 года и 29 августа 1996 года. Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 1996 г., приложение к №2, № 11, 12.
7. Закон Республики Узбекистан «О микрокредитных организациях» от 20 сентября 2006 г. N ЗРУ-53. Ведомости палат Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 2006 г., № 9, ст.495.
8. Гражданский кодекс Туркменистана, утверждённый Законом Туркменистана от 17 июля 1998 года. Ведомости Меджлиса Туркменистана, 1998 г., № 2, ст. 39.
9. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991 N 2211-1/Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. N 26. Ст. 733.
10. Семенов А. В. Формирование личных потребностей в условиях развитого социализма: Дис. канд. эконом. наук. Всесоюзный ордена «Знак почета» Заочный Финансово-экономический институт. Москва, 1985. 224 с.
11. Потребительский кредит, (сборник) М.: Знание. Сер. Экономика, 1983, № 5, 64 с.