



БЕЛОРУССКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ

ЖУРНАЛ
БЕЛОРУССКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА

ПРАВО

JOURNAL
OF THE BELARUSIAN STATE UNIVERSITY

LAW

Издается с января 1969 г.
Выходит три раза в год
Published since January, 1969.
One copy in four months

3

2017

МИНСК
БГУ

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор БАЛАШЕНКО С. А. – доктор юридических наук, профессор; декан юридического факультета Белорусского государственного университета, Минск, Беларусь.
E-mail: balashenko@bsu.by

Ответственный секретарь ЧЕРВЯКОВА Т. А. – кандидат юридических наук, доцент; заместитель декана юридического факультета Белорусского государственного университета, Минск, Беларусь.
E-mail: chervyakova@bsu.by

- Ванг Г.** Чжэцзянский университет, Ханчжоу, Китай; Тулейнский университет, Новый Орлеан, США; Городской университет Гонконга, Гонконг, Китай.
- Василевич Г. А.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Вердуссен М.** Католический университет Лувена, Лувен-ла-Нев, Бельгия.
- Годунов В. Н.** УО «Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ», Минск, Беларусь.
- Каменков В. С.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Карпович Н. А.** Конституционный Суд Республики Беларусь, Минск, Беларусь.
- Макарова Т. И.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.
- Матье Б.** Университет Париж 1 Пантеон-Сорбонна, Париж, Франция.
- Мацкевич И. М.** ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет им. О. Е. Кутафина (МГЮА)», Москва, Россия.
- Некросиус В.** Институт гражданского процесса и римского права Вильнюсского университета, Вильнюс, Литва.
- Скаков А. Б.** Евразийский национальный университет им. Л. Н. Гумилева, Астана, Казахстан.
- Хелльманн У.** Потсдамский университет, Потсдам, Германия.
- Чуприс О. И.** Белорусский государственный университет, Минск, Беларусь.

EDITORIAL BOARD

Editor-in-chief BALASHENKO S. A., doctor of science (law), full professor; dean of the faculty of law of the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
E-mail: balashenko@bsu.by

Executive secretary CHERVYAKOVA T. A., PhD (law), docent; deputy dean of the faculty of law of the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
E-mail: chervyakova@bsu.by

- Wang G.** Zhejiang University, Hangzhou, China; Tulane University, New Orleans, USA; City University of Hong Kong, Hong Kong, China.
- Vasilevich G. A.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Verdussen M.** Catholic University of Louvain, Louvain-la-Neuve, Belgium.
- Godunov V. N.** Institute for Retraining and Qualification Upgrading of Judges, Prosecutors and Legal Professionals at the Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Kamenkov V. S.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Karpovich N. A.** Constitutional Court of the Republic of Belarus, Minsk, Belarus.
- Makarova T. I.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.
- Mathieu B.** University Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, France.
- Mackevich I. M.** Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia.
- Nekrosius V.** Institute of Civil Procedure and Roman Law of the Vilnius University, Vilnius, Lithuania.
- Skakov A. B.** L. N. Gumilyov Eurasian National University, Astana, Kazakhstan.
- Hellmann U.** University of Potsdam, Potsdam, Germany.
- Chupris O. I.** Belarusian State University, Minsk, Belarus.

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

THEORY AND HISTORY OF LAW AND STATE

УДК 34(37)091

ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЕ УСТРОЙСТВО ПОЛИСНОГО ГОСУДАРСТВА ЕВРОПЕЙСКОЙ АНТИЧНОСТИ

О. И. ХАНКЕВИЧ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Рассмотрены вопросы, касающиеся сущности античного государства полисного типа, характерные для него институты управления, способы регулирования общественной и частной жизни полноправных членов гражданской общины, особенности процессуальной практики афинского полиса и римской республиканской *civitas*. Сделаны следующие выводы: полисное государство европейской Античности, внутренняя жизнь которого регламентировалась юридическими институтами и демократической системой управления, стало огромным прогрессом в государственном строительстве древней эпохи; в полисе и *civitas* произошла нормативная фиксация прав и свобод полисных граждан – *ius civile* утверждало и защищало их личные и имущественные права и интересы; судебная система и связанное с ней законодательство стали органичным элементом демократических государств Античности; справедливое правосудие и равное право членов гражданской общины на участие в политической, общественной и религиозной жизни мыслители древности положили в основу определения сущности полисной демократии.

Ключевые слова: город-государство; полис; *civitas*; демократия; гражданское сообщество; гражданин; право; частный процесс; гелиея; претор; судебные коллегии (*quaestiones*).

Образец цитирования:

Ханкевич О. И. Политико-правовое устройство полисного государства европейской Античности // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 3–12.

For citation:

Khankevich O. I. Political and legal structure of a polis state of European Antiquity. *J. Belarus. State Univ. Law.* 2017. No. 3. P. 3–12 (in Russ.).

Автор:

Ольга Ивановна Ханкевич – кандидат исторических наук, доцент; доцент кафедры истории древнего мира и средних веков исторического факультета.

Author:

Olga I. Khankevich, PhD (history), docent; associate professor at the department of ancient and medieval history, faculty of history.
monzul000@gmail.com

POLITICAL AND LEGAL STRUCTURE OF A POLIS STATE OF EUROPEAN ANTIQUITY

O. I. KHANKEVICH^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article deals with the nature of the ancient polis-type state, its governing institutions, ways of regulating public and private life of full-fledged members of the civil community, the particularities of the procedural practice of the Athenian polis and the Roman republican *civitas*. The author comes to the following conclusions: an ancient European polis-type state, whose internal life was regulated by legal institutions and a democratic system of government, became a huge progress in the state-building of the ancient era; in the *polis* and *civitas* there was a normative fixation of the rights and freedoms of *polis* citizens – *ius civile* asserted and protected their personal and property rights and interests; the judicial system and related legislation became an organic element of democratic states of antiquity; ancient thinkers laid fair justice and the equal rights of members of the civil community to participate in political, public and religious life, into the foundation for the definition of ancient democracy.

Key words: city-state; polis; *civitas*; democracy; civil community; citizen; law; private process; heliaia; praetor; judicial panels (*quaestiones*).

Процесс возникновения и становления в разных регионах древней ойкумены государственности (стейтогенез) изначально имел форму небольших по территории и численности населения урбанистических центров, составлявших с окрестными сельскохозяйственными угодьями единое экономическое и политическое целое. Подобная модель раннего государства зафиксирована исследователями в Южной Месопотамии (IV–III тыс. до н. э.), Восточном Средиземноморье (III–II тыс. до н. э.), Юго-Восточной Европе (I тыс. до н. э.) и Мезоамерике (I тыс. н. э.). Формирование в каком-то регионе одного городского поселения влекло за собой появление другого, и в итоге возникал по терминологии Э. Саутхолла «пучок равноуровневых политий» с идентичными органами управления, языком и письменностью, пантеоном богов и сказаниями о них [1, с. 132]. Данную модель стейтогенеза, многократно повторявшуюся в Старом и Новом Свете, современные ученые считают магистральным путем возникновения *первичного* государства (города-государства), главная особенность которого состояла в уподоблении общине. Элементарная община – объединение группы индивидуальных домохозяйств, жизнь которых строилась на принципах уравнительного землепользования и самоорганизации, – в догосударственную эпоху являлась, по словам В. А. Якобсона, «практически единственной формой политической организации свободного населения и единственным средством обеспечения экономической взаимопомощи» [2, с. 15]. С позиций цивилизационного процесса возникновение в экологически благоприятных зонах земли урбанистических центров стало первым опытом выработки древними людьми оптимальных форм существования и взаимодействия с окружающей средой. Объектом настоящего исследования является город-государство европейской Античности второй половины I тыс. до н. э. в двух его разновидностях – в виде греческого классиче-

ского полиса и римской республиканской *цивитас* (*civitas*), объединенных в антиковедении понятием «государство полисного типа» (в международном лексиконе – *face-to-face society*).

Путь возникновения первичного государства мог быть разным (синойкизм, колонизация, завоевание), но изначально он имел форму сселения и слияния (*синойкизм* (греч.), *агломерация* (лат.)) ряда племенных общин в единую этносоциальную и политическую общность, члены которой воспринимались в качестве «своих» в значении «сородичи, сообщинники, соплеменники, содружинники». Однако термин «государство» для обозначения сформировавшейся в Юго-Восточной Европе территориальной и политической общности в письменных памятниках Античности отсутствует, его заменяют слова *полис* и *цивитас* в значении «город, гражданская община». Сущность понятия «государство» политическая мысль Античности воплотила в учении о формах власти и той пользе, которую она несет своим подданным и гражданам. Так, Аристотель (IV в. до н. э.) к справедливым (в оригинале – правильным) формам власти, существующим ради общего блага, относил монархию, аристократию и демократию, которую назвал *политией*. Перерождаясь, монархия становится тиранией, аристократия – олигархией, а демократия – охлократией, т. е. властью толпы, по своему произволу устанавливающей общественный порядок (Аристотель. Политика, III, 5) [3]. В греческом классическом полисе (V–IV вв. до н. э.) и римской республиканской *civitas* (V–I вв. до н. э.) общественная и политическая жизнь была сосредоточена в рамках гражданского коллектива при сохранении традиционных для общины форм самоорганизации и самоуправления. Политико-правовые концепты *демократия* и *республика* выразили эту идею народовластия как основополагающий политический принцип устройства полисного государства. Однако собирательное понятие

«народ» (греч. *demos*, лат. *populus*) древние авторы относили только к полноправным жителям города-государства, обладавшим гражданским статусом (греч. *polites*, лат. *civis*). Степень демократичности афинского полиса, олигархической Спарты и аристократической римской *civitas* была разной, но всех их роднит выборная и коллегиальная форма власти с характерной для общины трехчастной системой управления: народное собрание, совет старейшин (*Совет пятисот* в Афинах, *герусия* в Спарте, *сенат* в Риме) и ежегодно переизбираемые магистраты (носители исполнительной власти). Народное собрание (*эклесия*, *апелла* и *комиции* соответственно), как главный избирательный и законодательный орган, выражало коллективное мнение граждан, лично участвовавших в голосовании (прямая демократия). Поскольку граждане (народ) были в полисном государстве источником власти (голосованием избирали магистратов) и права (утверждали законы), древние авторы нередко использовали слова *demos* и *populus* как тождественные понятиям «народное собрание» и «государство».

Специфическим отражением гражданского статуса было то, что гражданами в полисе и *civitas* являлись только лица мужского пола, участвовавшие в ополчении и владевшие на территории своей общины земельным наделом. Такие полноправные члены полисной общины и установили «общим согласием собственное право», которое римляне называли гражданским – *ius civile* (Дигесты Юстиниана, I, 3, 40) [4]. Субъект *ius civile* воспринимался в реалиях социальной жизни полисного государства и как неполитический, частный человек, чем и объясняется наличие у этого права второго названия – *ius privatum*. В римском праве впервые произошло разграничение норм, связанных с системой руководства *civitas*, – функций магистратских и жреческих коллегий, судоустройства, управления общественным имуществом (сфера *ius publicum*) – и норм, регулировавших гражданско-правовые отношения (сфера *ius civile*, или *ius privatum*). При этом границы между публичным и частным правом еще не были четко определены – происходило заимствование публичных норм в частноправовую систему и наоборот. Гражданское общество Античности – особая соционормативная реальность, этимологически тождественная в тех исторических условиях лексикоконцептам *politeia* (греч.) и *civitas* (лат.). Как подчеркивает Д. В. Дождев, говорить о гражданском обществе можно только в случае существования общезначимого права, утверждающего формальное равенство его членов [5, с. 262]. Именно в процессе выработки правовой формы общения членов полисной общины и появился свободный и автономный индивид – субъект внутреннего права этой общины и адресат его норм. «Обладание же правами, – пишет С. Л. Утченко, – и есть то, что делает индивида гражданином и что отличает кол-

лектив граждан от других, более ранних форм общегития» [6, с. 30].

В современной теоретико-правовой науке для обозначения начальной стадии стейтогенеза используется концепт «государственность» и отмечается, что сопутствующим данной стадии политической эволюции явлением было формирование сложного общества. Эгалитарное равенство членов элементарной общины в интегрированной общине-государстве сменилось разделением людей по имущественному и сословному, а позже и правовому статусам, в соответствии с которыми в обществе выделялись знать и простонародье, богатые и бедные, свободные и рабы. Наличие же сложностратифицированной системы предполагает упорядочение социальных отношений путем подчинения их определенным нормам и стандартам, которые и были выработаны внутренним правом полисного государства. Необходимость права как главного регулятора общественной жизни зафиксирована в латинской пословице *Ubi societas, ibi ius* («Там, где есть общество (общественная жизнь), там есть и право»). Нормативная природа социального общения зиждется, по утверждению римских юристов, на предписаниях естественного права (*ius naturale*; у Цицерона – *ratio naturale*), божественных заповедей (*fas, ius divinum*) и человеческих законов (*ius humanum*). Правовой фактор Цицерон (I в. до н. э.) положил в основу определения гражданской общины: те, кто связан между собой общими правами и законами, представляют единую общину – *civitas* (Цицерон. О законах, I, 7, 23) [7]. Неотъемлемым правом членов *civitas* была возможность апелляции к народу (*provocatio ad populum*) в случае вынесения судьей решения об изгнании обвиняемого из общины (*deportatio*) с формулировкой «лишение воды и огня» или присуждении его к смертной казни (*poena capitis*). В эпоху республики такие наказания всегда выносились с оговоркой «если народ не воспротивится», что превращало центуриатные комиции, рассматривавшие подобные апелляции, в высшую судебную инстанцию. Право лиц, отмечает Д. В. Дождев, принадлежит исключительно *ius civile*, что указывает на гражданскую общину как на точку отсчета при определении статуса ее полноправных членов [5, с. 262].

Гражданская правоспособность (*caput*) предполагала наличие трех статусов: свободы (*status libertatis*), гражданства (*status civitatis*) и семейного статуса (*status familiae*). Статус семьи указывает на то, что полноправными гражданами являлись только главы индивидуальных домохозяйств в звании *pater familiae*. Подчинение семьи гражданской общине свидетельствует о существовании иерархии указанных статусов: с утратой статуса гражданства, т. е. членства в общине, терялся и семейный статус. Патриархальная семья (*familia*) – естественный микросоциум, характеризовавшийся устойчивыми

личными связями, общностью имущества и совместным трудом. В рамках фамилии определялся и социальный статус индивида, поскольку сыновьям передавалась сословная принадлежность отца, а один из них наследовал и звание домовладыки, что превращало его в собственника фамильного имущества, главу домашнего суда и культа. Индивидуальное домохозяйство (греч. *oikos*, лат. *domus*, *villa*) являлось основой материальной самостоятельности граждан античного государства. Подчеркивая сопряженность собственности с гражданской правосубъектностью, Д. В. Дождев пишет: «Собственность конституирует субъекта правового общения – свободного индивида, предоставляя его воле сферу непосредственного воплощения и обеспечивая ему материальную независимость» [5, с. 379]. Юридический институт собственности (*dominium*, *proprietas*), который римские юристы относили к области частного права, изначально возник в рамках семьи, что нашло отражение в ее названии – *familia pecuniaque*. Данный бином охватывал и подвластных домовладыке членов семьи, и совокупное богатство семьи, в которой главной ценностью были земля и домашние животные (*pecus*) (Дигесты Юстиниана, 50, 16, 192) [8]. Описание же этого юридического института и связанных с ним прав сделали на римском материале уже византийские правоведы при подготовке кодекса Юстиниана (VI в. н. э.). Они определили *proprietas* как абсолютное право лица на собственное имущество с широкими распорядительными полномочиями и возможностью защиты в судебном порядке своих прав собственника. В патриархальной семье только ее глава имел такие абсолютные полномочия, что и превращало его в «человека своего права» (*persona sui iuris*). Все подвластные домовладыки квалифицировались как «лица чужого права», они обладали в сфере частного права отраженной правосубъектностью (Дигесты Юстиниана, 50, 16, 39) [8]. В комплекс прав гражданина со статусом домовладыки входило и *ius commercii*, включавшее в себя право быть собственником движимого и недвижимого имущества, совершать с этим имуществом гражданско-правовые сделки, в том числе завещать его своим наследникам (Дигесты Юстиниана, V, 1–6) [4].

Образование государства невозможно, по утверждению Цицерона, без согласия его граждан в вопросах права (Цицерон. О государстве, I, 39) [7]. Институциональное оформление одной из главных ветвей государственной власти – судебной – связано с появлением *гелиеи* в Афинах (начало VI в. до н. э.) и должности *претора* с правом юрисдикции в Риме (середина IV в. до н. э.). В практическом плане это означало утверждение публичного порядка разрешения конфликтов частных интересов при посредничестве представителей гражданской общины.

Одно из значений латинского слова *ius* – право лица, субъекта *ius civile*, защищать свои интересы методом правового регулирования (*facultas*, *potestas*). Задачей данного субъективного права было, с одной стороны, утверждение принципа нормативности социального поведения на индивидуальном уровне, с другой – ограничение произвола со стороны участников тех или иных правоотношений. В основе этих принципов лежит идея о целесообразности следования предписаниям права для достижения общей пользы (в оригинале – общего блага (*commune bonum*)) всего сообщества. Коллективное благо полисных граждан воплотилось в их политическом равенстве, материальной независимости и справедливом правосудии, «воздающем каждому по его заслугам» (Дигесты Юстиниана, I, 10, 1) [4]. Правосудию, персонифицированному в образе языческого божества – *Дике* (греч.), *Юстиция* (лат.), – отводилось одно из главных мест в шкале общеполитических социальных ценностей. Аристотель связал установление демократии в Афинах именно с введением массового народного суда (*гелиеи*), являвшегося, по сути, еще одной, помимо собрания и магистратских коллегий, формой гражданского представительства (Аристотель. Политика, II, 9, 2–3; Афинская полития, IX, 1) [3]. То, что сами греки воспринимали появление *гелиеи* как подлинную революцию в деле устройства справедливой общественной жизни, видно из высказывания Демосфена, согласно которому великий реформатор греков Солон (начало VI в. до н. э.) стремился поднять авторитет суда выше всех других государственных учреждений (Демосфен. Речь против Тимократа, XXIV, 148) [9]. В связи с этим уместно процитировать клятву афинских гелиастов, которую они давали при вступлении в должность: «Я буду подавать свой голос в соответствии с законами, постановлениями народа афинян и Совета пятисот, я не окажу поддержку тирании или олигархии <...> я не буду поддерживать требования отмены частных долгов или передела земли и домов афинских граждан» (Демосфен. Речь против Тимократа, XXIV, 149) [9]. Запрет на передел земли и домов граждан свидетельствует о формировании института вещных отношений на основе утверждения индивидуального домохозяйства, в рамках которого коллективные земли рода превратились в неотчуждаемую частную собственность. Вступая в должность (ежегодная процедура), архонты клятвенно подтверждали сохранение за гражданами принадлежащего им имущества. Имя афинского законодателя Драконта (VII в. до н. э.), предписавшего смертную казнь даже за кражу урожая с чужого поля, стало, как известно, нарицательным.

По наблюдениям современных ученых, законодательная и судебная ветви власти были развиты в полисном государстве гораздо лучше исполнительной. С помощью института суда формирую-

щееся государство санкционировало принуждение в отношении преступников, рабов, подвластных и должников, для чего была разработана система штрафных санкций и уголовных наказаний. Однако постоянного аппарата подавления и принуждения еще не существовало, полномочия контроля за жизнью граждан были распределены между главами патриархальных семейных общин (домашний суд), собранием всего гражданского коллектива (в качестве апелляционной инстанции) и собственно институтом суда (в Афинах – гелиея, в Римской республике – особая магистратская должность претора, а со II в. до н. э. – специализированные судебные комиссии (*quaestiones perpetuae*)). Для нужд суда и в Афинах, и в Риме издавалось множество законов, но, несмотря на огромный нормативный материал, в ряде случаев противоречивый и неупорядоченный, основные институты права в афинском полисе не были разработаны с достаточной полнотой и основательностью [10]. А вот «конституция» пелопоннесского государства Лакедемон не требовала письменной фиксации норм права, что свидетельствует, по утверждению Л. Г. Печановой, о нежелании спартанской элиты жить по писаным законам, справедливо считавшей, что «любая фиксация права ведет к демократизации общества» [11]. В Афинах, помимо постановлений эkkлeсии в форме *номос* (закон, писаное право) в демах, т. е. административных округах этого полиса (в них реально и протекала вся общественная жизнь), принималось множество *псефизм* – подзаконных актов, касавшихся частных интересов граждан. В речах греческих судебных ораторов присутствует много упоминаний об исках, оспаривавших гражданские права жителей демов. Дело в том, что в середине V в. до н. э. в Афинах был принят закон о гражданских правах: полноправными членами полисной общины считались те, у кого оба родителя являлись гражданами. *Метекам* (реже – *ксенам* (чужеземцам)) декретами народного собрания даровали гражданский статус, но только за особые заслуги перед афинским полисом. Имели место и нелегальные способы приобщения к этому статусу (включение метеков и ксенов в списки граждан, которые велись по демам их предводителями – *демархами*). Регулярные проверки этих списков заканчивались исключением из них лжеграждан. Несогласный с таким решением мог апеллировать в гелиею, решением которой он или восстанавливался в гражданских правах, или обращался в раба. На этом основании Л. М. Глускина делает заключение о том, что в жизнь афинских демов проникла коррупция и что «у демархов были широкие возможности манипулировать гражданскими списками» [12, с. 453].

Греческие и римские риторы достаточно подробно описывают практику функционирования судебной власти в полисе и *civitas*. Гласный характер судо-

производства и связанных с ним процедур отражал, по сути, демократические идеалы рассматриваемого времени. Огромное число тяжб свидетельствовало о том, что «на почве демократического полиса находило себе применение извечное агональное, соревновательное начало греческого менталитета» [10, с. 36]. Суд в эпоху классической Античности – состязание на принципе равенства истца и ответчика, выступавших на процессе субъектами разных прав и интересов. Вступая в должность, гелиасты клялись, что станут «одинаково беспристрастно выслушивать выступление как обвинителя, так и обвиняемого» (Демосфен. Речь против Тимократа, XXIV, 151) [9]. В зависимости от критерия защищаемого интереса процесс мог быть частным или публичным. В Афинах частный иск (*ди́ке*) имел право подавать только сам потерпевший, а обвинителем по государственным делам (*графэ*) мог выступить любой гражданин, ибо, «когда наносят обиду государству (в оригинале – полису), пострадавшими оказываются все граждане» (Платон. Законы, 768а) [13]. В случае выигрыша в частном деле штраф причитался истцу, в государственном же процессе он шел в казну. К примеру, в делах о незаконном присвоении гражданства обвинитель мог рассчитывать на треть суммы штрафа или дохода от продажи имущества обвиняемого. В частном праве преобладали диспозитивные нормы, что предполагало самостоятельные действия лица по защите и восстановлению собственных прав и интересов. Выступая в роли истца, потерпевший сам собирал улики, показания свидетелей и обеспечивал явку ответчика в суд. Отсутствие официальных обвинителей и защитников породило уникальную практику привлечения *логографов*, т. е. сочинителей речей, а в случае необходимости – и ораторов, произносивших эти речи за неграмотных тяжущихся. Поскольку процесс строился на принципе состязательности, от них требовалось не только отразить в речи интересы нанявшей их стороны, но и рассказать о происхождении, социальном положении и гражданских достоинствах заказчика. С V в. до н. э. иски в афинском суде оформлялись уже в письменном виде, что входило в обязанности судебных секретарей (*граммотеев*) и писцов (*скрибов*). На агоре на побеленных досках выставлялись объявления о заседаниях суда и обнародовались новые законопроекты, что свидетельствовало о массовой грамотности граждан афинского полиса. Наиболее известными формами публичных тяжб были *остракофории* – процессы об изгнании врагов демократии (действительных или мнимых, как показывает случай с Алкивиадом) – и жалобы на противозаконие (*графэ параномон*), в которых любой из граждан мог инициировать проверку принятого народным собранием закона (Эсхин. Против Ктесифонта о венке, 197–199) [14]. Свобода слова (*исэгория*) способствовала развитию гражданской инициативы:

можно было предложить новый закон, потребовать обсуждения экклесией какого-нибудь злободневного вопроса, выступить обвинителем должностного лица или просто состоятельного гражданина. Обратной стороной такой свободы явилось широкое распространение *сикофанства*, т. е. доноительства. Биография известного афинского политика и богача Никия, рассказанная Плутархом, показывает, что «любители чужих дел» (сикофанты) далеко не всегда руководствовались общественным благом (Плутарх. Никий, 5; Аристофан. Осы, 158–160, 240–243) [15; 16]. Российский антиковед Т. В. Кудрявцева называет доносчиков «антигероями афинской демократии», которые «исторгали из демократической политики состоятельных граждан». Сикофанты нередко шантажировали и должностных лиц полиса, особенно при сдаче ими отчета народному собранию, «что вряд ли способствовало эффективности их деятельности» [17, с. 183].

В римской *civitas* суд по частным искам (*ordo iudiciorum privatorum*) был, в сущности, публичным арбитром с ограниченными задачами: решение принималось только в соответствии с заявлениями сторон и представленными ими доказательствами, оно не могло своим содержанием превосходить требование истца. В легисакционном процессе раннереспубликанского Рима, когда только вырабатывалась система юстиции, гражданский конфликт оформлялся в виде соглашения судьи-магистрата и участников тяжбы о том, что их интересы найдут адекватное воплощение в процессуальных действиях и решениях. Соглашение имело стандартную вербальную формулу: истец (*actor*), активная сторона правоотношений (*dictatio iudicii*), ответчик (*reus*), обязанная сторона (*acceptio iudicii*), судья (претор) – *datio iudicii*. *Datio iudicii* претора, устанавливавшего соответствие претензии истца определенной норме права, также облакалась в форму вербального обязательства из «трех священных слов»: *do* – «предоставляю иск», *dico* – «назначаю частного судью-присяжного для рассмотрения дела», *addico* – «определяю форму наказания». Эта практика римлян «изрекать право» (*ius dicere*) и стала основанием для обозначения в международном праве самого процесса правосудия. В случае третейского суда соглашение сторон о разрешении спора составляло индивидуальный акт (*pactum conventum*) на основе признания ответчиком своей вины (Дигесты Юстиниана, IV, 8) [4]. В итоге законное требование отдельного лица получало признание всего сообщества, сам же конфликт частных интересов разрешался путем нормативного урегулирования. Ответственность в римском праве ставилась в зависимость от субъективных условий, воплощенных в гражданско-правовой категории *bona fidei*, т. е. добросовестности, в качестве общего принципа осуществления гражданских прав и обязанностей. Однако индивидуальный интерес

управомоченного лица мог не вписываться в общую материальную норму закона. В такой ситуации претор обосновывал заявленное истцом требование фактическим положением дел (*in factum conceptae*), что свидетельствует об отказе *ius honorarium* от формализма *ius civile*, предписывавшего строгое следование букве закона. Так преторское (иначе – магистратское) право стало воплощать в жизнь соображения целесообразности и справедливости, о которых речь шла выше.

Еще один способ разрешения нестандартных коллизий – создание римскими юристами (*iuris prudentes* – от сочетания этих слов и произошло международное название науки права) *сингулярных* норм в виде интерпретации обычаев и законов. Иск (*actio*) в понимании *prudentes* имел и процессуальный, и материальный смысл: *agere* означало «совершить юридически значимое действие», откуда и образное определение иска как «права в действии». При этом каждый отдельный иск образовывал в римской юстиции самостоятельную фигуру, не являясь компонентом какой-то области права, зафиксированной в специальном кодексе. Формуляры типовых исков содержались в преторских *эдиктах* и консультациях авторитетных юристов, толковавших (*interpretatio*) судебные казусы. Казуистический метод правотворчества и правоприменения в эпоху Римской республики был, по мнению итальянских романистов, ведущим [18–20]. Однако судебная система полисного государства не выработала строгих стандартов доказательства вины или невиновности подсудимого, которых требуют современные правила ведения процесса. Поэтому значительную роль в исходе дела играли такие внеправовые аспекты, как красноречие защитника (дефенсора) и обвинителя (аккузатора), а также политический вес и общественный авторитет не только самого подсудимого, но и всех, кто оказывал ему поддержку.

Публичность и состязательность римской юстиции ярче всего проявлялись, во-первых, в практике ежегодного обнародования (*edicere*) преторами формуляров типовых исков, во-вторых, в речах судебных защитников и обвинителей. Имя Цицерона как оратора-публициста стало нарицательным благодаря тому, что после выступления в базилике или на форуме он дорабатывал свои речи и затем публиковал их (в полном объеме сохранилось 58 его речей и фрагменты ряда других). Цицерон неоднократно обращался к вопросам техники построения своих речей и приемов воздействия на аудиторию во время их произнесения. Главным для него было стремление достичь убедительности, ибо «единственная мера ораторского достоинства в глазах несведущих – конечная победа» (Цицерон. Об ораторе, II, 17, 72) [21]. Оратор раскрывает и приемы защиты в целях формирования у судей-присяжных благоприятного мнения о подсудимом:

«Мой обычный способ речи состоит в том, чтобы охватить все выгодные для обвиняемого моменты, приукрасить их, приумножить». Невыгодные, неблагоприятные для дела факты защитник обязан был, по совету Цицерона, «полностью скрыть» (Цицерон. Об ораторе, II, 72, 292) [21]. При этом защитник не имел преимуществ обвинения, он мог рассчитывать только на добровольных свидетелей и добровольно представленные сторонами факты. Однако такое неравенство смягчалось выгодным процессуальным положением защитника: бремя доказывания (*onus probandi*) лежало на обвинении в соответствии с принципом римского права «отрицание не нужно доказывать». Этим и объясняется пассивная роль ответчика, за которого «уговаривали» судей его заступник (*advocatus, patronus*) и друзья (*laudatores*, т. е. хвалители). Большинство речей Цицерона имеют дефенсорный характер, однако сам он оказался беззащитным в эпоху гражданского террора последних десятилетий существования республики в Риме. После убийства Цезаря в 44 г. до н. э. оратор принял сторону его политического наследника, Гая Октавиана, будущего императора Августа. Окрыленный поддержкой столь влиятельного человека, Цицерон, отстаивавший республиканские идеалы, произнес на форуме ряд обличительных речей (*инвектив*) против Марка Антония, однако вскоре был предан Гаем Октавианом и убит. Платой за былой успех, заключает С. Л. Утченко, стала для Цицерона сама жизнь [22, с. 346].

Публичность и состязательность были свойственны и афинской гелиее, которая в классическую эпоху являлась судом первой инстанции. По структуре и функциям это был массовый народный суд, состоявший из шести тысяч присяжных, жребием распределявшихся по судебным палатам (*дикастериям*). По сохранившимся текстам речей греческих ораторов, выступавших как в роли логографов, так и представителей сторон в процессе, мы имеем уникальную возможность воспроизвести систему гражданских и идейных ценностей античной демократии. В республиканском Риме список присяжных (*paes curiae*) комплектовался сенатом из числа граждан, имевших подготовку в области юриспруденции и риторики (в источниках они характеризуются как *boni viri*). Члены же афинской гелиеи назначались жребием из всех слоев гражданского коллектива, что подтверждает Исократ (IV в. до н. э.), который рассказывает о толпе бедняков у здания дикастерия, регулярно собиравшихся здесь в надежде попасть в число присяжных и получить в итоге регулярный заработок. Еще одной особенностью являлось то, что дела между судебными палатами распределялись с помощью жребия непосредственно в день заседания и присяжные не были знакомы с их содержанием, а значит, не могли быть подкуплены. Вот слова клятвы афинских су-

дей: «Я не буду брать взятки, используя должность судьи, сам или кто-нибудь другой <...> от моего имени по сговору со мной...» (Демосфен. Речь против Тимократа, XXIV, 150) [9]. Указанными обстоятельствами и объясняется пассивная роль присяжных в процессе. Все материалы готовил судья (председатель), по просьбе которого в ходе слушания дела секретарь извлекал из запечатанной урны нужные документы и зачитывал их. Присяжные при этом выражали свое отношение к происходящему возгласами одобрения или неодобрения, шумом и даже свистом. Так же вели себя и присутствовавшие на процессе «группы поддержки» (*синегоры*) истца и ответчика, пытаясь оказать эмоционально-психологическое воздействие на судей. Содержанием речей сторон процесса и нанятых ими ораторов был не только предмет самой тяжбы, но и характеристика противника: негативно оценивался его моральный облик, а также внешность, манера говорить и даже ходить. Противоположная сторона выставляла себя как безупречного гражданина-патриота, активно используя при этом риторические преувеличения. Все выступавшие неизменно апеллировали к справедливости судей и напоминали им о законах, которыми они должны руководствоваться при вынесении своего вердикта. Это превращало судебное заседание в своеобразное театрализованное представление с целью пробудить у суда понимание, сострадание и даже жалость. В итоге решение присяжных в значительной степени определялось полученными в ходе процесса впечатлениями, их собственными представлениями о справедливости и уже в последнюю очередь соответствующей предмету тяжбы нормой права. Такой *дискреционный* характер судебного решения отчасти объясняется политическими пристрастиями и социальными предпочтениями как судебных ораторов, так и самих присяжных.

Показателен в этом плане громкий процесс 399 г. до н. э. над афинским мудрецом Сократом, который в ходе заседания постоянно нарушал принятые в гелиее «правила игры». Сократ, напомнив судьям о всеобщем несправедливом предубеждении против него, заявил, что справедливый человек, занимаясь в полисе общественной деятельностью, долго не проживет, потому что за критику беззаконий неизбежно поплатится жизнью. Обвиняемый совершил прямой выпад и в адрес судей, напомнив им, что они присягали не в том, что будут по своей прихоти миловать кого захотят, а в том, что будут судить по законам [23]. Ксенофонт в воспоминаниях о Сократе утверждает, что присяжные без всяких затруднений оправдали бы его, если бы он прибегнул к обычным в афинском суде уловкам и приемам – «постыдным мольбам и женским воплям» (Ксенофонт, IV, 44) [24]. Исследователь Р. Хоффман называет суд над афинским

мудрецом «самым позорным эпизодом в истории греческой демократии» [25, с. 234]. Российский антиковед Т. В. Кудрявцева ставит проблему гражданской инициативы в развитии античной демократии в контекст существовавших в ней механизмов социального регулирования. Фигура Милета, инициировавшего процесс над Сократом, идеально вписывается в афинскую судебную систему, построенную на добровольной инициации иска и добровольном обвинении. Если же рассматривать такую практику с социально-психологических позиций, то афинский сикофант выступает, по словам Т. В. Кудрявцевой, в виде особого социального типа, штатного аутсайдера, своего рода «отрицательной модели, призванной отвести критику от демократии» [17, с. 183]. Добровольные обвинители, с одной стороны, выявляли нарушения законов и различные злоупотребления, с другой – это был выход чувствам зависти и вражды к сильным мира сего, или, как пишет И. Е. Суриков, средство компенсации фрустрации [26, с. 353]. Чтобы искоренить это зло, афинская демократия должна была кардинально изменить судебную систему, что происходило в позднереспубликанском Риме. Унификация юридических институтов *civitas* выразилась в специализации функций суда и самих процессуальных средств. В частности, формой процесса стала определяться степень защиты материального интереса истца: исполнительные (вещные иски) и определительные (личные иски) превратились в главное средство реализации таких интересов.

На протяжении III–I вв. до н. э. локализованная в пределах Апеннинского полуострова гражданская община, *civitas*, трансформировалась в полиэтничную территориальную державу с подвластными округами (провинциями) за пределами Италии. Для регулирования деловых и торговых контактов с населением провинций, *перегринами*, в Риме в середине III в. до н. э. была учреждена должность претора по делам перегринов, а начиная со II в. до н. э. стали формироваться специализированные судебные комиссии по уголовным делам (*quaestiones perpetuae*). При этом в юридической теории республиканской эпохи точная классификация частных правонарушений (*delictum*) и уголовных преступлений еще не сложилась. Отдельные элементы, которые современная юридическая наука относит к сфере уголовного права, римляне включали в сферу действия публичного права. Судьи сами определяли то или иное деяние в качестве *delictum privatum* или *delictum publicum*, дефинируя второй вид деликтов как злодеяние (*maleficium*) – неправомерное деяние против государства и его общественного устройства. Частный деликт – причинение вреда лицу или его имуществу, в этом случае виновного преследовал сам пострадавший на основе *obligatio ex delicto* (обычным присуждением в таких случаях был

штраф или возмещение ущерба). А вот все определения публичных деликтов основывались на специальных законах: *de ambitu* – об электоральной коррупции, *de repetundis* – о вымогательствах и взятках должностных лиц в Риме и чиновников в провинциях, *de parricidio* – дела об убийствах, *de vi* – о насильственных действиях, *de maiestate* – преступление против римского народа и его безопасности, за что полагалось, по словам Ульпиана, «более суровое наказание, чем за любое другое преступление» (Дигесты Юстиниана, 48, 4, 1) [8]. Судьями в этих специализированных комиссиях являлись представители сенаторского сословия (*ordo senatorius*), традиционную сферу деятельности которых составляли политика и юриспруденция. А поскольку в перечисленных выше преступлениях обвиняемыми были, как правило, всадники (сфера их интересов – финансы, торговля, откупа, служба в провинциальной администрации), в римском обществе развернулась острая борьба по вопросу сословного представительства в уголовных судах, состав которых периодически менялся.

От II–I вв. до н. э. дошли целые серии законов, устанавливавших санкции за названные «публичные злодеяния», что было свидетельством, с одной стороны, их неэффективности, с другой – возможности остаться безнаказанным в случае отсутствия обвинения. Именно право частного обвинения создавало самые широкие перспективы для использования *quaestiones* в политических целях, о чем говорит В. К. Хрусталёв: «Соперничающие между собой группировки и отдельные политики не стесняются прибегать к любым приемам и ухищрениям, в том числе весьма неблагоприятным, для достижения своих задач: подкуп избирателей, запугиванию конкурентов, вооруженному насилию» [27, с. 3]. Чаще всего способом устранения политических конкурентов становились обвинения в «оскорблении (умалении) величества римского народа» (*de maiestate*). Деятельность данной комиссии базировалась на целой серии законов, под санкцию которых в эпоху принципата (I–III вв. н. э.) стали уже подпадать любые посяательства на власть и ее персонального носителя – императора (Светоний. Нерон, XXXII, 2) [28]. Появление серии законов обусловила и предвыборная коррупция (*de ambitu*). Самые ранние из них запрещали кандидату облачаться в белую тогу (*candidate*) и появляться в ней на форуме с целью заручиться поддержкой сограждан при голосовании в комициях. Более поздние постановления не позволяли уличенному в коррупции кандидату претендовать в будущем на любую магистратскую должность, а в особых случаях виновный наказывался десятилетним изгнанием (к такому же наказанию присуждался и превысивший служебные полномочия римский магистрат). Частота принятия законов о коррупции является показателем тщетности

борьбы с этим злом. Новым феноменом в жизни римского общества времен Цицерона стали уличные беспорядки, физическое насилие, шантаж и запугивание политических противников, что нередко парализовывало нормальную жизнь города. Судебная комиссия о насилии (*de vi*) специализировалась на рассмотрении дел о насильственных действиях, совершенных против частных лиц, а также преступлениях против общественного порядка. В рамках данной уголовной комиссии и действовал в 63 г. до н. э. Цицерон, занимавший консульскую должность: он приказал казнить нескольких участников заговора Катилины. В 59 г. до н. э. оратор, не обладавший уже правом магистратской неприкосновенности, был подвергнут изгнанию из Рима за то, что не предоставил заговорщикам, являвшимся римскими гражданами, права апелляции к народному собранию. По свидетельству Плутарха (I – начало II в. н. э.), Цицерон вел себя в этой критической для него ситуации отнюдь не героически: он облачился в траур и униженно просил консулов о помиловании. Не получив поддержки, ставший политиком оратор добровольно удалился в изгнание (Плутарх. Цицерон, XXX) [15]. «Бесстрашным и неимущим должен быть тот, – сказал однажды в суде сам Цицерон, – кто станет народным вождем и знаменосцем» (Цицерон. Речь в защиту Мурены, XXV, 50) [29].

В заключение отметим, что охарактеризованное в настоящем исследовании полисное государство

европейской Античности, внутренняя жизнь которого регламентировалась многочисленными юридическими институтами и демократической системой управления, стало огромным достижением в государственном строительстве древней эпохи. В гражданской общине Греции и Рима существовал широкий спектр политических и сословных градаций, но определяющим было место индивида в системе гражданских связей и отношений. Именно в античном государстве полисного типа впервые возникло представление о свободах и правах личности, нормативное закрепление которых явилось важнейшей исторической заслугой греко-римской цивилизации. В практическом плане общество в полисе и *civitas* имело форму системы социальных связей, опосредованных правом, которое утверждало и защищало личные и имущественные права и интересы полноправных граждан. Новейшие работы российских и западных антиковедов показывают, что в IV в. до н. э. афинские дикастерии сконцентрировали в своей компетенции важнейшие вопросы общественной жизни, т. е. не народное собрание, а гелиея фактически являлась высшим органом власти в этой самой известной демократии эпохи Античности [30–32]. Справедливое правосудие и равное право членов гражданской общины на участие в политической, общественной и религиозной жизни мыслители древности и положили в основу определения сущности полисной демократии.

Библиографические ссылки

1. Саутхолл Э. О возникновении государств // Альтернативные пути к цивилизации. М., 2000. С. 130–136.
2. Якобсон В. А. Возникновение писаного права в Древней Месопотамии // Вестн. др. истории. 1981. № 4. С. 9–20.
3. Аристотель. Политика. Афинская политика. М., 1997.
4. Дигесты Юстиниана : в 7 т. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2002. Т. 1.
5. Дождев Д. В. Римское частное право. М., 2011.
6. Утченко С. Л. Политические учения Древнего Рима (III–I вв. до н. э.). М., 1977.
7. Цицерон Марк Туллий. Диалоги: о государстве; о законах. М., 1966.
8. Дигесты Юстиниана : в 7 т. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2005. Т. 7, полутом 2.
9. Демосфен. Речи : в 3 т. М., 1994. Т. 1.
10. Суриков И. Е. О некоторых особенностях правосознания афинян классической эпохи // Ius Antiquum. Древнее право. 1999. № 2. С. 34–42.
11. Печатнова Л. Г. Гипомейоны и мофаки (структура гражданского коллектива Спарты) // Вестн. др. истории. 1993. № 3. С. 100–115.
12. Глушкина Л. М. Социальные институты, экономические отношения и правовая практика в Афинах IV в. до н. э. // Демосфен. Речи : в 3 т. М., 1994. Т. 2. С. 405–467.
13. Платон. Законы // Собрание сочинений : в 4 т. М., 1994. Т. 4.
14. Ораторы Греции / сост. М. Л. Гаспаров. М., 1985.
15. Плутарх. Избранные жизнеописания : в 2 т. М., 1987. Т. 1.
16. Аристофан. Комедии : в 2 т. М., 1983. Т. 1.
17. Кудрявцева Т. В. Сикофанты и афинская демократия // Вестн. др. истории. 2007. № 2. С. 174–184.
18. Bonfante P. Istituzioni di diritto romano / ed. by A. Giuffrè. Milano, 1987.
19. Franciosi G. Corso istituzionali di diritto romano / ed. by G. Giappichelli. Torino, 1997.
20. Talamanca M. Istituzioni di diritto romano / ed. by A. Giuffrè. Milano, 1990.
21. Цицерон Марк Туллий. Три трактата об ораторском искусстве. М., 1972.
22. Утченко С. Л. Цицерон и его время. М., 1972.
23. Суд над Сократом. Сборник исторических свидетельств. СПб., 2000.
24. Ксенофонт. Защита Сократа на суде // Ксенофонт. Сократические сочинения. СПб., 1993. С. 5–152.
25. Хоффман Р. Такой одинаковый и разный мир. М., 2001.
26. Суриков И. Е. Остракизм в Афинах. М., 2006.

27. Хрусталёв В. К. Судебные процессы по уголовным делам как инструмент политической борьбы в Римской республике в 78–49 гг. до н. э. : автореф. дис. ... канд. ист. наук : 07.00.03. СПб., 2013.
28. Гай Светоний Транквилл. Жизнь двенадцати Цезарей. М., 1964.
29. Цицерон Марк Туллий. Речи : в 2 т. М., 1962. Т. 1.
30. Cohen D. The Rule of Law and Democratic Ideology in Classical Athens // Die athenische Demokratie im 4. Jahrhundert v. Chr. Stuttgart, 1995. S. 224–244.
31. Hansen M. H. The Political Powers of the People's Court in Fourth-Century Athens // The Greek City: From Homer to Alexander. Oxford, 1991. P. 215–243.
32. Суриков И. Е. Новая концепция афинской истории IV в. до н. э. // Вестн. др. истории. 1996. № 4. С. 240–241.

References

1. Southall A. [On the Emergence of States]. *Al'ternativnye puti k tsivilizatsii*. Moscow, 2000. P. 130–136 (in Russ.).
2. Yakobson V. A. [The Emergence of Written Law in Ancient Mesopotamia]. *Vestnik drevnei istorii*. 1981. No. 4. P. 9–20 (in Russ.).
3. Aristotle. [Politics. Athenian politia]. Moscow, 1997 (in Russ.).
4. Digesta Iustiniani : in 7 vol. Moscow, 2002. Vol. 1 (in Russ.).
5. Dozhdev D. V. [Roman Private Law]. Moscow, 2011 (in Russ.).
6. Utchenko S. L. [Political Teachings of Ancient Rome (III–I centuries BC)]. Moscow, 1977 (in Russ.).
7. Cicero Mark Tullii. [Dialogues: on the Commonwealth; on the Laws]. Moscow, 1966 (in Russ.).
8. Digesta Iustiniani : in 7 vol. Moscow, 2005. Vol. 7, half 2 (in Russ.).
9. Demosthenes. [Orations] : in 3 vol. Moscow, 1994. Vol. 1 (in Russ.).
10. Surikov I. Y. [On some features of the legal awareness of the Athenians of the classical era]. *Ius Antiquum. Drevnee pravo*. 1999. No. 2. P. 34–42 (in Russ.).
11. Pechatnova L. G. [Hypomeions and mophaks (structure of the civil collective of Sparta)]. *Vestnik drevnei istorii*. 1993. No. 3. P. 100–115 (in Russ.).
12. Gluskina L. M. [Social institutions, economic relations and legal practice in Athens in IV century BC]. *Demosthenes. Orations* : in 3 vol. Moscow, 1994. Vol. 2. P. 405–467 (in Russ.).
13. Plato. [Laws]. *Sobranie sochinenii* : in 4 vol. Moscow, 1994. Vol. 4 (in Russ.).
14. Gasparov M. L. (compil.). [Greek Orators]. Moscow, 1985 (in Russ.).
15. Plutarch. [Parallel Lives] : in 2 vol. Moscow, 1987. Vol. 2 (in Russ.).
16. Aristophanes. [Comedies] : in 2 vol. Moscow, 1983. Vol. 1 (in Russ.).
17. Kudryavtseva T. V. [Sycophants and Athenian democracy]. *Vestnik drevnei istorii*. 2007. No. 2. P. 174–184 (in Russ.).
18. Bonfante P. Istituzioni di diritto romano. Milano, 1987 (in Italian).
19. Franciosi G. Corso istituzionale di diritto romano. Torino, 1997 (in Italian).
20. Talamanca M. Istituzioni di diritto romano. Milano, 1990 (in Italian).
21. Cicero Mark Tullii. [Three Treatises on Oratory]. Moscow, 1972 (in Russ.).
22. Utchenko S. L. [Cicero and His Time]. Moscow, 1972 (in Russ.).
23. [The Trial of Socrates. Collection of Historical Evidence]. Saint Petersburg, 2000 (in Russ.).
24. Xenophon. Zashchita Sokrata na sude. In: Xenophon. *Sokraticheskie sochineniya*. Saint Petersburg, 1993. P. 5–152 (in Russ.).
25. Hoffman R. [Such an identical and different world]. Moscow, 2001 (in Russ.).
26. Surikov I. Y. Ostracism in Athens. Moscow, 2006 (in Russ.).
27. Khrustalev V. K. [Trials in criminal cases as an instrument of political struggle in the Roman Republic in 78–49 BC] : avtoreferat dissertatsii... kandidata istoricheskikh nauk : 07.00.03. Saint Petersburg, 2013 (in Russ.).
28. Gaius Suetonius Tranquillus. [The Lives of the Twelve Caesars]. Moscow, 1964 (in Russ.).
29. Cicero Mark Tullii. [Orations] : in 2 vol. Moscow, 1962. Vol. 1 (in Russ.).
30. Cohen D. The Rule of Law and Democratic Ideology in Classical Athens. *Die athenische Demokratie im 4. Jahrhundert v. Chr.* Stuttgart, 1995. S. 224–244.
31. Hansen M. H. The Political Powers of the People's Court in Fourth-Century Athens. *The Greek City: From Homer to Alexander*. Oxford, 1991. P. 215–243.
32. Surikov I. Y. [New Conception of Athenian History in IV century BC]. *Vestnik drevnei istorii*. 1996. No. 4. P. 240–241 (in Russ.).

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

CONSTITUTIONAL LAW AND ADMINISTRATIVE LAW

UDC 342:6

GOVERNMENTAL POWER UNDER THE FIFTH FRENCH REPUBLIC¹

MATHIEU BERTRAND^a

^a*Panthéon-Sorbonne University, 12 place du Panthéon, 75231 Paris Cedex 5, France*

The executive power really is a governmental power. Whether it is in the hands of a President or a Prime Minister, depending on the political regime, it relates to the fundamental interests of the Nation or the State's policy. The system according to which the Parliament votes the law and the executive enforces it, is a fiction. In France, as in most parliamentary democracies, the Government or the Head of the State decides the policy of the State. It receives the legitimacy to do so from popular elections. Majority rule, let alone institutional differences, implies that the People choose who occupies the seat of executive power. The issue before us is to know who controls the executive functions of government in Western democracies. In the French system, the answer can seem ambiguous. The presidential and legislative elections of 2017 reflect the permanence of these structuring elements of the Fifth Republic.

Key words: separation of powers; government; parliament; responsibility; France.

¹This text is the result of an updated communication presented at the Colloquium organized at the University of Milan on 21 May 2017.

Образец цитирования:

Матье Бертран. Правительственная власть в Пятой Французской Республике // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 13–16 (in Engl.).

For citation:

Mathieu Bertrand. Governmental power under the Fifth French Republic. *J. Belarus. State Univ. Law.* 2017. No. 3. P. 13–16.

Автор:

Матье Бертран – доктор права; профессор, директор Центра конституционно-правовых исследований, вице-президент Международной ассоциации конституционного права.

Author:

Mathieu Bertrand, doctor of science (law); professor, director of the Center for Constitutional and Legal Studies, vice-president of the International Association of Constitutional Law.
prb.mathieu@orange.fr

ПРАВИТЕЛЬСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ В ПЯТОЙ ФРАНЦУЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

МАТЬЕ БЕРТРАН¹⁾

¹⁾Университет Париж I Пантеон-Сорбонна,
12 place du Panthéon, 75231 Paris Cedex 5, г. Париж, Франция

Исполнительная власть является государственной независимо от того, в чьих руках она находится – президента или премьер-министра, – и независимо от того, касается она фундаментальных интересов нации или государственной политики. Система, при которой парламент принимает закон, а исполнительная власть его исполняет, – фикция. Во Франции, как и в большинстве демократических государств, государственную политику осуществляют правительство или глава государства, которые обретают легитимность в результате выборов. Исследуется вопрос о том, кто контролирует исполнительные функции правительства в западных демократиях. Обосновывается мысль о том, что во французской системе ответ может показаться неоднозначным: президентские и законодательные выборы 2017 г. отражают постоянство этих структурных элементов Пятой Республики.

Ключевые слова: разделение властей; правительство; парламент; ответственность; Франция.

Introduction

The executive power really is a governmental power. Whether it is in the hands of a President or a Prime Minister, depending on the political regime, it relates to the fundamental interests of the Nation or the State's policy. In practice though, the executive is never actually in charge of executing tasks.

The system according to which the Parliament votes the law and the executive enforces it, is a fiction. In France, as in most parliamentary democracies, the Government or the Head of the State decides the policy of the State. It receives the legitimacy to do so from popular elections. Majority rule, let alone institutional differences, implies that the People choose who occupies the seat of executive power. This choice can be made indirectly, by electing delegates or directly, by electing the President through direct popular vote.

To be able to conduct his policy, the executive must receive support from the Majority in Parliament. This means that the entity in charge of running the State's policy needs to be from the political family most represented in Parliament. The role of the Parliament is to assist him in his role, amend his projects, control his action and make propositions. The Parliament plays very little part in major political decision-making, and it does not usually initiate actions.

The issue before us is to know who controls the executive functions of government in Western demo-

cracies. In the French system, the answer can seem ambiguous. When the President does not receive the support of the Majority in Parliament, he lacks the support necessary to conduct his political program. In French, this is called "cohabitation". In this situation governmental power is unequally divided between the President, who has an arbitration power, and the Prime Minister, who actually conducts the policy of the Nation. Since the year 2000, presidential and parliamentary mandates have matched, which makes it less likely for cohabitation to occur. A hierarchal system, where the President, both elected by the People and supported by the Majority in Parliament, should now prevail over the diarchy of cohabitation. This way, the President receives both legitimacy from popular elections and the political means he needs to actually carry out governmental power.

The current French political system was designed by General de Gaulle in 1958 when the Fifth Constitution was drafted. The 1962 political reform that established presidential direct election by the people through direct popular vote, more fully realized the spirit of the Fifth Constitution. The 2000 reform, reducing presidential mandate to 5 years, made "cohabitation" less likely to occur. Finally the 2008 reform completed this prior evolution by subtly modifying the President's governmental function.

The distribution of governmental power

We have shown previously that both the President and the Prime Minister have governmental power in France. Now we should consider the Constitution's terms regarding this matter. The language of the Constitution creates a fiction. However, it would be very difficult for the Constitution to actually describe the reality of the system in practice.

Article 20 of the French Constitution states that "the Government shall determine and conduct the policy of the Nation", and the Prime Minister shall direct the actions of the Government (see French Constitution at art. 21 (1958)).

Article 5 of the French Constitution provides that "the President of the Republic shall ensure due respect

for the Constitution. He shall ensure, by his arbitration, the proper functioning of the public authorities and the continuity of the State. He shall be the guarantor of national independence, territorial integrity and due respect for Treaties”.

It is unquestionable that in practice, the distribution of governmental power only corresponds to the Letter of the Constitution in situations of cohabitation, which has now become exceptional.

In fact, and as it should be, the President determines the policy of the Nation and plays a role in its enforcement. The Prime Minister's mission to conduct the policy of the Nation is limited by the extent that the President's initiative leaves him space.

Creating a new balance between governmental and parliamentary power

Acknowledging the importance of presidential action in governmental power requires an analysis of the President's accountability for his actions. The increase in parliamentary power instigated by the 2008 reform conforms with the spirit of a classical parliamentary regime. It gives Parliament the power to control Government's action. In addition, presidential action is also affected by the reform.

Presidential unaccountability to Parliament. The French President is not accountable to Parliament for his actions. This principle is a traditional aspect of parliamentary regimes. However, since a lot of powers are concentrated in the hands of the French President, this unaccountability issue becomes questionable.

The fact that some of the presidential powers are not subject to countersignature by the Prime Minister renders presidential unaccountability important. Countersignature is usually a requirement in a parliamentary system. However in France, the Prime Minister is not accountable to Parliament for any the decisions the President takes without ministerial countersignature.

Those decisions the President has absolute power to take relate to actions that only he can take. The President appoints the Prime Minister, he has the right to start a procedure in Constitutional Council, and he can also decide to enforce art. 16 of the Constitution that gives him the right to exercise emergency powers when the interests of the Nation are under serious and immediate threat. The President may also declare the National Assembly dissolved, or submit a bill to a referendum upon recommendation from the Government.

Despite these particular circumstances, the President still remains accountable to the People. This aspect of presidential accountability evolved over time. General de Gaulle challenged his own legitimacy in front of the People twice, when he made use of referendum in 1962 and 1967. In 1997, President Chirac decided not to leave office after he declared the National Assembly dissolved, and voters elected a Majority from the opposite political family in Parliament.

If a modification of the constitutional text to account for the practice could be proposed: The President determines the policy of the Nation and the government the way, except to adopt a presidential regime, such a reform was likely to create serious complications in the event of cohabitation by causing conflicts. The President would still be in charge of determining the policy of the Nation even though the People indirectly denied its legitimacy. The Prime Minister would receive the People's support through the election of the new Majority in Parliament and would be in charge of conducting the policy of the Nation, decided by a President from another political family then his.

With the possibility to run for office twice and be his own successor, the President becomes accountable to the People for his actions in the past, which will determine in part, the outcome of the elections. It may also be considered that the decision not to re-represent (as was the case for President F. Hollande) constitutes the taking into account of a popular disavowal.

The 2008 Constitutional reform allows the President to appear directly in front of Parliament and communicate with both Houses, thereby increasing direct communication between the President and members of Parliament. The 2008 reform changes traditions, but it still does not authorize Parliament to hold the President accountable to it for his political actions.

The Act adopted by the two Houses of Parliament in 2007 created a new institutional presidential responsibility, changing the criminal-law status of the President. The President can now be removed by Parliament sitting as the Hight Court when he has committed a “breach of his duties patently incompatible with him continuing in office”. This decision requires a majority of two-thirds of the members of the House involved or of the Hight Court, which makes it impossible for the President to be removed by one political group only. The decision to remove the President is not strictly speaking “criminal”.

In any event, since he was elected directly by the people through popular elections, the President can never be subrogated to Parliament.

The control of the governmental action by Parliament. The executive's accountability to Parliament is a kind of fiction, even in traditional parliamentary regimes. The British Prime Minister and the German Chancellor, who receive support from the Majority in Parliament, really are more accountable to the political party who appointed them, than to members of Parliament. When the political majority is stable, the Government is stronger. The new major role of Parliament is his power to control the Government's action. The old mechanism that used to allow Parliament to challenge the Government has been replaced with

subtle control techniques both more efficient and less likely to disturb political stability.

On this issue, the 2008 reform relates to 1) the framing of the presidential powers; and 2) the reinforcement of the traditional parliamentary power of control on the Government's actions.

The framing of the presidential powers. The 2008 reform allows Parliament to take part in some of the President's actions, such as the nomination of the members of the Constitutional Council, establishing thereby a direct relationship between the President and the Majority in Parliament.

The 2008 reform imposes limits on successive presidential terms, restrictions on the presidential power to grant pardons, and the President's capacity to enforce art.16 of the Constitution according to which he can use emergency powers when the country is at risk. Finally the reform does not authorize the President to be the Head of the Supreme Council of Magistracy, which is in charge of appointing magistrates and exercises the disciplinary power.

This new framing of the presidential powers shows that the increase in the President's role is followed with measures prohibiting an arbitrary use of those new powers.

The reinforcement of Parliament's powers to control the Government's actions. The spirit of General de Gaulle's Constitution of 1958 was to go against the prior Third and Fourth Republics (1870–1946) which gave a lot of power to Parliament, weakening thereby the executive.

The 2008 reform establishes back some of Parliament's powers, making the Parliament stronger at the expense of Government.

Now, bills submitted for parliamentary debate by the Government appear in public sessions as amended by the Commissions. The proposition first made by the Government is not presented in public sessions. This way, the Government loses some of his control over public sessions' agenda. The Government can only exceptionally present a text for vote in Parliament, under art. 49-3C (Parliament can then either adopt the proposed text or reject it, thereby voting Government out of office).

This increase in parliamentary power did not produce the expected results, the previous practice and the subordination of the Parliament to the executive were not, in fact, called into question.

The principle of the control of Government's action by Parliament is mainly permitted by the Constitution, and its enforcement is allowed by a newly adopted organic law. To be successful, the 2008 reform requires members of Parliament to change their way of thinking and working, so that the control of the governmental action is real and not a mere masquerade taking place on the empty benches of a careless assembly.

For these reasons, running performance test and ex post control analysis of the enforcement of the law and the efficiency of Parliament Commissions of Investigation is a prerequisite for the reform's success. The new Constitution as amended, acknowledges the role and power of the political group opposing the Majority in Parliament. It is this opposing group that will have to exercise the control over the Government's action. It seems however, that the amendment of the Constitution alone will not suffice to change the mentality and functioning of the parliament. Parliament must rethink its mission and role.

Conclusions

The Fifth Republic is now confronted with a new situation. The new President of the Republic was elected outside the traditional party system and without being guaranteed a parliamentary majority. However, it intends to restore the presidential function and to follow the logic of the Fifth Republic. On the occasion of the parliamentary elections of June 2017, the new president obtained a very large majority in

the National Assembly. A party that did not exist a few months before gained a very large number of elections with a very high rate of abstention, which shows on the one hand the preponderance of the presidential election and the importance of the voting system for the Legislative elections in the institutions of the Fifth Republic, even if this issue does not fall under the Constitution.

Received by editorial board 16.08.2017.

УДК 342.7

О ПРАВЕ ЧЕЛОВЕКА НА ДОБРОВОЛЬНОЕ ГОЛОДАНИЕ В КОНТЕКСТЕ ПРАВА НА ЖИЗНЬ

Д. Г. ВАСИЛЕВИЧ¹⁾

¹⁾ Генеральная прокуратура Республики Беларусь, ул. Интернациональная, 22, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируется содержание права человека на добровольное голодание в контексте права на жизнь. Разделяется высказанный в литературе подход, согласно которому право на жизнь является правом человека не только на неприкосновенность, но и на свободу распоряжаться своей жизнью. Отмечается, что отказ от приема пищи может быть обусловлен разнообразными факторами: желанием избавиться от полного телосложения, оздоровить организм, воспитать детей в русле своей культуры питания и даже стремлением таким способом прекратить собственную жизнь. Относительно подобных действий высказываются различные оценки и суждения. Обращается внимание на то, что в законодательстве предусмотрена ответственность за отказ от приема пищи, например лиц, находящихся в местах лишения свободы, который может повлечь за собой применение мер воздействия. Акцентируется культивирование в среде молодежи образа худых людей, что часто приводит к тяжелым последствиям для здоровья. В некоторых случаях ставится вопрос об ответственности родителей, если проповедуемые ими принципы угрожают здоровью их детей. Высказывается мнение относительно правомерности принудительного питания лиц, отказывающихся от приема пищи, в связи с тем что это может привести к их гибели. Выражается согласие с позицией, в соответствии с которой законодательство должно содействовать сохранению жизни, поскольку в Конституции Республики Беларусь человек провозглашен высшей ценностью, целью общества и государства. Оценивается проблема допинга в спорте, тесно связанная с питанием. Установление в спорте запретов на употребление некоторых препаратов имеет под собой определенную нравственную, а также правовую основу. Сделан вывод о том, что международные организации в области спорта не всегда принимают верные с точки зрения правовых принципов решения. Высказывается позиция по упомянутым выше аспектам, вносятся соответствующие предложения.

Ключевые слова: право на жизнь; право на свободное распоряжение жизнью; ограничения в праве на добровольное голодание.

ABOUT THE HUMAN RIGHTS ON VOLUNTARY HUNTING IN THE CONTEXT OF THE RIGHT TO LIFE

D. G. VASILEVICH^a

^a General Prosecutor's Office of the Republic of Belarus, 22 Internatsyjanal'naja Street, Minsk 220030, Belarus

The article analyzes the contents of the human right to voluntary starvation in the context of the right to life. It shares the view expressed in the literature approach, according to which the right to life is not only a right to inviolability, but also the right to freedom to dispose of it. The refusal of the meal can be caused by various factors: the desire to get rid of the full body, improve the body, to raise children in line with their food culture, the desire in such a way (refusal of food) to terminate his life. Regarding these actions of people expressed various estimates and judgments. The law also has the relevant requirements, for example, to persons who are in prison for violation of which can be responsible. As practice shows, the cultivation among young people as a «standard» thin people often leads to serious health consequences. In some cases,

Образец цитирования:

Василевич Д. Г. О праве человека на добровольное голодание в контексте права на жизнь // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 17–22.

For citation:

Vasilevich D. G. About the human rights on voluntary hunting in the context of the right to life. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 17–22 (in Russ.).

Автор:

Дмитрий Григорьевич Василевич – кандидат юридических наук, доцент; начальник отдела по надзору за исполнением природоохранного и земельного законодательства управления по надзору за исполнением законодательства и законностью правовых актов.

Author:

Dmitry G. Vasilevich, PhD (law), docent; head of the department for supervision over execution of environmental and land legislation, office for supervision over execution of legislation and legality of legal acts.
gregory_1@tut.by

the question of parental responsibility, if they pose a threat to their children. In other situations, a discussion takes place on the legality of forced power officials, refusing all food intake, which can lead to their death. We have maintained the position that the law should promote the preservation of life. In our Constitution, a person declared supreme goal and value of society and the state. With nutrition is closely related problem of doping in sport. The establishment in sports ban on the use of some existing drugs is under a certain moral and legal basis. However, not always the international organizations in the field of sports are taking the exact terms of the principles of legal solutions. The author expresses the position on the aspects mentioned above, appropriate proposals are made.

Key words: the right to life; the right to free disposal of life; restrictions on the right to voluntary starvation.

Введение

В последние годы в СМИ, включая интернет-ресурсы, много внимания уделяется здоровому образу жизни, здоровому (как считается) питанию, лечебному голоданию, праву на отказ от приема пищи, праву родителей кормить детей только вегетарианскими продуктами и др. В международных документах по правам человека предусматривается, что страна, ратифицировавшая их, обязана уважать права человека и обеспечить их всем лю-

дям, находящимся на ее территории и в пределах ее юрисдикции, без каких-либо различий «как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения» (ст. 2 Всеобщей декларации прав человека). Иными словами, Всеобщая декларация прав человека запретила все формы расовой и другой дискриминации.

Основная часть

Право на жизнь можно рассматривать как право человека не только на неприкосновенность, но и на свободу распоряжаться своей жизнью. Оно предполагает право рисковать собственной жизнью, ставить ее в опасное положение. Есть немало примеров, когда человек сознательно отказывался от приема пищи в знак какого-либо протеста. Как отмечается в литературе, «человек – единственное живое существо, которое сознательно может свести счеты со своей жизнью, иными словами, отказаться от своего основного свойства» [1, с. 14]. Родоначальники теории естественных прав, сформированной в XVI–XVII вв., считали право на жизнь неотъемлемым свойством бытия: «Человек рождается, имея право на полную свободу и неограниченность пользования всеми благами и привилегиями естественного закона <...> и по природе своей обладает властью охранять свою собственность, то есть жизнь, свободу и имущество» [2, с. 310].

Безусловно, взрослый человек сам вправе выбирать свой образ жизни, если только на этот счет нет каких-либо ограничений. Полагаем, что такие ограничения относительно добровольного отказа от приема пищи возможны на основе закона (ст. 23 Конституции Республики Беларусь). Они касаются, например, военнослужащих и осужденных к лишению свободы. Для первых прием пищи означает возможность поддерживать свои физические силы для успешного исполнения воинского долга (или даже боевого задания), поэтому добровольная практика голодания, вероятно, допустима, если это не влияет на дееспособность и не является формой какого-либо протеста. Кроме того, есть другие категории работников (водители, летчики гражданской

авиации и др.), допуск которых к осуществлению ими своих обязанностей возможен после медицинского осмотра. Важно, чтобы голодание или ограничение в приеме пищи не влияло на надлежащее выполнение ими служебных функций.

Что касается отказа от приема пищи осужденными к лишению свободы, то он, в соответствии со ст. 76 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Беларусь (УИК), является основанием для введения в исправительном учреждении режима особого положения, который предусматривает усиление мер по обеспечению надзора, изоляции и безопасности. В данной статье речь идет о групповых отказах осужденных от приема пищи, а также иных видах неповиновений. Согласно УИК начальник исправительного учреждения должен немедленно уведомить прокурора о введении режима особого положения. Соответствующий режим вводится постановлением начальника исправительного учреждения и отменяется им после прекращения событий, явившихся основанием для введения такового. При введении режима особого положения начальник исправительного учреждения имеет право: 1) приостановить отправку писем осужденных и вручение им присланных писем (за исключением направляемых в прокуратуру или иные государственные органы), вручение присланных посылок, бандеролей и мелких пакетов, прием передач, предоставление свиданий, продажу продуктов питания и предметов первой необходимости; 2) ограничить передвижение осужденных в пределах жилой и производственной зон; 3) отменить или ограничить выход либо вывоз осужденных за пределы учреждения; 4) запретить или ограничить

посещение учреждения представителями общественных объединений, религиозных организаций и СМИ; 5) запретить проведение массовых мероприятий культурно-просветительного и физкультурно-спортивного характера; 6) изолировать в пределах данного учреждения или перевести в другие учреждения осужденных, организующих групповые противоправные действия, провоцирующих, подстрекающих к ним либо активно участвующих в них; 7) установить в учреждении усиленный вариант охраны и надзора.

Если же от приема пищи отказался один осужденный, то это, на наш взгляд, не является основанием для введения указанного выше режима и может (при наличии некоторых обстоятельств) расцениваться как нарушение действующих в исправительном учреждении правил.

Встречаются и крайние случаи, когда заключенные проглатывают не предназначенные для еды предметы, чтобы попасть в санчасть, или делают это в иных целях. Так, одному из заключенных, отбывающих наказание в колонии Ставрополя, придется заплатить 250 тыс. российских рублей из-за проглоченной проволоки [3]. Осужденного обязали возместить указанную сумму по иску прокуратуры за извлечение из его организма металлической проволоки.

Статьей 38 Закона Республики Беларусь от 16 июня 2003 г. «О порядке и условиях содержания лиц под стражей» определены меры, применяемые при отказе лица, находящегося под стражей, от приема пищи. Так, при установлении факта об отказе лица, пребывающего под стражей, от приема пищи руководитель администрации места содержания под стражей или его заместитель обязаны выяснить причины отказа и известить об этом орган, ведущий уголовный процесс, а также прокурора, осуществляющего надзор за исполнением законодательства Республики Беларусь в местах содержания под стражей. В случае обоснованности причин отказа лица, находящегося под стражей, от приема пищи администрация места содержания под стражей принимает меры по удовлетворению требований, предъявленных осужденным. Лицо, отказывающееся от приема пищи, по возможности содержится отдельно от иных лиц и находится под наблюдением медицинского работника. Меры, направленные на поддержание здоровья отказывающегося от приема пищи лица, содержащегося под стражей, если его жизни угрожает опасность, осуществляются на основании письменного заключения врача и в присутствии медицинского работника. Отказ от приема пищи не препятствует перемещению осужденного в другие места содержания под стражей, а также его участию в следственных действиях и судебных заседаниях. При необходимости перемещение производится в сопровождении медицинского работника.

Согласно п. 544 постановления Министерства внутренних дел Республики Беларусь и Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 27 августа 2003 г. № 202/39 «Об утверждении Инструкции по медицинскому обеспечению лиц, содержащихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы Министерства внутренних дел Республики Беларусь» «направление лица, отказывающегося от приема пищи, на судебный процесс, в органы уголовного преследования или места лишения свободы производится отдельно от других лиц (в отдельной камере специального вагона или специальной машины). В случаях ухудшения состояния здоровья отказывающегося от приема пищи, при которых может потребоваться оказание медицинской помощи, голодающий сопровождается медицинским работником. Если дальнейший отказ от приема пищи в пути следования будет угрожать жизни или здоровью голодающего, то по письменному заключению сопровождающего медицинского работника он должен быть передан в одно из ближайших учреждений для оказания необходимой медицинской помощи. Принудительное кормление голодающих не допускается, за исключением случаев, когда отказ от приема пищи вызван психическим расстройством, в результате которого больной не способен к принятию осознанного решения».

В свое время представители подпольной ирландской армии, находясь в тюрьме, отказывались от приема пищи и, несмотря на попытки их принудительного кормления, погибали в знак протеста против нахождения Северной Ирландии в составе Великобритании. Кроме того, можно упомянуть о нашумевшей истории с принудительным питанием находящегося в ссылке академика А. Д. Сахарова, который впоследствии, несмотря на возраст и состояние здоровья, стал народным депутатом СССР.

В связи с этим возникает вопрос о правомерности принудительного кормления. В ряде случаев человек отказывается от приема пищи с целью продемонстрировать свою решимость идти до конца, если не будут удовлетворены его требования. Причем эти требования могут быть самого различного характера – как политического, так и личного. В подобном контексте появляется тема о праве человека на смерть. К сожалению, статистика в этой сфере не самая благоприятная. Данное явление поднимает иной вопрос: свободен ли человек в принятии решения завершить свой земной путь таким способом?

Если руководствоваться позицией об абсолютной свободе волеизъявления человека, включая его право распоряжаться собственной жизнью, тогда можно ставить вопрос о нарушениях со стороны представителей служб, препятствующих замыслу самоубийцы или принимающих меры по оказанию ему медицинской помощи. Разброс мнений здесь велик. Некоторые отвергают право на смерть таким

образом, другие считают его неотъемлемым. Так, в 1987 г. более 20 юристов и медиков выступили с инициативой по поводу принятия закона о помощи умирающим. В нем отвергалась обязанность предотвращать самоубийство [4, с. 42].

Нами поддерживается позиция, согласно которой законодательство должно содействовать сохранению жизни. В Конституции Республики Беларусь человек провозглашен высшей ценностью, целью общества и государства, поэтому медицинскую помощь необходимо оказывать в том числе тем, кто пытался совершить самоубийство. Однако здесь как раз и возникает вопрос, касающийся тех ситуаций, когда человек стремился умереть, отказываясь от приема пищи. Вероятно, если такого человека нельзя признать психически нездоровым, то не следует кормить его принудительно.

В некоторых случаях такую форму протеста, как отказ от приема пищи, избирают представители правозащитных движений либо иных протестных групп. Так, активистка из Индии Иром Шармила Чану «приняла решение завершить продолжавшуюся 16 лет голодовку, которую она объявила в знак протеста против закона, дающего особые полномочия вооруженным силам в индийском штате Манипур» [5]. Как сообщалось, ее «держали в заключении и насильственно кормили в рамках индийского закона, по которому попытка самоубийства является преступлением. Однако <...> суд отпустил ее под залог после того, как она заявила, что намерена завершить голодовку, чтобы принять участие в выборах в штате Манипур как независимый кандидат». Женщина решила попробовать «другую форму борьбы», поскольку «голодала 16 лет, но ничего этим не добилась» [5].

Отказ от приема пищи может быть вызван анорексией. В этом случае требуется лечение. Нельзя исключать, что оно при определенных обстоятельствах может являться принудительным, в частности по отношению к несовершеннолетним. Напомним, что анорексия – это «синдром, заключающийся в полном отсутствии аппетита при объективной потребности организма в питании, который сопровождается большинством метаболических заболеваний, инфекций, болезней пищеварительной системы, в частности паразитарных инфекций, а также возникающий по другим причинам. Анорексия может приводить к белково-энергетической недостаточности» [6]. На определенном этапе анорексия приобрела масштабы «эпидемии». Ее распространению способствовали СМИ, а также индустрия моды, когда на подиум выходили исключительно стройные девушки и в целом пропагандировался культ очень худых женщин. Это привело к тому, что юные представительницы женского пола специально прибегали к похудению (длительному отказу от приема пищи), чтобы быть похожими на «идеал». Однако под влиянием общественного мнения под-

ходы в индустрии моды несколько изменились. На подиумах начали появляться полные модели. При этом именно такие девушки становятся все более популярными. Это оказывает позитивное влияние на ситуацию в данной сфере.

В последнее время в СМИ была отмечена дискуссия о праве родителей-веганов кормить детей только вегетарианской, т. е. растительной, пищей (веганство считается наиболее строгой формой вегетарианства, ее сторонники не употребляют продукты животного происхождения: мясо, рыбу, яйца, молоко, а также молочные продукты из сырья животного происхождения). В итальянском парламенте зарегистрирован законопроект, предусматривающий уголовную ответственность родителей, которые принуждают детей к веганской диете. Проект предполагает наказание таких родителей лишением свободы сроком на четыре года [7]. Для внесения этих поправок в законодательство были серьезные поводы. Так, сообщалось, что летом 2016 г. в больницу Милана доставили 14-месячного мальчика, весившего как трехмесячный младенец. У него диагностировали острую нехватку кальция. В другом случае девочка в возрасте двух лет несколько дней находилась в реанимации из-за вызванного вегетарианской диетой гиповитаминоза [8]. Между тем, как отмечалось в СМИ, «Международный союз защиты прав веганов (The International Vegan Rights Alliance) назвал дискриминационным проект итальянского закона, который предусматривает уголовную ответственность для родителей за принуждение детей к веганству. <...> Активисты заявили, что инициатива итальянского депутата от партии “Вперед, Италия!” (Forza Italia!) Эльвиры Савино нарушает права человека. По их мнению, автор закона не уважает принципы этического веганства и трактует его как неадекватную диету, навязанную детям родителями» [8].

Согласно ст. 3 Конвенции о правах ребенка (далее – Конвенция) во всех действиях в отношении детей независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка. Конвенция закрепляет в ст. 6 положение о том, что каждый ребенок имеет неотъемлемое право на жизнь. Государства – участники Конвенции признают право каждого ребенка на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития. Родитель (родители) или другие лица, воспитывающие ребенка, несут основную ответственность за обеспечение в пределах своих способностей и финансовых возможностей условий жизни, необходимых для его развития (ст. 27).

На наш взгляд, следует исходить не столько из того, что предлагают родители ребенку в качестве еды, сколько из того, как реагирует на это ребенок, желает он это есть или же происходит насилие (психологическое или иное) над ним, влияет на его здоровье такая диета либо нет, – это является первичным. В связи с этим полагаем целесообразным предусмотреть административную ответственность родителей при злоупотреблении ими своими правами по воспитанию детей, в частности при выборе вида пищи, поскольку это может оказать вредное воздействие на организм ребенка. Основой для этого может быть заключение медицинского учреждения. Считаем возможным применение в этой сфере положений Декрета Президента Республики Беларусь от 24 ноября 2006 г. № 18 «О дополнительных мерах по государственной защите детей в неблагополучных семьях», хотя изначально этот документ имел иную направленность (прежде всего ставил своей целью воздействие на родителей, ведущих аморальный образ жизни). Согласно п. 1 данного декрета дети подлежат государственной защите и помещению на государственное обеспечение в случае, если установлено, что родители (единственный родитель) ведут аморальный образ жизни, что оказывает вредное воздействие на детей, являются хроническими алкоголиками или наркоманами либо иным образом ненадлежаще выполняют свои обязанности по воспитанию и содержанию детей, в связи с чем они находятся в социально опасном положении.

Кроме того, с питанием тесно связана проблема допинга в спорте. Установление запретов на употребление некоторых препаратов имеет под собой определенную нравственную, а также правовую основу. Вместе с тем международные органи-

зации в области спорта не всегда принимают верные с точки зрения правовых принципов решения. Так произошло с запретом на прием мельдония: спортивные организации, деятельность которых направлена на предотвращение употребления допинга, не учли, что для выведения этого вещества из организма спортсмена требуется определенное время и оно может превышать переходный период от принятия запрета на прекращение употребления мельдония, ранее не относившегося к числу запрещенных, до его вступления в действие. По сути, здесь не был учтен принцип непридания решению обратной силы. Многие спортсмены заявили, что употребляли мельдоний до 1 января 2016 г., но после этой даты он «не вышел» из организма. В то же время М. Шарапова, созвавшая пресс-конференцию в начале января 2016 г., заявила, что употребляла мельдоний в январе 2016 г., но не знала о принятом запрете. При этом количество данного вещества в организме спортсменки, насколько известно, не превышало аналогичных показателей у тех, кто заявил о том, что употреблял этот препарат до 1 января 2016 г., в силу чего он не успел выйти из организма. В результате было принято решение о дисквалификации М. Шараповой на два года. Получается, что спортсменка, поспешившая раскаться, пострадала больше. Все это свидетельствует о не вполне отлаженном механизме широкого доведения до сведения спортсменов информации о веществах, которые подпадают под новый запрет, отсутствии убедительных доказательств того, что принимаемое спортсменом вещество является допингом, а не средством для восстановления физических сил, ошибках в установлении сроков на запрет приема веществ, которые ранее употреблялись свободно.

Заключение

Проблема добровольного голодания является многоаспектной. Причины принятия такого решения могут быть различными – от желания человека скорректировать свой вес, оздоровить организм до протеста против чьих-либо действий или даже попытки таким образом умереть. В литературе существует много споров относительно оценок указанных действий и возможных шагов со стороны общества и государства, например когда это касается здоровья детей, а также лиц, находящихся в заключении, и др. Отдельного пристального внимания требуют вопросы, касающиеся права на питание и связанные с доходами населения, поскольку это влияет на структуру питания, употребления наркотиков, ответственности за это, запрета на управление транспортом в нетрезвом состоянии. В современный период, к сожалению, отметилась тенденция к пропаганде среди молодых девушек культа худого тела. Это привело к тому, что

юные представительницы женского пола специально прибегали к длительному отказу от приема пищи, чтобы быть похожими на «идеал». Под влиянием общественного мнения подходы в индустрии моды начали меняться: на подиум начали выходить девушки и женщины нормального телосложения. Национальные и международные организации в области спорта активизировали деятельность по искоренению употребления различного рода веществ для наращивания мышечной массы, повышения физической силы и выносливости посредством использования допинга. Регулирование отношений в этой области должно базироваться на правовых принципах, включая недопустимость придания решениям о введении запрета на употребление соответствующих веществ обратной силы, установление приемлемого переходного периода для начала действия запрета.

Библиографические ссылки

1. Романовский Г. Б. Гносеология права на жизнь. СПб., 2003.
2. Локк Дж. Два трактата о правлении // Соч. : в 3 т. М., 1988. Т. 3.
3. Ставропольский заключенный заплатит 250 тысяч рублей из-за съеденной проволоки [Электронный ресурс]. 2016. URL: <https://lenta.ru/news/2016/08/01/wire/> (дата обращения: 03.08.2016).
4. Млечин Л. Вы уверены, что хотите умереть? // Новое время. 1989. № 31. С. 42–43.
5. Индийская активистка завершает 16-летнюю голодовку [Электронный ресурс]. 2016. URL: <http://news.tut.by/world/507448.html> (дата обращения: 10.08.2016).
6. Анорекия [Электронный ресурс]. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/> (дата обращения: 03.07.2016).
7. Законопроект: тюрьма для родителей, посадивших детей на веганскую диету [Электронный ресурс]. URL: <http://newsru.co.il/health/10aug2016/vegan456.html> (дата обращения: 11.08.2016).
8. Активисты отказались считать преступлением принуждение детей к веганству [Электронный ресурс]. URL: <https://lenta.ru/news/2016/08/16/italyvegansaccuse/> (дата обращения: 16.08.2016).

References

1. Romanovskii G. B. The epistemology of the right to life. Saint Petersburg, 2003 (in Russ.).
2. Locke J. [Two Treatises of Government]. *Sochineniya* : in 3 vol. Moscow, 1988. Vol. 3 (in Russ.).
3. [Stavropol prisoner pay 250 thousand rubles due eaten wire]. 2016. URL: <https://lenta.ru/news/2016/08/01/wire/> (date of access: 03.08.2016) (in Russ.).
4. Mlechin L. [Are you sure you want to die?]. *Novoe vremya*. 1989. No. 31. P. 42–43 (in Russ.).
5. [Indian activist ends hunger strike 16-year-old]. 2016. URL: <http://news.tut.by/world/507448.html> (date of access: 10.08.2016) (in Russ.).
6. [Anorexia]. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/> (date of access: 03.07.2016) (in Russ.).
7. [Bill: Prison for parents, put children on a vegan diet]. URL: <http://newsru.co.il/health/10aug2016/vegan456.html> (date of access: 11.08.2016) (in Russ.).
8. [The activists refused to be considered a crime forcing children to veganism]. URL: <https://lenta.ru/news/2016/08/16/italyvegansaccuse/> (date of access: 16.08.2016) (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 31.08.2017.
Received by editorial board 31.08.2017.

ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW

УДК 349.2:364-056.24

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОНЯТИЙ, СВЯЗАННЫХ С ИНВАЛИДНОСТЬЮ, НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

С. И. НОВИКОВА¹⁾

¹⁾Белорусский государственный педагогический университет
им. Максима Танка, ул. Советская, 18, 220030, г. Минск, Беларусь

Рассматриваются теоретико-методологические и юридические основания определения понятий, связанных с инвалидностью. Анализируются концептуальные подходы, раскрывающие парадигму инвалидности в Республике Беларусь (от экономической до медико-социальной), лежащую в основе современной государственной политики в отношении инвалидов и соответствующую главным документам ООН в области прав инвалидов. Оцениваются перспективы дальнейшего развития понимания инвалидности в контексте биопсихосоциальной модели.

Ключевые слова: модели инвалидности; эволюция понятия инвалидности; отношение государства к инвалидам; права инвалидов.

Образец цитирования:

Новикова С. И. Определение понятий, связанных с инвалидностью, на современном этапе развития законодательства Республики Беларусь // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 23–31.

For citation:

Novikova S. I. Definition of concepts of disability at the present stage development of the legislation of the Republic of Belarus. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 23–31 (in Russ.).

Автор:

Светлана Ивановна Новикова – преподаватель кафедры социально-гуманитарных дисциплин исторического факультета.

Author:

Svyatlana I. Novikova, lecturer at the department of social and humanitarian disciplines, faculty of history.
swetlana.nowi@yandex.ru

DEFINITION OF CONCEPTS OF DISABILITY AT THE PRESENT STAGE DEVELOPMENT OF THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF BELARUS

S. I. NOVIKOVA^a

^a*Belarusian State Pedagogical University named after Maxim Tank, 18 Savieckaja Street, Minsk 220030, Belarus*

The article considers theoretical, methodological and legal grounds for defining the concepts of disability. The author analyzes the conceptual approaches that reveal the paradigm of disability in the Republic of Belarus – from the economic to the medico-social one, which is the basis of the present-day state policy on disabled people and corresponds with UN basic documents on the rights of disabled people. Prospects of further development of the understanding of disability in the context of the biopsychosocial model are reviewed.

Key words: models of disability; evolution of the concept of disability; attitude of the state to disabled people; rights of disabled people.

Актуальность исследования инвалидности в белорусском государстве связана с имплементацией норм международного права в национальное законодательство и включением граждан, имеющих инвалидность, в социальные процессы с учетом их свободной воли наравне с другими. Как отмечает Ю. А. Тихомиров, за последнюю четверть века проявилась тенденция к сближению международного и национального права на фоне нарастающих интеграционных процессов [1, с. 231–232]. Республика Беларусь присоединилась к Международной конвенции о правах инвалидов, что предполагает следование в данной сфере нормам международного права.

С развитием самого общества содержание многих понятий, относящихся к инвалидности, существенно трансформировалось, изменились теоретические представления об их правовой сути, поэтому такие категории, как «инвалид», «инвалидность», «ограничение жизнедеятельности» и др., требуют уточнения в нормативных правовых актах Республики Беларусь. При анализе определений, связанных с инвалидностью, и рассмотрении их в качестве новых в белорусском законодательстве необходимо учитывать влияние на них международного права, а также модели инвалидности, принятой в государстве, которая определяется как «схема взаимоотношений в обществе, сложившаяся вокруг сферы инвалидности» [2, с. 17].

Более глубокое осмысление терминологии, связанной с инвалидностью, в белорусском праве и выявление ее особенностей возможны путем анализа различных взглядов, теоретических подходов к данному феномену, а также практики применения этих понятий с учетом требований международных правовых актов.

В научной литературе сложилось множество концептуальных подходов к пониманию сущности инвалидности. По мнению Е. Е. Мачульской, в мировой юридической практике концепция инвалидности включает в себя два подхода – медицинский и экономический [3, с. 107]. Первый является одним

из наиболее распространенных в обществе. В соответствии с ним инвалидность рассматривается учеными как недуг, заболевание, психологический, физический, анатомический дефект (постоянный или временный).

В «Демографическом энциклопедическом словаре» инвалидность трактуется с позиции экономического подхода. Под ней понимается длительная или постоянная, полная или частичная потеря трудоспособности, причиной которой являются стойкие или труднообратимые нарушения функций организма, заболевания, увечья либо дефекты развития. Модель инвалидности при экономическом подходе определяет это понятие как неспособность трудиться вследствие нарушения здоровья и означает стойкую или длительную потерю трудоспособности и компенсацию нарушенного права на труд путем выплаты пенсий, пособий, предоставления социального обслуживания и льгот.

Инвалидность не всегда означает ограничения в сферах и видах трудовой деятельности и не всегда снижает ее интенсивность. Экономический подход к пониманию инвалидности может быть применим лишь в тех случаях, когда она является следствием потери трудоспособности. Участники Великой Отечественной войны, вернувшись с фронта с тяжелыми увечьями и заболеваниями, будучи инвалидами, по-прежнему выполняли работу без понижения своей квалификации. На том этапе перед государственными органами стояли задачи, связанные с возвращением трудоспособности инвалидам войны, их обучением и переобучением, а также обязательным трудоустройством. С одной стороны, это было обусловлено возможностью улучшения их материального положения с дальнейшим самообеспечением, с другой – необходимостью увеличения трудовых ресурсов страны в переходный период. Так, например, инвалиды войны трудоустраивались по направлению органов социального обеспечения или самостоятельно в различные отрасли производства, организации и учреждения, но наибольшее их число было занято в сельском

хозяйстве. К концу 1946 г. на учете в органах соцобеспечения состояли 90 075 человек, из которых трудоустроены были 72 386. Из них в сельском хозяйстве оказались заняты 52 230 человек, советских учреждениях – 8368, промышленности – 2962, кооперации – 1340, прочих организациях – 7326, надомниками являлись 160 человек [4].

После войны бывшие фронтовики и партизаны часто занимали руководящие должности, им доверяли ответственные участки партийной и хозяйственной работы. По состоянию на 1 апреля 1947 г. были зарегистрированы 88 650 инвалидов войны, из которых трудоустроены 74 829 человек, в том числе на руководящих работах – 11 239. Руководителями районных и городских учреждений и организаций были назначены 2574 человека; председателями сельских советов – 295; председателями колхозов – 1578; директорами совхозов, машинно-тракторных станций, их заместителями, инженерно-агро-техническими работниками машинно-тракторных станций и мастерских, а также совхозов – 172; счетоводами колхозов – 1711; бригадирами колхозов – 2626; председателями артелей и их заместителями в госпромышленности, промкооперации и кооперации инвалидов – 982; заведующими столовыми, магазинами, буфетами – 706; инженерно-техническими работниками артелей – 586 человек [5]. Однако в 1947 г. и начале 1948 г. выполнять задачу по трудоустройству максимального количества инвалидов становилось все сложнее, поскольку в результате демобилизации появилась здоровая рабочая сила [6, с. 1].

Возвращаясь к экономическому подходу понимания инвалидности, отметим, что в условиях, когда коллективные интересы стояли выше личных, срабатывали компенсаторные возможности организма при четко выраженной настроенности на трудовую деятельность. В связи с этим требовался новый взгляд на проблему инвалидности. Таким образом, выделение двух подходов – медицинского и экономического – к пониманию сложного феномена инвалидности является недостаточным.

В процессе выявления сущности инвалидности Н. В. Веденеева [7, с. 52–56] предложила четыре модели инвалидности: медицинскую, социальную, правовую, а также модель культурного плюрализма. Медицинская модель была рассмотрена выше и совпадает с позицией Е. Е. Мачульской. Социальная модель инвалидности понимается не с точки зрения нарушения здоровья или физических дефектов, а во взаимосвязи отдельного человека с обществом и социальной инфраструктурой. Ограниченные возможности не просто связаны с изменением здоровья, а обусловлены дискриминацией, неготовностью социальных институтов психологически принять инвалидов в качестве полноправных членов общества.

Таким образом, социальная модель инвалидности рассматривает ограничения жизнедеятельности как социальную проблему и, по сути, вопрос интеграции индивида в общество, защиты его прав. Реализация данной позиции подразумевает социальные изменения.

Для правовой модели характерно отнесение инвалида с ограниченными возможностями к определенному «меньшинству» с ограниченными правами и свободами. Дискриминация таких людей проявляется в организации их жизнедеятельности. Это касается права на выбор профессиональной и трудовой деятельности, доступность окружающей среды, социальных инфраструктур и др. Данная модель ориентирована на совершенствование законодательства в отношении инвалидов, достижение равноправия во всех сферах жизнедеятельности. В этом случае «равноправие представляет собой юридическое выражение общественно-политического равенства людей, суть которого заключается в признании одинакового равного положения всех людей в сфере политической, правовой, социальной и экономической жизни» [8, с. 48].

Модель культурного плюрализма базируется на философии независимой жизни и определяет инвалидность как культурное отличие человека наряду с различиями в цвете кожи, вероисповедании и традициях. В ее основе лежит идея равенства и положительного восприятия обществом любого различия, в том числе инвалидности.

Особенности моделей инвалидности на примерах Российской Федерации, США и Великобритании во второй половине XX в. подробно описал Е. А. Тарасенко. Ученый выделил следующие модели: независимой жизни; психосоциальную; социально-политическую; культурную, а также модели человеческого многообразия и инвалидности как незанятости [9, с. 27–41]. В данном случае инвалидность определяется как взаимодействие психических и физических нарушений здоровья индивида с возможностями приспособления к нему социальной среды.

Анализ эволюции моделей инвалидности, методологические и юридические аспекты определения понятий, связанных с инвалидностью, наиболее обоснованно и системно изложил Р. Н. Жаворонков, объединив модели инвалидности в три парадигмы: личностно-центрическую, популяционно-центрическую и смешанную [2, с. 18].

Каждая из моделей инвалидности по-своему подчеркивает отдельные аспекты данной проблемы в зависимости от категории инвалидов, поэтому для выработки социальной политики в отношении таких граждан необходимо использовать различные модели. Это способствует совершенствованию поиска механизмов включения инвалидов в социальные процессы с учетом их индивидуального потенциала.

Ученые обращают внимание на то, что долгое время проблемы инвалидности носили локализованный национальный характер, поскольку отсутствовала единая международная терминология по вопросам инвалидности, а также единые стандартизированные классификации. В связи с этим полномасштабные сравнительные исследования не проводились. Только во второй половине XX в. появились попытки дать определения понятиям, связанным с инвалидностью.

Так, на международном уровне определение данного понятия сформулировано в Декларации ООН о правах инвалидов (1975). Следующим этапом, повлиявшим на развитие терминологии, связанной с инвалидностью, стало принятие в 1980 г. Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ) и издание в 1989 г. Международной классификации нарушений, ограничений жизнедеятельности и социальной недостаточности (далее – МКН), а также Стандартных правил обеспечения равных возможностей для инвалидов (1993).

В соответствии с п. 1 Декларации ООН о правах инвалидов инвалидом является любое лицо, которое не может самостоятельно обеспечить полностью или частично потребности нормальной личной и (или) социальной жизни в силу недостатка, будь то врожденного или приобретенного, его или ее физических или умственных возможностей. Там же впервые делается акцент на интеграции инвалидов в общество как его полноценных членов. Ставится задача комплексного решения этих проблем путем предупреждения инвалидности, вызванной психическими и физическими недостатками, а также интеграции и реинтеграции инвалидов в общество, их социальной адаптации и реабилитации.

В МКН сформулирована первая – медико-социальная (реабилитационная) – модель инвалидности. Согласно этому документу заболевание выступает не только как ограничение к трудовой деятельности, но и как «внутренняя ситуация организма», в результате чего возникают «нарушения» или «дефект». Их последствиями может быть неспособность к физической независимости, мобильности, занятиям обычной деятельностью, получению образования, профессиональной деятельности, экономической самостоятельности, интеграции в общество. В силу ограниченности в сферах деятельности инвалид оказывается привязанным к определенным средствам жизнеобеспечения. В результате возникают так называемые ограничения жизнедеятельности. Степень их выраженности может привести к социальной недостаточности (или социальной дезадаптации). Таким образом, в МКН рассматриваемые понятия использовались в качестве средства оценки заболеваний, а также их последствий, определяемых иными ограничениями (помимо способности трудиться).

Созвучны рассмотренным документам оказались Всемирная программа действий в отношении инвалидов (1982) и Стандартные правила обеспечения равных возможностей для инвалидов (1993), принятые Генеральной Ассамблеей ООН. Ими введены такие понятия, как «создание равных возможностей», «предупреждение инвалидности», «восстановление ограничений», «реабилитация». В настоящее время медико-социальная экспертиза и реабилитация, а также признание лица инвалидом осуществляются в Республике Беларусь на основании МКН [10, с. 6]. По мнению белорусских ученых, определения инвалидности в указанных международных актах, а также сама МКН «не позволяют достаточно полно раскрыть роль воздействующих факторов социальной и физической окружающей среды» [11, с. 15] на индивидуума.

В 2001 г. Всемирной организацией здравоохранения на смену МКН была предложена Международная классификация функционирования, ограничений жизнедеятельности и здоровья (МКФ), на которой, как отмечает Р. Н. Жаворонков, базируется вторая – биопсихосоциальная – модель инвалидности, названная в МКФ моделью функционирования и ограничений жизнедеятельности. «В ней, – пишет ученый, – объединены все точки зрения на данный вопрос и обеспечивающая согласованный взгляд на различные стороны здоровья с биологической, личностной и социальной позиции» [2, с. 20].

Другого мнения по данному вопросу придерживается белорусский ученый В. Б. Смычэк, который, основываясь на современных взглядах и подходах к проблеме инвалидности в Республике Беларусь, считает, что в «медико-социальной экспертизе, реабилитации инвалидов и других вопросах инвалидности целесообразно использовать МКФ и МКБ-10 (Международная классификация болезней 10-го пересмотра) – они дополняют друг друга» [11, с. 18].

В соответствии с МКФ инвалидность – это биосоциальная категория, которая является результатом взаимодействия между существующими нарушениями здоровья и социально-средовыми барьерами, мешающими полноценному и эффективному участию инвалида в жизни общества. В данном случае такое определение инвалидности не столько указывает на степень утраты здоровья, сколько подчеркивает влияние социально-средовых препятствий, с которыми приходится взаимодействовать человеку с отличиями в состоянии здоровья, в степени, установленной законодательством. Этим акцентируется двусторонний характер интеграции. Непосредственно сам термин «социальная недостаточность» исключается МКФ в связи с его уничижительным значением. Взамен введено понятие «барьеры». Их устранение способствует как предупреждению инвалидности, так и реабилитации человека.

Проблема с определением терминологии по вопросам инвалидности остается актуальной на международном и национальных уровнях. До сих пор не выработана единая позиция по поводу определения термина «инвалид». Накопленный мировой опыт понимания проблем инвалидов позволил Генеральной Ассамблее ООН перейти от декларативных рекомендательных документов к принятию Конвенции о правах инвалидов (далее – Конвенция), которая в большей мере направлена на ликвидацию социальных барьеров, приспособление общества к нуждам инвалидов. Республика Беларусь наравне с другими участниками подписала и ратифицировала данный документ.

Государственная политика Беларуси в отношении инвалидов направлена в том числе на совершенствование нормативной правовой базы в этой сфере. В разъяснениях верховного комиссара ООН по правам человека по поводу понятия «инвалидность» и формулировки его в различных государствах указывается на то, что в национальном законодательстве определение этого термина должно отражать его понимание как социального явления. Предлагается отказаться от определений, основанных на медицинских показаниях и сформулированных в зависимости от видов нарушений здоровья, а также опирающихся на понятие неспособности к активной жизнедеятельности из-за нарушения здоровья. Таким образом, положения Конвенции соответствуют пониманию инвалидности как социального явления, т. е. модели взаимодействия инвалида с обществом, сложившейся в том или ином государстве.

Данное понятие представляется эволюционирующим и открытым, поэтому и иные определения, связанные с инвалидностью, требуют уточнений в национальном законодательстве. Формирование понятийного аппарата, описывающего целостное явление инвалидности в его современном правовом понимании, пока не получило должного освещения. Белорусское законодательство также оперирует терминами, которые в настоящее время нуждаются в конкретизации. В частности, Закон Республики Беларусь от 11 ноября 1991 г. № 1224-XII «О социальной защите инвалидов в Республике Беларусь» с изменениями и дополнениями (далее – Закон № 1224-XII), а также Закон Республики Беларусь от 23 июля 2008 г. № 422-3 «О предупреждении инвалидности и реабилитации инвалидов» с изменениями и дополнениями (далее – Закон № 422-3) трактуют понятие «инвалид» как «лицо с устойчивыми физическими, психическими, интеллектуальными или сенсорными нарушениями, которые при взаимодействии с различными барьерами мешают полному и эффективному участию его в жизни общества наравне с другими гражданами».

В тексте Закона № 1224-XII (в отличие от Закона № 422-3) содержится только понятие «инвалид», при этом термин «инвалидность» отсутствует. Такой подход к использованию терминологии в нормативных актах, непосредственно осуществляющих правовое регулирование в сфере инвалидности, дает право полагать, что эти понятия употребляются как синонимы. Однако использование различных понятий в качестве синонимов нарушает принцип единства юридической терминологии, что может создать ложное впечатление, будто они имеют одинаковый правовой смысл. На наш взгляд, понятия «инвалидность» и «инвалид» необходимо трактовать по-разному, поскольку одно из них характеризует особое социальное состояние, свойства субъекта с учетом его здоровья, а другое определяет самого субъекта как носителя этого статуса. Следовательно, оба понятия требуют толкования и закрепления в белорусском законодательстве с учетом их соответствия международным документам, модели инвалидности, принятой в государстве в отношении инвалидов. Решение таких задач актуально для Беларуси.

Согласно Перечню отраслевых научно-технических программ Министерства здравоохранения Республики Беларусь по приоритетным направлениям научно-технической деятельности Республиканский научно-практический центр медицинской экспертизы и реабилитации в 2013–2015 гг. реализовал отраслевую научно-техническую программу по разработке и усовершенствованию экспертно-реабилитационных технологий медицинской, профессиональной и трудовой реабилитации (экспертно-реабилитационные технологии). Такая научная, организационно-методическая и практическая деятельность связана с переходом на МКФ, что, в свою очередь, предполагает согласование подходов концепции МКФ с национальным законодательством, и прежде всего пересмотр терминологии, имеющей отношение к понятию «инвалидность».

В ст. 1 Закона № 422-3 понятие «инвалидность» определяется как «социальная недостаточность, обусловленная нарушением здоровья (заболеванием, в том числе анатомическим дефектом, травмой) со стойким расстройством функций организма, приводящим к ограничению жизнедеятельности человека и необходимости социальной защиты». Такое определение не совсем четко отражает сущность и понимание инвалидности как социального явления в современном обществе, поскольку в нем не отражаются неприспособленность внешней среды к нуждам инвалида и степень влияния социально-средовых препятствий. Кроме того, как отмечалось выше, термин «социальная недостаточность» применительно к конкретному лицу отсутствует в МКФ по причине его уничижительного значения.

Общей эмпирической базой для определения понятий, связанных с инвалидностью, в Законе № 1224-ХІІ и Законе № 422-З являются принятые МКФ (2001) и Конвенция о правах инвалидов (2006). Определения понятий «инвалид» и «инвалидность», содержащиеся в белорусском законодательстве, устарели и требуют доработки с учетом сложившихся научных подходов, а также существующих современных международных актов, поэтому в настоящее время актуальна разработка новой терминологии.

В законодательстве Республики Беларусь для обозначения лиц, имеющих отличие (отличия) в состоянии здоровья от нормы, установленной законодательством, применяется слово «инвалид». В «Этимологическом словаре русского языка» Г. П. Цыганенко оно толкуется как «человек, утративший трудоспособность вследствие ранения, увечья, болезни». С латинского языка *invalidus* переводится как «бессильный» (*in* – не и *validus* – сильный, здоровый, крепкий).

В русском языке слово «инвалид» укоренилось в XVIII в. и изначально относилось к тем военнослужащим, которые по состоянию здоровья из-за полученных ранений больше не могли служить и обслуживать себя. В XIX в. содержание этого понятия расширилось и к инвалидам стали относить тех лиц, которые утратили возможность себя содержать и обслуживать в связи с нарушением здоровья. Историческое понимание термина «инвалид» формировалось таким образом, что смысловой акцент делался на неспособности лица не только обслуживать себя самого, но и осуществлять общественно полезную деятельность. В последующем такое понимание этого термина в общественном сознании приобрело негативный оттенок и стало, по сути, дискриминирующим по отношению к инвалидам.

В современной научной литературе встречаются мнения о том, что термин «инвалид» оскорбляет достоинство и дискриминирует права лиц с нарушениями здоровья. В связи с этим его стали заменять понятиями «лицо с ограниченными возможностями», «лицо с нарушениями развития», «лицо с нарушением опорно-двигательного аппарата (слуха, здоровья)» и т. п. Дело не в сочетании слов, а в том, какой смысл вкладывается в социальное явление инвалидности и как относится к потребностям таких лиц само общество, насколько инвалиды могут в нем себя реализовать. Такое множество терминов не совсем уместно для юридической техники, поскольку она требует четкости и единообразия. Лексическое богатство русского языка не должно служить причиной несоблюдения требования к единству юридической терминологии. Для такового необходимо, чтобы при обозначении в нормативном тексте определенного понятия

последовательно употреблялся один и тот же термин, а при обозначении разных, не совпадающих между собой понятий использовались различные термины. Иначе возможны нечеткость, путаница и даже ошибки в правовой деятельности.

Согласно ст. 21 Закона № 422-З признание гражданина инвалидом осуществляется медико-реабилитационными экспертными комиссиями в порядке, определяемом Советом Министров Республики Беларусь или уполномоченным им органом. Такой статус лицо приобретает в соответствии с законодательством с момента признания его таковым соответствующей комиссией. Данный факт, характеризующий прежде всего правовое положение субъекта, должен быть отражен в определении, на что, в свою очередь, обращают внимание С. Ю. Головина и Р. Н. Жаворонков.

В современном законодательстве, в том числе белорусском, в определениях, приведенных выше, понятие социально-средовых препятствий, с которыми приходится взаимодействовать человеку с отличиями в состоянии здоровья, в степени, установленной законодательством, принято обозначать словом «барьеры».

Слово «барьер» употребляется в законодательстве как взаимодействие инвалида с социально-окружающей средой. В переводе с французского языка *barriere* означает «невysокое ограждение, препятствующее свободному проходу, проезду». В «Толковом словаре русского языка» С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой слово «барьер» трактуется как «преграда (род стенки, перекладина), поставленная на пути (при скачках в бегах); преграждение, препятствие для чего-н.». В «Толковом словаре живого великорусского языка» В. И. Даля оно интерпретируется как «баррикада, завал, укрепление, созданное на скорую руку в жилом месте, на улицах, из всякого подручного припаса». Немаловажным является и тот факт, что слово «барьер» уже используется в законодательстве. В некоторых отраслях права оно имеет спортивное и архитектурное значение.

Общий принцип системности права основан на том, что «его отдельные отрасли взаимосвязаны и интегрированы в единую правовую систему. Правовая терминология тоже составляет единое целое, следовательно, понятия одних отраслей могут и должны использоваться нормативными правовыми актами других отраслей без изменения их семантической основы» [12, с. 137]. Не следует применять в юриспруденции термины, смысл которых не совпадает с общеупотребительным значением слов, «поскольку юридический текст – это текст официальный, не допускающий двусмысленностей, в нем необходимо использовать понятия, свободные от возможных ассоциаций» [12, с. 203].

В русском языке есть понятное для всех слово «препятствие», которое в белорусском законодательстве в связке с инвалидностью не нуждается в специальном толковании. Например, в том же «Толковом словаре русского языка» С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой слово «препятствие» трактуется как «помеха, задерживающая какие-нибудь действия или развитие чего-нибудь, стоящая на пути осуществления чего-нибудь (чинить препятствия кому-нибудь; преодолеть все препятствия)». Полагаем, что слово «барьер» в юридической терминологии следует использовать без изменения его семантической основы, а в определениях, связанных с инвалидностью, заменить на слово «препятствие».

Понятие «ограничение жизнедеятельности» в Законе № 422-З определяется как «полная или частичная утрата лицом способности или возможности осуществлять самообслуживание, самостоятельно передвигаться, ориентироваться, общаться, контролировать свое поведение, обучаться и заниматься трудовой деятельностью, которая приводит к невозможности выполнять повседневную деятельность способом и в объеме, обычных для человека, воздвигает барьеры в среде его обитания и приводит к социальной недостаточности».

В связи с тем что МКФ предусматривает вторую – биопсихосоциальную – модель инвалидности (или модель функционирования и ограничений жизнедеятельности), термин «ограничение жизнедеятельности» имеет несколько иную, отличную от МКН (где использовался термин «социальная недостаточность») интерпретацию. В МКФ он понимается как обобщающий, поскольку характеризует взаимодействие инвалида с окружающей средой. Ограничение жизнедеятельности сегодня понимается не как «заболевание» или «дефект» (как трактовалось в МКН), а как возможности функционирования инвалида. Термин «ограничение жизнедеятельности» включает в себя понятия, обозначаемые как «активность» и «участие» [11, с. 35], где активность представляет собой индивидуальную сторону функционирования индивида при выполнении задач (действий), а участие предполагает выявление возможностей индивида в социально-окружающей среде и служит его социальной стороной функционирования. Выявление ограничений активности и участия, связанных со здоровьем, позволяет установить уровень функционирования инвалида в обществе и окружающей среде.

В пункте е преамбулы Конвенции о правах инвалидов указывается, что инвалидность – это эволюционирующее понятие, которое является результатом взаимодействия между имеющими нарушения здоровья людьми, отношенческими и средовыми барьерами социальной среды. По мнению Р. Н. Жаворонкова, Конвенция дает определение

инвалидности, характерное для популяционно-центрической, а не смешанной (как это было в МКН) парадигмы инвалидности. Инвалидность определяется не как функциональные ограничения, а как взаимодействие имеющих нарушения здоровья людей и различных социальных барьеров. Такой подход рассматривает инвалидов как группу угнетаемого меньшинства в современном обществе, поскольку отсутствие безбарьерной среды и существование негативных предрассудков в отношении инвалидов являются основными факторами, указывающими на дискриминацию инвалидов в обществе [2, с. 54].

Отсутствие безбарьерной среды и негативные предрассудки по отношению к инвалидам – это те препятствия, которые действительно дискриминируют инвалидов в правах, определяющих их качество жизни. Общество ставит перед собой задачи найти пути решения этих проблем, опираясь как на внутригосударственный, так и на мировой опыт. Изменение общественного сознания приносит элементы новизны и в законодательство. Естественное обновление законодательства предполагает приведение нормативных правовых актов в соответствие с общей методологической базой с учетом сложившихся научных подходов. Процесс избавления от препятствий, связанных с инвалидностью, достаточно длительный. Вероятно, в последующем такую формулировку, как «взаимодействие имеющих нарушения здоровья людей и различных социальных барьеров», можно будет навсегда исключить из законодательства. В то же время, как отмечает С. Ю. Головина, «законодатель, стремясь усовершенствовать правовую регламентацию тех или иных общественных отношений, делает это отчасти за счет понятийного аппарата» [12, с. 49]. В связи с этим формулировку понятия «инвалид» можно смягчить, употребив следующее определение: «отличие (отличия), приводящее (-ие) к снижению приспособляемости и взаимодействия с социально-окружающей средой». При этом сохраняется соответствие Конвенции о правах инвалидов и подходам, относящимся к смешанной парадигме. В данном определении совмещаются черты моделей, объединенных как в личностно-центрическую, так и в популяционно-центрическую парадигму.

Таким образом, можно выделить следующие особенности, характеризующие понятие «инвалид» и присутствующие практически во всех рассмотренных подходах, которые должны лечь в основу будущих изменений в законодательстве:

1) в целях унификации общего языка в законодательстве, различных дисциплинах и отраслях науки определение должно строиться с учетом терминов, содержащихся в современных международно-правовых документах по проблемам инвалидности;

2) поскольку правовой статус инвалида лицо приобретает после признания его таковым специалистами Медико-реабилитационной экспертной комиссии на основании конкретной процедуры, предусмотренной законодательством, данный факт должен быть упомянут в самом определении;

3) необходимо отказаться от определений, основанных на медицинских показаниях и сформулированных в зависимости от видов нарушений здоровья (как то: физические, психические, интеллектуальные или сенсорные нарушения), поскольку это ограничивает формулировку определения «инвалид» соответствующими рамками. Согласно современным методическим подходам в Беларуси «количественные критерии оценки ограничения жизнедеятельности у больных и инвалидов прежде всего ориентированы на принципиально новые даже для мировой практики экспертные подходы – оценку ряда способностей, необходимых для повседневного существования и трудовой деятельности, что позволяет более объективно подходить к проведению медико-социальной экспертизы» [11, с. 8];

4) поскольку процесс вхождения или возвращения инвалида в общество имеет двусторонний характер и должен строиться на паритетных началах, в определении необходимо указать важность приспособления внешней социальной среды к нуждам инвалида, включив в формулировку часть следую-

щего вида: «отличие, приводящее к снижению приспособляемости и взаимодействия с социально-окружающей средой и требующее социальной защиты».

Учитывая вышеизложенное, можно сформулировать следующие определения:

- *ограничение жизнедеятельности – показатель, связанный со здоровьем индивида, который выявляется через оценку его возможностей и социальных препятствий, нарушающих качество его жизни;*

- *инвалид – лицо, имеющее отличие (отличия) в состоянии здоровья от нормы, установленной законодательством, приводящее (-ие) к ограничению жизнедеятельности, снижению приспособляемости и взаимодействия с социально-окружающей средой и требующее (-ие) его социальной защиты.*

Понятие «инвалидность» характеризует особое социальное состояние, свойства инвалида с учетом его здоровья. Исходя из этого, а также указанного выше, полагаем целесообразным сформулировать определение, которое может быть использовано в нормативных правовых актах, в следующем виде: *Инвалидность – отличия в состоянии здоровья от нормы, установленной законодательством, связанные со стойкими нарушениями функций и систем организма, приводящие к ограничению жизнедеятельности лица, снижению его приспособляемости и взаимодействия с социально-окружающей средой и необходимости его социальной защиты.*

Библиографические ссылки

1. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1966.
2. Жаворонков Р. Н. Правовое регулирование труда и социального обеспечения инвалидов в Российской Федерации. М., 2014.
3. Мачульская Е. Е. Право социального обеспечения. М., 2013.
4. Национальный архив Республики Беларусь. Ф. 30. Оп. 5. Д. 802 (Отчет о численности и трудоустройстве инвалидов Отечественной войны за 1946 г.). Л. 64.
5. Национальный архив Республики Беларусь. Ф. 4п. Оп. 37. Д. 188 (Докладные записки о состоянии выполнения законов по обеспечению инвалидов Отечественной войны, январь – декабрь 1947 г.). Л. 26–27.
6. Освобожденная Беларусь : документы и материалы : в 2 кн. Минск, 2005. Кн. 2 : Январь – декабрь 1945 г.
7. Веденеева Н. В. Социальные аспекты реабилитации инвалидов в Российской Федерации : дис. ... канд. социол. наук : 22.00.04. М., 2004.
8. Рыбаков И. И. Правовые аспекты социальной защищенности инвалидов в СССР // Вопр. соц. обеспечения : сб. науч. тр. М., 1991. Вып. 22. С. 48–51.
9. Тарасенко Е. А. Государственная социальная политика в отношении лиц с ограниченными возможностями здоровья (сравнительный анализ на примере Российской Федерации, США, Великобритании) : дис. ... канд. социол. наук : 22.00.04. М., 2005.
10. Смычк В. Б., Полуянова И. Е., Северин Г. С. Синдром социальной компенсации как новое понятие в медико-социальной экспертизе граждан Республики Беларусь // Мед. новости. 2010. № 12. С. 6–9.
11. Смычк В. Б. Современные аспекты инвалидности. Минск, 2012.
12. Головина С. Ю. Понятийный аппарат трудового права : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05. Екатеринбург, 1998.

References

1. Tikhomirov Y. A. [The course of comparative law]. Moscow, 1966 (in Russ.).
2. Zhavoronkov R. N. [Legal regulation of labor and social security of disabled people in the Russian Federation]. Moscow, 2014 (in Russ.).
3. Machul'skaya Y. Y. [The right of social security]. Moscow, 2013 (in Russ.).

4. Natsional'nyi arkhiv Respubliki Belarus'. F. 30. Op. 5. D. 802 [Report on the number and employment of disabled veterans of the Patriotic War for 1946]. L. 64 (in Russ.).
5. Natsional'nyi arkhiv Respubliki Belarus'. F. 4p. Op. 37. D. 188 [Memoranda on the state of implementation of laws to ensure the disabled of the Patriotic War, January – December 1947]. L. 26–27 (in Russ.).
6. [The liberated Belarus : documents and materials] : in 2 books. Minsk, 2005. Book 2 : January – December 1945 (in Russ.).
7. Vedeneeva N. V. [Social aspects of rehabilitation of disabled people in the Russian Federation] : dissertatsiya... kandidata sociol. nauk : 22.00.04. Moscow, 2004 (in Russ.).
8. Rybakov I. I. [Legal Aspects of Social Security of the Disabled in the USSR]. *Voprosy social'nogo obespecheniya* : sb. nauchn. tr. Moscow, 1991. Issue 22. P. 48–51 (in Russ.).
9. Tarasenko E. A. [The state social policy concerning persons with the limited possibilities of health (the comparative analysis on an example of the Russian Federation, the USA, the UK)] : dissertatsiya... kandidata sociol. nauk : 22.00.04. Moscow, 2005 (in Russ.).
10. Smychok V. B., Poluyanov I. E., Severin G. S. Social compensation syndrome as a new concept in medicosocial examination of Belarusian citizens. *Med. novosti*. 2010. No. 12. P. 6–9 (in Russ.).
11. Smychek V. B. [Modern aspects of disability]. Minsk, 2012 (in Russ.).
12. Golovina S. Y. [Conceptual apparatus of labor law] : dissertatsiya... doctora yuridicheskikh nauk : 12.00.05. Ekaterinburg, 1998 (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 12.09.2017.
Received by editorial board 12.09.2017.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

УДК 341.96

КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВОПРОСОВ ЗАКЛЮЧЕНИЯ, РАСТОРЖЕНИЯ БРАКА И ПРИЗНАНИЯ БРАКА НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

М. В. МЕЩАНОВА¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируются особенности коллизионного регулирования вопросов заключения, расторжения брака и признания брака недействительным по законодательству стран Евразийского экономического союза и Европейского союза. Делается вывод о том, что отсутствие соответствующих положений в семейном законодательстве Республики Беларусь не удовлетворяет современным потребностям регулирования отношений с иностранным элементом. Формулируются предложения о наиболее прогрессивных коллизионных нормах, которые могут быть инкорпорированы в национальный правопорядок.

Ключевые слова: закон места заключения брака; личный закон супругов; закон совместного постоянного проживания супругов; закон суда; кумулятивный принцип; статут формы заключения брака; признание брака недействительным.

Образец цитирования:

Мещанова М. В. Коллизионное регулирование вопросов заключения, расторжения брака и признания брака недействительным: сравнительно-правовой аспект // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 32–40.

For citation:

Miashchanava M. V. Conflict regulation of marriage, divorce and recognition of a marriage as invalid: comparative law aspects. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 32–40 (in Russ.).

Автор:

Мария Валентиновна Мещанова – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры гражданского права юридического факультета.

Author:

Maryia V. Miashchanava, PhD (law), docent; associate professor at the department of civil law, faculty of law. miashchanava@bsu.by

CONFLICT REGULATION OF MARRIAGE, DIVORCE AND RECOGNITION OF A MARRIAGE AS INVALID: COMPARATIVE LAW ASPECTS

M. V. MIASHCHANOVA^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

This article looks at the peculiarities of conflict regulation of marriage, divorce and recognition of a marriage as invalid under the EU and EAEC legislation. The conclusion is that, the absence of corresponding provisions in the family legislation of the Republic of Belarus does not meet the modern needs of the regulation of relations with a foreign element. Suggestions are made about the most progressive conflict rules that can be incorporated into the national legal order.

Key words: law of the place in which marriage was contracted; personal law of the spouses; law of the state where the spouses are habitually resident; law of the forum; cumulative principle; statute of the form of marriage; recognition of a marriage as invalid.

Введение

Важнейшим способом реализации семейных прав является заключение брака. Именно заключение брака порождает большинство семейно-правовых отношений, причем не только между супругами, но и в значительной степени между родителями и детьми. С этой темой тесно связаны вопросы расторжения брака, в том числе правовых последствий прекращения семейной связи между бывшими супругами, а также признания его недействительным и, следовательно, не порождающим правовых последствий.

При заключении брака, в котором супруги являются гражданами разных государств или когда в отношениях участвует лицо без гражданства (далее – трансграничный брак), закономерно актуальной становится тема, касающаяся применимого права. Нельзя также забывать о ситуации, когда отношения осложнены иностранным элементом не по субъектному составу, а по юридическому факту (заключение брака за границей). В этом случае встает вопрос о признании брака заключенным.

В рамках региональных интеграционных образований, таких как Евразийский экономический союз (ЕАЭС) и Европейский союз (ЕС), гармонизация, а тем более унификация семейного законодательства не являются программными целями деятельности. Вместе с тем экономическое сближение государств-членов, сопровождаемое свободой

перемещения лиц, неизбежно приводит к росту количества трансграничных браков. Это, в свою очередь, стало нормообразующим фактором, влияющим на необходимость совершенствования коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в направлении его либерализации, придания ему более гибкой формы, максимально учитывающей локализацию интересов субъектов. При этом не стоит забывать о том, что семейные отношения – одна из традиционных областей правового регулирования, сформировавшаяся под воздействием местных обычаев, традиций и норм морали, которая защищается и поддерживается каждым государством. Именно поэтому материально-правовая гармонизация в указанной сфере минимальна, и в обозримом будущем вряд ли в ней будет достигнут значительный прогресс. Таким образом, основной упор следует делать на прогрессивное развитие национального коллизионного регулирования вопросов заключения, расторжения брака и признания брака недействительным.

Сравнительно-правовые исследования коллизионного регулирования брачно-семейных отношений проводились Н. И. Марышевой, О. А. Хазовой, Г. Ю. Федосеевой, Е. А. Криволаповой, С. Н. Тагаевой, Е. Ю. Хромовой, И. В. Пантелеевой и другими учеными. Среди белорусских авторов наибольшее внимание рассматриваемой тематике уделили М. П. Короткевич и Н. С. Анцух.

Основная часть

Настоящее исследование базировалось на компаративистском подходе. Для анализа коллизионного регулирования вопросов заключения, расторжения брака и признания брака недействительным использовался опыт правового регулирования указанных вопросов в странах ЕАЭС, а именно:

- раздел VII Семейного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (далее – СК РФ) [1];
- статьи 228–244 гл. 32 Кодекса Республики Казахстан от 26 декабря 2011 г. № 518-IV «О браке (супружестве) и семье» (далее – КоБС Казахстана) [2];

- раздел VII Семейного кодекса Республики Армения от 8 декабря 2004 г. № ЗР-123 (далее – СК Армении) [3];

- раздел VII Семейного кодекса Кыргызской Республики от 30 августа 2003 г. № 201 (далее – СК Кыргызстана) [4].

На уровне ЕС гармонизация материально-правового регулирования в области семейных отношений осуществляется главным образом через источники *soft law*, носящие рекомендательный характер. В связи с этим стоит отметить деятельность Комиссии по Европейскому семейному праву (*Commission on European Family Law – CEFL*). Ею был подготовлен ряд документов, содержащих базовые, принципиальные положения, регулирующие важнейшие сферы семейных отношений:

- Принципы Европейского семейного права относительно развода и содержания между бывшими супругами (*Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*) [5];

- Принципы Европейского семейного права относительно родительских обязанностей (*Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*) [6];

- Принципы Европейского семейного права об отношениях собственности между супругами (*Principles of European Family Law regarding property relations between spouses*) [7].

Указанные документы составляют ориентир для европейского законодателя, однако в рамках настоящего исследования рассматриваться не будут, поскольку предметом изучения является не материальное, а коллизионное регулирование.

Согласно § 1 ст. 81 Договора о функционировании Европейского союза (далее – ДФЕС) [8] сотрудничество по гражданским делам в рамках ЕС может включать в себя принятие мер по сближению законодательных и регламентарных положений государств-членов. Меры, принятые институтами ЕС, призваны, в частности, обеспечить взаимную совместимость правил, действующих в государствах-членах в области конфликта законов и юрисдикций (§ 2 (с) ст. 81 ДФЕС). В указанном контексте термин «гражданские дела» следует понимать широко – как частноправовые вопросы, включающие в себя сферу семейных отношений. Кроме того, во многих странах ЕС регулирование семейных отношений базируется на нормах Гражданского кодекса, а не выделяется в рамках самостоятельного нормативного акта (в том числе кодифицированного). Следовательно, ЕС обладает полномочиями в части сближения национального коллизионного регулирования (конфликт законов) брачно-семейных отношений. При этом меры в отношении норм семейного права с трансграничными последствиями принимаются Советом ЕС в соответствии

со специальной законодательной процедурой (§ 3 ст. 81 ДФЕС). В целях сближения национального законодательства государств – членов ЕС о конфликте законов и юрисдикций в семейной сфере были приняты следующие документы:

- Регламент Совета (ЕС) № 1259/2010 от 20 декабря 2010 г., использующий продвинутое сотрудничество в сфере права, подлежащего применению к разводу и судебному разлучению супругов (далее – Регламент *Рим III*) [9];

- Регламент Совета (ЕС) № 4/2009 от 18 декабря 2008 г. о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, а также сотрудничестве в вопросах, относящихся к алиментным обязательствам [10].

Указанные акты ЕС являются частью национального законодательства государств-членов, не нуждаются в имплементации и действуют непосредственно. Акты, принимаемые в виде регламентов, обладают приоритетом в системе источников права ЕС.

В рамках исследования вопросов заключения, расторжения трансграничных браков и признания их недействительными также будут проанализированы следующие акты национального законодательства государств – членов ЕС:

- Федеральный закон Австрии «О международном частном праве» от 15 июня 1978 г. (далее – Закон Австрии о МЧП) [11];

- Закон Бельгии от 16 июля 2004 г. «О Кодексе международного частного права» (далее – Кодекс МЧП Бельгии) [12];

- Вводный закон 1896 г. к Гражданскому уложению Федеративной Республики Германия (в редакции от 21 сентября 1994 г., с изменениями от 20 ноября 2015 г.) (далее – ГУ ФРГ) [13];

- Закон Республики Польша «О международном частном праве» от 4 февраля 2011 г. (далее – Закон Польши о МЧП) [14].

Заключение брака. В вопросах заключения брака основными моментами, по которым следует определиться с применимым правом, являются: 1) форма и порядок заключения брака; 2) условия заключения брака, в том числе отсутствие препятствий к его заключению.

В КоБС Казахстана и СК Армении отсутствуют двусторонние коллизионные нормы, позволяющие применить право иностранного государства в сфере заключения трансграничных браков. При этом ст. 141 СК Армении устанавливает, что на территории Республики Армения браки иностранных граждан и лиц без гражданства заключаются в порядке, установленном законодательством Республики Армения. Данную норму, как представляется, необходимо толковать в совокупности с п. 2 ст. 142, который гласит о том, что браки между иностранными гражданами, заключенные на территории

Республики Армения в консульских учреждениях иностранных государств, признаются действительными в Республике Армения на условиях взаимности. Семейный кодекс Армении не регламентирует заключение браков на территории Республики Армения между собственными гражданами и гражданами иностранных государств или лицами без гражданства, что является пробелом в национальном регулировании трансграничных браков. Кроме того, все браки, заключенные за границей, в том числе между иностранными гражданами и лицами без гражданства, если соблюдено законодательство государства, на территории которого они зарегистрированы, признаются действительными в Республике Армения только при наличии консульской легализации. Таким образом, СК Армении в наименьшей степени среди соответствующих актов государств – членов ЕАЭС удовлетворяет современным потребностям коллизионного регулирования вопросов трансграничных браков.

Особенность регулирования отношений с иностранным элементом на базе КоБС Казахстана состоит в специфическом подходе к самой системе построения соответствующих норм. Так, вопросы заключения, расторжения трансграничных браков и признания их недействительными вынесены за рамки гл. 32 раздела VII КоБС Казахстана «Применение норм брачно-семейного законодательства Республики Казахстан к иностранцам и лицам без гражданства». Указанный подход, на наш взгляд, не является обоснованным с точки зрения системности регулирования брачно-семейных отношений с иностранным элементом, в том числе выработки общих положений такого регулирования.

Из п. 1 ст. 228 КоБС Казахстана следует, что и порядок заключения брака, и его форма, и условия заключения браков на территории Республики Казахстан подчиняются законодательству Республики Казахстан вне зависимости от присутствия в отношениях иностранного субъекта. При этом, если браки регистрируются в Республике Казахстан с иностранными гражданами и лицами без гражданства, не учитываются условия заключения браков, установленные законодательством государств, гражданами которых они являются, или государств их постоянного проживания (для лиц без гражданства). Указанное предписание КоБС Казахстана можно условно назвать односторонней коллизионной нормой. Одновременно с подачей заявления о вступлении в брак (супружество) иностранец должен представить разрешение на брак (супружество) с иностранцем, выданное компетентным органом государства, гражданином которого он является, если такого рода разрешение требуется согласно законодательству зарубежного государства. Если соответствующее разрешение не будет представлено, это не служит безусловным основанием для

отказа в регистрации брака. Лицам, вступающим в брак, разъясняются последствия непредставления такого разрешения (брак (супружество) может быть признан недействительным в стране, гражданином которой является иностранец, вступающий в брак (супружество)), и, если заявители настаивают на государственной регистрации заключения брака (супружества), этот брак (супружество) регистрируется. Не вполне логичной выглядит норма, содержащаяся в п. 3 ст. 228 КоБС Казахстана: «Условия заключения брака (супружества) лицом без гражданства на территории Республики Казахстан определяются законодательством Республики Казахстан, если лицо имеет постоянное место жительства на территории Республики Казахстан». При этом в КоБС Казахстана отсутствуют правила относительно права, применимого к условиям заключения брака с иностранцами, а также лицами без гражданства, которые не имеют места постоянного жительства на территории Республики Казахстан. Обращают на себя внимание условия признания браков, заключенных за пределами Республики Казахстан, действительными. Так, в п. 1 ст. 230 КоБС Казахстана устанавливается, что брак (супружество) между гражданами Республики Казахстан и между гражданами Республики Казахстан и иностранцами или лицами без гражданства, заключенный за пределами Республики Казахстан с соблюдением законодательства государства, на территории которого он заключен, признается действительным в Республике Казахстан, кроме случаев, предусмотренных в ст. 10 и 11 КоБС. Таким образом, к форме брака, заключенного за границей, применяется закон места его оформления (*lex loci celebrationis*), однако условия заключения брака, установленные законодательством Республики Казахстан, должны быть соблюдены полностью. Что касается браков между иностранными гражданами или лицами без гражданства, заключенных за пределами Республики Казахстан, их признание обусловлено соблюдением требований законодательства места совершения брака (*lex loci celebrationis*). Кроме того, брак (супружество) не должен противоречить законодательству Республики Казахстан. Последнее условие не является типичным для современного семейного законодательства, поскольку обуславливает признание брака, в котором не участвуют субъекты Республики Казахстан, соблюдением требований правопорядка Республики Казахстан. Представляется, что закрепление данного правила можно объяснить отсутствием в КоБС Казахстана оговорки о публичном порядке, ограничивающей применение иностранного брачно-семейного законодательства, в том числе в сфере признания юридических фактов, имевших место за границей. Вместе с тем такой вариант ограничения, на наш взгляд, нельзя считать целесообразным и обоснованным.

Семейные кодексы РФ (раздел VII) и Кыргызстана (раздел VII) содержат двусторонние коллизионные нормы о праве, применимом к вопросам формы брака и условиям его заключения. Указанные нормы практически идентичны по содержанию, поэтому в дальнейшем мы будем основывать анализ на положениях СК РФ. Так, согласно п. 1 ст. 156 форма и порядок заключения брака на территории Российской Федерации определяются ее законодательством. Указанная норма сформулирована как односторонняя, предусматривающая конкретное национальное применимое право. Условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака, с соблюдением требований ст. 14 СК РФ в отношении обстоятельств, препятствующих регистрации брака. Таким образом, мы видим ситуацию, когда в браках с иностранным элементом условия вступления в него определяются для каждого из будущих супругов отдельно по *lex patriae*, однако препятствия к заключению брака (ст. 14 СК РФ) должны обязательно учитываться и по *lex loci celebrationis*. В целях принятия во внимание всех возможных вариантов субъектного состава трансграничных браков необходимо учесть две ситуации:

- в брак вступают лица с двойным гражданством (п. 3 ст. 156 СК РФ). Изначально российский законодатель формулирует правило о приоритете российского гражданства: «Если лицо наряду с гражданством иностранного государства имеет гражданство Российской Федерации, к условиям заключения брака применяется законодательство Российской Федерации» (аналогичное правило в СК Кыргызстана отсутствует). При наличии у лица гражданства нескольких иностранных государств используется принцип диспозитивности, свойственный частнопроводному регулированию: по выбору данного лица применяется законодательство одного из этих государств;

- в брак вступают лица без гражданства (п. 4 ст. 156 СК РФ). Условия заключения брака для апатридов определяются по месту постоянного жительства таких лиц (по *lex domicilii*).

Рассматривая коллизионное регулирование государств – членов ЕС, следует в первую очередь обратить внимание на то, что в нем содержится ряд норм, определяющих применимое право в отношении явлений, отсутствующих в законодательстве Республики Беларусь и других стран ЕАЭС. Так, ст. 45 Кодекса МЧП Бельгии определяет право, применимое к обещанию вступить в брак. Кроме того, некоторые страны ЕС признают браки между лицами одного пола, что сказывается на особенностях коллизионного регулирования и вопросах признания таких браков заключенными (например, ч. 2 ст. 46 Кодекса МЧП Бельгии). Однако в контек-

сте межотраслевой кодификации международного частного права, которая имеет место во всех государствах ЕАЭС, вопрос, связанный с конфликтом законов в сфере семейных отношений, всегда опирается на соответствующее материальное регулирование. В связи с этим считаем нецелесообразным рассматривать указанные моменты в рамках данного компаративистского исследования.

Остановимся на теме выбора права, применимого к форме и порядку заключения брака, по законодательству отдельных государств – членов ЕС. Большинство стран разделяют коллизионное регулирование вопросов заключения брака внутри страны и за рубежом. Форма заключения брака внутри Австрии определяется согласно местным предписаниям о форме (§ 16 (1) Закона Австрии о МЧП). На аналогичных позициях основаны п. 3 ст. 13 ГУ ФРГ и ч. 1 ст. 49 Закона Польши о МЧП. В соответствии со ст. 47 Кодекса МЧП Бельгии формальности, касающиеся заключения брака, регулируются правом государства, на территории которого регистрируется брак. При этом в § 2 той же статьи определяется сфера действия статута формы заключения брака:

- требует ли государство до заключения брака дать объявление и сделать публикацию;
- требует ли государство составления и регистрации брачного контракта;
- имеет ли церковный брак законную силу;
- может ли брак заключаться по доверенности.

Все перечисленные вопросы решаются на основании права, применимого к формальностям, касающимся заключения брака. В указанной норме нашла отражение современная тенденция коллизионного регулирования: максимально точное определение сферы действия различных статут.

Законодательство стран ЕАЭС не регулирует вопросы права, применимого к форме брака, заключенного за границей, что представляется пробелом в коллизионном регулировании. В соответствии с § 16 (2) Закона Австрии о МЧП форма заключения брака за границей определяется согласно личному закону каждого из вступающих в брак; при этом достаточно соблюдения предписаний о форме места заключения брака. Таким образом, в качестве основной коллизионной привязки здесь выступает личный закон физического лица (*lex patriae* или *lex domicilii*), однако норма сформулирована как кумулятивная: действие главной коллизионной привязки отрицается со ссылкой на закон места заключения брака (*lex loci celebrationis*). Статья 49 Закона Польши о МЧП содержит иной коллизионный подход: в качестве определяющей привязки предлагается закон места заключения брака (*lex loci celebrationis*), но если брак заключается за пределами Республики Польша, достаточно соблюдения формы, предусмотренной национальными законами

обоих супругов, либо общим правом места проживания, либо правом обычного пребывания супругов на момент заключения брака.

Приведенная норма также является кумулятивной, причем действие основной коллизионной привязки отрицается ссылкой на одну из возможных альтернатив, предполагающих единое применимое право для обоих супругов.

При установлении условий заключения брака определяющей коллизионной привязкой является личный закон физического лица (*lex patriae* или *lex domicilii*) – ст. 48 Закона Польши о МЧП, § 17 (1) Закона Австрии о МЧП. Вместе с тем нельзя забывать о том, что при включении коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в автономные нормативные правовые акты (например, законы о международном частном праве) правило о личном законе физического лица формулируется в отдельном разделе данного акта, а затем понятие «личный закон физического лица» используется во всем тексте закона. Однако в условиях межотраслевой кодификации международного частного права указанный термин содержится в гражданском, а не семейном законодательстве, поэтому последнее должно оперировать самостоятельными коллизионными привязками: закон гражданства (*lex patriae*) или закон постоянного места жительства (*lex domicilii*).

Согласно ст. 46 Кодекса МЧП Бельгии условия, касающиеся действительности брака, регулируются для каждого супруга правом государства, гражданином которого являлся супруг на момент заключения брака. При этом в ч. 2 ст. 46 сформулировано особое правило в отношении браков между двумя физическими лицами одного пола. ГУ ФРГ (ст. 13 (1)) также использует закон гражданства обоих супругов для решения вопроса об условиях заключения брака, допуская, однако, возможность применять право Германии при наличии обстоятельств, перечисленных в указанной статье.

Расторжение брака и признание брака действительным. Семейные кодексы РФ (ст. 160), Кыргызстана (ст. 167), Армении (ст. 145) и КоБС Казахстана (ст. 244) содержат одностороннюю коллизионную норму, которая привязывает расторжение браков, совершаемое на территории соответствующих государств, к законодательству тех же государств. Указанная норма отражает устоявшуюся тенденцию, согласно которой при наличии у государственных органов компетенции на расторжение брака между определенными субъектами они должны действовать в рамках законодательства своего государства. При этом не принимается во внимание место заключения брака или место жительства супругов. Следовательно, применение законодательства иностранного государства возможно лишь при расторжении брака за рубежом. Причем в Республике Армения зарубежное расторже-

ние брака признается действительным только при наличии консульской легализации.

Вопросы, касающиеся выбора права, применимого к разводу и раздельному проживанию супругов по решению суда, получили отражение в унифицированном акте ЕС – Регламенте *Рим III*. Указанный документ принят в рамках продвинутого сотрудничества ряда государств – членов ЕС и является для них обязательным. Он действует в отношении следующих 16 стран (из 28): Бельгии, Болгарии, Германии, Греции, Испании, Франции, Италии, Латвии, Литвы, Люксембурга, Венгрии, Мальты, Австрии, Португалии, Румынии, Словении. Согласно п. 9 преамбулы к Регламенту *Рим III* «он должен создать четкую, всеобъемлющую правовую базу в области права, применимого к разводу и раздельному проживанию супругов по решению суда, предоставив гражданам соответствующие результаты с точки зрения правовой определенности, предсказуемости и универсальности, а также предотвращения ситуации, возникающей, когда один из супругов подает на развод ранее другого для того, чтобы обеспечить регулирование процесса заданным правом, которое он или она считает более благоприятным для своих собственных интересов» [9]. Регламент *Рим III* не затрагивает коллизионного регулирования вопросов, подлежащих рассмотрению и решению на предварительном слушании дела, таких как дееспособность и юридическая действительность брака, последствия развода или раздельного проживания супругов по решению суда в отношении имущества, фамилии, обязанностей родителей, алиментных обязательств или любых других вспомогательных мер. Эти вопросы должны регулироваться коллизионными нормами, применимыми в участвующем государстве – члене ЕС. Осознанный выбор обоих супругов является базовым принципом Регламента *Рим III*. Так, согласно ст. 5 супруги могут заключить соглашение об определении права, применимого к разводу и раздельному проживанию супругов по решению суда, при условии, что данное право является одним из следующих:

- правом государства, в котором супруги постоянно проживают на момент заключения соглашения;
- правом государства, в котором находилось последнее место постоянного проживания супругов, поскольку один из них продолжает проживать в данном государстве на момент заключения соглашения;
- правом государства, гражданином которого является один из супругов на момент заключения соглашения;
- правом суда.

Таким образом, в сфере семейных отношений применяется один из базовых принципов современного коллизионного регулирования – автономии воли сторон (*lex voluntatis*). Однако свободное

волеизъявление супругов относительно выбора применимого права ограничивается четырьмя указанными возможными вариантами. Это ограничение свидетельствует о необходимой взаимосвязи применимого права с личным законом заинтересованных субъектов (*lex patriae* или *lex domicilii*) или с законом суда (*lex fori*). Соглашение, определяющее применимое право, может быть заключено и изменено супругами в любое время, но не позднее чем во время рассмотрения дела судом.

Согласно ст. 8 Регламента *Рим III* «в отсутствие выбора применимого права по соглашению между супругами отношения по разводам и раздельному проживанию супругов по решению суда должны регламентироваться правом государства:

а) в котором супруги постоянно проживают во время рассмотрения дела судом; или, ввиду отсутствия этого;

б) в котором находилось последнее место постоянного проживания супругов, при условии, что период их проживания закончился не более чем за год до рассмотрения дела судом, в той мере, в которой один из супругов продолжает проживать в данном государстве во время рассмотрения дела судом; или, ввиду отсутствия этого;

в) гражданами которого являются оба супруга во время рассмотрения дела судом; или, ввиду отсутствия этого;

г) в котором находится суд, рассматривающий дело».

Приведенная норма Регламента *Рим III* построена таким образом, что направляет суд в выборе применимого права по определенному алгоритму последовательного использования ряда коллизионных привязок. Причем каждая последующая привязка может быть применена только при отсутствии возможности сослаться на предыдущую. Несомненной целью законодателя в данном случае является стремление избежать расщепления статута развода и раздельного проживания супругов. Именно поэтому суд выбирает единое применимое право, отдавая приоритет коллизионной привязке на основе закона совместного постоянного проживания супругов (*lex domicilii*); при отсутствии таковой ссылается на закон гражданства обоих супругов (при его совпадении) (*lex patriae*); если и эту альтернативу применить невозможно, использует закон суда (*lex fori*).

Следует также обратить внимание на содержание ст. 10 Регламента *Рим III*. Согласно данной норме в тех случаях, когда применимое право не предусматривает положений о разводе или не обеспечивает одному из супругов равный доступ к разводу или раздельному проживанию супругов по решению суда по признаку пола, применению подлежит право суда. Это положение ориентировано на защиту прав, свобод и законных интересов супругов. Оно базируется на осознании того, что семейное законодательство некоторых стран, опираясь в первую очередь на религиозные постулаты

и традиции, может допускать дискриминацию по признаку пола. Указанное положение близко приемыкает к оговорке о публичном порядке.

Семейное законодательство всех стран ЕАЭС содержит коллизионную норму, устанавливающую право, применимое к вопросам признания брака недействительным. Наиболее проблемной, на наш взгляд, видится ситуация, предусмотренная КоБС Казахстана. Согласно ст. 231 «недействительность брака (супружества), заключенного в Республике Казахстан или за пределами Республики Казахстан, определяется законодательством Республики Казахстан, которое действовало на момент заключения брака (супружества)». Норма сформулирована как односторонняя со ссылкой на национальное право Республики Казахстан, однако применение данного права в отношении браков, заключенных за границей в соответствии с законодательством государства места заключения брака, по нашему мнению, не имеет под собой веских оснований.

В семейном законодательстве Российской Федерации, Республики Армения, Кыргызской Республики содержится двусторонняя норма, подчиняющая вопросы недействительности брака, заключенного на территории соответствующего государства или за его пределами, законодательству, которое применялось при заключении брака (ст. 159 СК РФ, ст. 144 СК Армении, ст. 166 СК Кыргызстана). Для семейных кодексов РФ и Кыргызстана указанная норма на первый взгляд выглядит органично, поскольку является логическим продолжением коллизионного регулирования, предусмотренного в отношении заключения брака. В СК Армении отсутствуют двусторонние коллизионные нормы по вопросам заключения брака, поэтому указанная норма о недействительности брака теряет свое значение.

Обращаясь к коллизионному регулированию, которое предусмотрено в ст. 159 СК РФ и ст. 166 СК Кыргызстана, отметим, что для браков, зарегистрированных между гражданами различных государств, условия заключения определялись для каждого из супругов по законодательству их гражданства, а для лиц без гражданства – по праву постоянного места жительства. Кроме того, в отношении препятствий при заключении брака соблюдались требования законодательства государства, на территории которого брак был зарегистрирован. Следовательно, основания для недействительности брака могут быть заложены в правовых системах сразу трех государств. При этом предписания этих правовых систем могут не соответствовать друг другу.

Вместе с тем законодательство стран ЕС также привязывает вопросы действительности брака к праву, которое применялось при его заключении. Так, согласно ст. 50 Закона Польши о МЧП последствия невозможности заключения брака или несоблюдения его формы регулируются соответственно правом, указанным в статьях, определяющих право, применимое к форме и условиям регистрации брака.

Заключение

Законодательство стран ЕАЭС не регламентирует вопросы права, применимого к форме брака, заключенного за границей, что представляется пробелом в коллизионном регулировании. В отношении формы заключения брака наиболее предпочтительной является общая коллизионная привязка к закону места регистрации брака (*lex loci celebrationis*), однако, если брак заключен за границей, следует предусмотреть субсидиарные привязки по кумулятивному принципу. Прогрессивным моментом видится определение в законодательстве сферы действия статута формы заключения брака.

При установлении условий заключения брака необходимо исходить из личного закона физических лиц, вступающих в брак. Закон места регистрации брака в части соблюдения требований в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака, как представляется, не должен приниматься во внимание.

В вопросах выбора права, применимого к расторжению брака, полагаем целесообразным воспринять

опыт современного коллизионного регулирования, отраженный в Регламенте *Рим III*. Предпочтительным видится использование системы коллизионных привязок, причем каждая последующая привязка может быть применена только при отсутствии возможности сослаться на предыдущую. В наибольшей степени локализацию интересов супругов отражают коллизионные привязки, а именно: закон совместного постоянного проживания супругов (*lex domicilii*); закон гражданства обоих супругов (при его совпадении) (*lex patriae*); закон суда (*lex fori*).

В отношении признания брака недействительным представляется целесообразным закрепить такой же порядок выбора применимого права, какой установлен для вопросов расторжения брака. При этом правоприменение выйдет на правовую систему одного государства. Это либо право гражданства супругов, либо право их совместного места жительства, либо, если указанные характеристики у супругов не совпадают, право учреждения, рассматривающего вопрос о признании брака недействительным.

Библиографические ссылки

1. Семейный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] : Фед. закон, 29 дек. 1995 г., № 223-ФЗ : в ред. Фед. закона от 30 дек. 2015 г. // КонсультантПлюс : Россия / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2017.
2. О браке (супружестве) и семье [Электронный ресурс] : Кодекс Респ. Казахстан, 26 дек. 2011 г., № 518-IV : в ред. Закона Респ. Казахстан от 09.04.2016 г. // Банк данных правовой информации. Кодексы стран СНГ / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
3. Семейный кодекс [Электронный ресурс] : Кодекс Респ. Армения, 8 дек. 2004 г., № ЗР-123 : в ред. Закона Респ. Армения от 19.06.2015 г. // Банк данных правовой информации. Кодексы стран СНГ / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
4. Семейный кодекс [Электронный ресурс] : Кодекс Кыргызской Респ., 30 авг. 2003 г., № 201 : в ред. Закона Кыргызской Респ. от 17 нояб. 2016 г. // Банк данных правовой информации. Кодексы стран СНГ / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
5. Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses / Commission on European Family Law [Electronic resource]. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> (date of access: 01.07.2017).
6. Principles of European Family Law regarding parental responsibilities / Commission on European Family Law [Electronic resource]. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf> (date of access: 01.07.2017).
7. Principles of European Family Law regarding property relations between spouses / Commission on European Family Law [Electronic resource]. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf> (date of access: 01.07.2017).
8. Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2016) // Offic. J. C 202. 07.06.2016. P. 47–200.
9. Council Regulation (EU) № 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation // Offic. J. L 343. 29.12.2010. P. 10–16.
10. Council Regulation (EU) № 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations // Offic. J. L 7. 10.01.2009. P. 1–79.
11. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), 15.06.1978 [Electronic resource]. URL: <https://www.jusline.at/IPR-Gesetz> (IPRG).html (date of access: 01.07.2017).
12. Loi portant le Code de droit international privé, 16.07.2004 [Electronic resource]. URL: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi (date of access: 01.07.2017).
13. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [Electronic resource]. URL: <http://dejure.org/gesetze/EGBGB> (date of access: 01.07.2017).
14. Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe, 04.02.2011 [Electronic resource]. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20110800432> (date of access: 01.07.2017).

References

1. Family Code of the Russian Federation : Federal Law, 29 Dec., 1995, No. 223-ФЗ : ed. of 30 Dec., 2015. *KonsultantPlus : Russia*. Closed JSC «KonsultantPlus». Moscow, 2017 (in Russ.).
2. [On marriage (matrimony) and family]: Code of the Repub. of Kazakhstan, 26 Dec., 2011, No. 518-IV : ed. of 9 April, 2016. *Bank of Legal Inf. Codes of the CIS countries*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).

3. Family Code : Code of the Repub. of Armenia, 8 Dec., 2004, No. ZR-123 : ed. of 19 June, 2015. *Bank of Legal Inf. Codes of the CIS countries*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
4. Family Code : Code of the Kyrgyz Repub., 30 August, 2003, No. 201 : ed. of 17 Novemb., 2016. *Bank of Legal Inf. Codes of the CIS countries*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
5. Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses. Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> (date of access: 01.07.2017).
6. Principles of European Family Law regarding parental responsibilities. Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf> (date of access: 01.07.2017).
7. Principles of European Family Law regarding property relations between spouses. Commission on European Family Law. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf> (date of access: 01.07.2017).
8. Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2016). *Offic. J. C* 202. 07.06.2016. P. 47–200.
9. Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. *Offic. J. L* 343. 29.12.2010. P. 10–16.
10. Council Regulation (EU) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. *Offic. J. L* 7. 10.01.2009. P. 1–79.
11. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), 15.06.1978. URL: https://www.jusline.at/IPR-Gesetz_IPRG.html (date of access: 01.07.2017) (in Ger.).
12. Loi portant le Code de droit international privé, 16.07.2004. URL: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi (date of access: 01.07.2017) (in Fr.).
13. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. URL: <http://dejure.org/gesetze/EGBGB> (date of access: 01.07.2017) (in Ger.).
14. Ustawa Prawo prywatne międzynarodowe, 04.02.2011. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20110800432> (date of access: 01.07.2017) (in Pol.).

Статья поступила в редколлегию 07.07.2017.
Received by editorial board 07.07.2017.

УДК 347.918.2(476):347.98(476):349.222.2(476)

О ПОДВЕДОМСТВЕННОСТИ ТРЕТЕЙСКИМ СУДАМ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ТРУДОВЫХ СПОРОВ

В. П. СКОБЕЛЕВ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Исследуется вопрос о возможности разрешения третейскими судами индивидуальных трудовых споров. Анализируются действующее законодательство, научные точки зрения, правоприменительная практика, правовые позиции Конституционного Суда Республики Беларусь. Сделан вывод о том, что третейские суды вправе рассматривать индивидуальные трудовые споры. В связи с этим предлагается внести в законодательство ряд изменений и дополнений, в частности указать в трудовом законодательстве третейские суды среди органов рассмотрения трудовых споров; перечислить категории неарбитрабельных трудовых споров; уточнить регулирование вопросов недействительности третейского соглашения; изменить подходы к регулированию дерогационного эффекта третейского соглашения; усовершенствовать порядок взаимодействия третейской и судебной форм защиты права по вопросам доказывания и доказательств, обеспечения иска, преюдициальности, исполнения третейских решений.

Ключевые слова: индивидуальные трудовые споры; третейский суд; государственный суд; гражданское судопроизводство; подведомственность; арбитрабельность.

ON THE RIGHT OF ARBITRATION COURTS TO CONSIDER INDIVIDUAL LABOR DISPUTES

V. P. SKOBELEV^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The question of the possibility of arbitration courts to consider individual labor disputes is being investigated. The author analyzes the current legislation, scientific points of view, law enforcement practice, legal positions of the Constitutional Court, and comes to the conclusion that arbitration courts have the right to consider individual labor disputes. In this regard, the author proposes to introduce a number of changes and additions to the legislation, in particular, to indicate in the labor legislation arbitration courts among the bodies for the consideration of labor disputes; to list categories of non-arbitrage labor disputes; to clarify the regulation of issues of invalidity of the arbitration agreement; to change approaches to regulating the derogation action of the arbitration agreement; to improve the order of interaction of the arbitration and judicial forms of protection of the right on the issues of proof and evidence, securing the claim, prejudiciality, execution of arbitral awards.

Key words: individual labor disputes; arbitration court; the state court; civil legal proceedings; jurisdiction; arbitrability.

Введение

Закон Республики Беларусь от 18 июля 2011 г. № 301-З «О третейских судах» (далее – Закон «О третейских судах») после вступления в силу, как

и любой иной новый нормативный правовой акт, вызвал у теоретиков и практических работников множество вопросов. Один из них состоит в том,

Образец цитирования:

Скобелев В. П. О подведомственности третейским судам индивидуальных трудовых споров // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 41–51.

For citation:

Skobelev V. P. On the right of arbitration courts to consider individual labor disputes. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 41–51 (in Russ.).

Автор:

Владимир Петрович Скобелев – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры гражданского процесса и трудового права юридического факультета.

Author:

Vladimir P. Skobelev, PhD (law), docent; associate professor at the department of civil proceeding and labor law, faculty of law.
s_v_p@tut.by

вправе ли третейские суды рассматривать индивидуальные трудовые споры. В отечественной правовой доктрине по этому поводу можно встретить различные точки зрения: некоторые авторы полагают, что третейские суды компетентны разрешать подобные споры, другие же дают на указанный вопрос отрицательный ответ.

Обращение к правоприменительной практике показывает, что она является очень скудной по данному вопросу, однако даже имеющийся пример – пока единственное известное к настоящему времени и получившее определенный резонанс у юридической общественности дело¹ – свиде-

тельствует о неоднозначности подходов судей государственных судов различных инстанций к решению обозначенной проблемы², причем данные подходы зиждутся преимущественно на весьма зыбких правовых основаниях. В связи с этим изучение вопроса о подведомственности третейским судам индивидуальных трудовых споров представляет несомненную важность и актуальность, а методика исследования и сделанные по его результатам выводы (предложения) в полной мере могут быть использованы при решении проблемы отнесения к ведению третейских судов иных категорий дел.

Основная часть

Как известно, подведомственность спора третейскому суду определяется не только наличием заключенного сторонами в отношении этого спора доброкачественного третейского соглашения, но и соответствием самого спора тем установленным законодательством характеристикам (критериям), при соблюдении которых он может быть предметом третейского разбирательства [1, с. 187–195]. Такое соответствие, или, другими словами, допустимость спора в качестве предмета третейского разбирательства, в литературе еще называют арбитрабельностью спора [2, с. 137–139]. Применительно к заявленной теме исследования наибольший интерес для нас будет представлять именно этот второй критерий подведомственности дела третейскому суду – арбитрабельность спора.

Законодательное описание дел, которые могут рассматриваться третейскими судами, дано в ст. 19 Закона «О третейских судах». Эта норма гласит о том, что «третейский суд разрешает любые споры, возникающие между сторонами, заключившими третейское соглашение, за исключением споров, стороной которых является учредитель постоянно действующего третейского суда, созданного в качестве некоммерческой организации, либо юридическое лицо, обособленным подразделением (подразделением) которого является такой третейский суд, а также споров, непосредственно затрагивающих права и законные интересы третьих лиц, не являющихся сторонами третейского соглашения, и споров, которые не могут быть предметом третейского разбирательства в соответствии с законодательством Республики Беларусь или законодательством иностранного государства, если применение законодательства иностранного государства предусмотрено третейским соглашением или иным договором между сторонами».

Очевидно, что приведенная норма может быть редуцирована к следующему краткому правилу: третейские суды вправе рассматривать любые споры, за исключением случаев, предусмотренных белорусским (в том числе самой ст. 19 Закона «О третейских судах») или зарубежным (если оно подлежит применению) законодательством. Как видим, в ст. 19 Закона «О третейских судах» трудовые споры не названы среди дел, которые не могут передаваться на рассмотрение третейского суда. Нет прямого запрета на рассмотрение индивидуальных трудовых споров и в трудовом законодательстве, в частности Трудовом кодексе Республики Беларусь (далее – ТК). Отсюда напрашивается вполне закономерный вывод: индивидуальные трудовые споры могут разрешаться третейскими судами. К такому заключению приходят и многие представители отечественной юриспруденции [3, с. 32, 147–148; 4–6; 7, с. 138].

Вместе с тем другие исследователи указывают на то, что «предмет третейского разбирательства составляют исключительно споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений» [8, с. 189]. Свою точку зрения авторы не аргументируют, однако, судя по всему, она базируется на правовых позициях Конституционного Суда Республики Беларусь, изложенных им в решении от 7 июля 2011 г. № Р-619/2011 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь “О третейских судах”» (далее – решение № Р-619/2011). Уже во вводной части этого документа констатируется, что обращение в третейский суд является «одним из способов реализации конституционного права каждого защищать свои права и свободы от нарушений и противоправных посягательств в сфере гражданско-правовых отношений». Далее, в ч. 2 п. 1 решения № Р-619/2011 третейские суды определяются как

¹Его особенностью является то, что оно успело побывать предметом разбирательства по существу и в государственном, и в третейском суде, при этом вынесенное третейским судом решение затем еще обсуждалось государственным судом с точки зрения его возможной отмены.

²У состава третейского суда, рассматривавшего это дело, какие-либо сомнения относительно собственной компетенции на разрешение спора отсутствовали.

органы «защиты имущественных и неимущественных прав и охраняемых законом интересов физических и (или) юридических лиц в сфере гражданско-правовых отношений». Наконец, в ч. 2 п. 5 решения № Р-619/2011 Конституционный Суд обращает внимание на то, что «при определении компетенции третейских судов необходимо исходить из договорной природы третейского суда, что допустимо лишь в гражданско-правовых отношениях».

Юрист Е. С. Качицкая же непосредственно указывает, что трудовые споры не могут быть переданы на разрешение третейского суда, так как согласно ст. 233 ТК такие споры рассматриваются лишь комиссиями по трудовым спорам (далее – КТС) и государственными судами [9]. Весьма показательной иллюстрацией подобного подхода является следующий и, насколько нам известно, единственный пример из правоприменительной практики белорусских судов. По вине должностных лиц ОАО «Б.» – генерального директора Д. и директора филиала Б. – произошло незаконное увольнение работника данной организации С. Решением суда С. восстановлен на работе, при этом с ОАО «Б.» в пользу С. взысканы довольно крупные денежные суммы в виде заработной платы за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда и расходов по оплате помощи представителя, а в доход государства с ОАО «Б.» взыскана сумма государственной пошлины, которую С. как работник не платил. Поскольку 77 % уставного фонда ОАО «Б.» принадлежит государству, прокурор Октябрьского района г. Минска в целях возмещения причиненного организации материального ущерба предъявил в ее интересах в суд того же района г. Минска иск к Д. и Б. о взыскании с них соответствующих денежных сумм [10].

В судебном заседании представитель ОАО «Б.» заявил ходатайство о прекращении производства по делу на основании п. 7 ч. 1 ст. 164 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ГПК), так как ОАО «Б.» с каждым из ответчиков (Д. и Б.) заключило третейское соглашение о рассмотрении данного спора в постоянно действующем третейском суде при общественном объединении (ОО) «Минский столичный союз предпринимателей и работодателей». Несмотря на отрицательное мнение присутствовавшего в судебном заседании помощника прокурора Октябрьского района г. Минска, судья удовлетворил ходатайство и определением от 27 января 2014 г. производство по делу прекратил. Таким образом, судом Октябрьского района г. Минска было признано, что указанный индивидуальный трудовой спор третейским судам подведомствен.

Постоянно действующий третейский суд при ОО «Минский столичный союз предпринимателей и работодателей» данный трудовой спор рассмотрел

и решением от 2 апреля 2014 г. в удовлетворении исковых требований отказал по причине пропуска истцом годичного срока, установленного ч. 2 ст. 242 ТК для обращения нанимателя в суд по вопросам взыскания причиненного ему работником материального ущерба [11]. Однако в тот же самый день (2 апреля 2014 г.) президиум Минского городского суда по протесту прокурора г. Минска отменил указанное выше определение суда Октябрьского района г. Минска от 27 января 2014 г. о прекращении производства по делу, так как посчитал, что трудовые споры не могут быть предметом третейского разбирательства, и направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции [12]. Затем по заявлению прокурора Октябрьского района г. Минска определением суда Ленинского района г. Минска от 24 июня 2014 г., вынесенным в порядке гл. 34-1 ГПК, с аналогичной формулировкой было отменено и само третейское решение от 2 апреля 2014 г. [13]. Это определение суда вызвало крайне негативную реакцию и несогласие у председателя постоянно действующего третейского суда при ОО «Минский столичный союз предпринимателей и работодателей» В. А. Бородули, который, собственно, и рассматривал указанное дело в качестве третейского судьи. Но, как признается сам В. А. Бородуля, впредь, «исходя из данного опыта, постоянно действующий третейский суд при ОО “МССПиР” вынужден отказывать в принятии к рассмотрению трудовых споров» [14].

Чтобы разобраться в поднятой проблеме, необходимо прежде всего проанализировать аргументы противников подведомственности трудовых споров третейским судам. Позиция Конституционного Суда Республики Беларусь, высказанная им в решении № Р-619/2011, базируется на той посылке, что третейское соглашение является гражданско-правовым договором (об этом утверждается в ч. 3 п. 1 и ч. 2 п. 4). А коль скоро это так, то и использование данного соглашения Конституционный Суд вполне закономерно допускает исключительно только в сфере гражданско-правовых отношений: «...при определении компетенции третейских судов необходимо исходить из договорной природы третейского суда, что допустимо лишь в гражданско-правовых отношениях» (ч. 2 п. 5 решения № Р-619/2011). Несмотря на всю кажущуюся логичность рассуждений и выводов Конституционного Суда, согласиться с ними очень сложно.

Во-первых, определяя третейское соглашение в качестве гражданско-правового договора, Конституционный Суд фактически воспроизводит положения так называемой договорной (контрактной, консенсуальной) теории третейского разбирательства (арбитража). Однако это не единственная существующая в научной доктрине теория, во внимание следует принимать еще как минимум две

ставшие уже хрестоматийными теории – процессуальную и смешанную [1, с. 1–12; 7, с. 32–36; 15, с. 59–67; 16, с. 18–54], которые подчеркивают присутствие в третейском разбирательстве элементов публично-правового, процессуального характера, не позволяющих сводить третейское соглашение к обычному гражданско-правовому договору. К слову, большинство стран мира при регулировании третейского разбирательства исходит именно из смешанной теории данного феномена.

Рассматривать третейское соглашение как гражданско-правовой договор не позволяет и белорусское законодательство. Согласно п. 1 и 2 ст. 390 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении *гражданских* прав и обязанностей, к договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках. Статья 154 ГК определяет сделку как действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение *гражданских* прав и обязанностей. Таким образом, гражданско-правовой договор (сделка) направлен на получение *гражданско-правового* (т. е. материально-правового) результата, в то время как третейское соглашение всегда влечет за собой последствия совсем иного, *процессуального*, характера: изъятие спора из компетенции одного юрисдикционного органа (государственного суда) и передачу его на рассмотрение другого органа (третейского суда). Процедура третейского разбирательства тоже мало чем напоминает деятельность по исполнению договора (о каком бы типе договора мы ни говорили), причем даже если допустить, что третейские судьи являются его участниками. Наконец, не стоит забывать о том, что феномен третейского разбирательства возник задолго до появления государства [17, с. 3–5; 18, с. 1] и, следовательно, гражданско-правового, а значит, искать в последнем объяснение природы третейского разбирательства как минимум некорректно.

Во-вторых, Конституционный Суд в своем решении, очевидно, хотел отразить идею о том, что природа юрисдикционного органа не может не оказывать влияния на его предметную компетенцию: раз в третейском суде проявляются договорные начала, то и рассматривать споры он вправе только из тех правоотношений, которые строятся на аналогичных договорных принципах. Идея, безусловно, разумная и заслуживающая внимания. Удивление вызывает только то, что такие договорные начала, или, как сказано в ч. 2 п. 5 решения № Р-619/2011, «начала инициативы и диспозитивности», Конституционный Суд усматривает исключительно лишь в сфере гражданско-правовых отношений, хотя подобные начала, на что совершенно верно обратил внимание В. С. Каменков [4], объективно при-

сутствуют и в правоотношениях иной отраслевой принадлежности – трудовых, семейных, земельных и многих других.

В-третьих, поскольку предметом обсуждения являлся вопрос о подведомственности, Конституционному Суду следовало не увлекаться теоретизированием, а обратиться к непосредственному содержанию соответствующих норм Закона «О третейских судах», так как вопросы подведомственности – это в первую очередь вопросы содержания предписаний норм позитивного права. Даже если предписания законодательства расходятся с какими-то рациональными теоретическими конструкциями относительно распределения дел между юрисдикционными органами, от этого данные предписания не становятся менее обязательными для исполнения. В ст. 19 Закона «О третейских судах» однозначно сказано, что третейский суд «разрешает любые споры», т. е. ограничений по отраслевой принадлежности споров нет. Если бы законодатель подобные ограничения хотел ввести, то он, скорее всего, об этом так прямо и написал бы в тексте закона, как это было раньше, до вступления в силу Закона «О третейских судах», когда ст. 39 ГПК и ст. 1 прил. 3 к ГПК непосредственно указывали, что на рассмотрение третейского суда могут передаваться лишь споры из гражданских правоотношений. «Додумывать» же и «дописывать» за законодателя нормы права Конституционный Суд не компетентен. Поэтому мы разделяем сомнения В. С. Каменкова относительно правомочности Конституционного Суда «в порядке обязательного предварительного контроля конституционности законов жестко определять сферу действия этих законов» [4].

В-четвертых, значение высказанных Конституционным Судом в решении № Р-619/2011 правовых позиций нивелируется противоречивостью самого этого документа. Так, подвергая в ч. 2 п. 8 решения № Р-619/2011 критике тот факт, что одновременно с принятием Закона «О третейских судах» законодатель не предусмотрел изменения норм ГПК, регламентирующих вопросы организации и деятельности третейского суда, Конституционный Суд указывает на то, что это может привести к неопределенности в практике применения Закона «О третейских судах» – «в частности, по вопросам отнесения к компетенции третейских судов иных споров, в том числе вытекающих из трудовых и семейных отношений». Но дело в том, что на момент принятия Закона «О третейских судах» в ГПК прямо и однозначно говорилось о том, что на рассмотрение третейского суда можно передавать только гражданско-правовые споры, а «иные споры, в том числе вытекающие из трудовых и семейных отношений, не могут быть предметом рассмотрения третейского суда» (ст. 39 ГПК, ст. 1 прил. 3 к ГПК). Получается, что Конституционный Суд эти огра-

ничения критикует и считает, что в ГПК компетенция третейских судов должна быть определена точно так же широко, как это сделано в ст. 19 Закона «О третейских судах»: «третейский суд разрешает любые споры». Однако тем самым Конституционный Суд явно приходит в противоречие со своими другими правовыми позициями, высказанными относительно компетенции третейских судов в решении № Р-619/2011.

Далее, следует обратить внимание на аргументацию, приведенную в постановлении президиума Минского городского суда от 2 апреля 2014 г., которым было отменено определение суда Октябрьского района г. Минска от 27 января 2014 г. о прекращении производства по делу в связи с заключением между ОАО «Б.» и гражданами Д., Б. третейских соглашений (примечательно, что данная аргументация дословно воспроизводит доводы принесенного прокурором г. Минска надзорного протеста). Так, в постановлении президиума говорится о том, что «согласно ст. 241 ТК Республики Беларусь непосредственно в суде рассматриваются трудовые споры по заявлениям нанимателей о возмещении причиненного работниками материального вреда. На основании ст. 37 ГПК Республики Беларусь споры, возникающие из трудовых отношений, подведомственны судам. В силу ст. 1 п. 18 ГПК Республики Беларусь суд – любой организованный на законных основаниях общий суд Республики Беларусь, рассматривающий дела коллегиально или единолично. Таким образом, в соответствии с законодательством о труде и гражданским процессуальным законом возникший спор подведомственен общему суду и не может быть предметом третейского разбирательства». Точно такие же основания были приведены и в определении суда Ленинского района г. Минска от 24 июня 2014 г., отменившем решение постоянно действующего третейского суда при ООО «Минский столичный союз предпринимателей и работодателей» от 2 апреля 2014 г.

Изложенная аргументация не выдерживает никакой критики: прокуратура и судебные инстанции попросту тенденциозно «выдернули» правовые нормы из контекста соответствующих актов законодательства и затем сугубо формально, в противоречии с их действительным смыслом, истолковали. Статья 241 ТК действительно говорит о рассмотрении непосредственно в суде трудовых споров о возмещении нанимателям причиненного работниками вреда, однако речь здесь идет о разграничении компетенции лишь между государственным судом и КТС, не более того. Статья 37 ГПК также относит споры из трудовых правоотношений к подведомственности государственных судов. Тем не менее ст. 37 ГПК посвящена регулированию правил не исключительной, а общей судебной подведомственности, т. е. перечисляет дела, которые суды в принципе (вообще) компетентны рассма-

тривать. Если толковать эту норму иначе (как это сделали прокуратура и судебные инстанции в описанном нами казусе), то придется признать, что третейские суды не вправе рассматривать споры и из гражданских правоотношений, поскольку подобного рода споры тоже упомянуты в ст. 37 ГПК. К тому же нельзя забывать, что в ГПК наравне со ст. 37 есть еще ст. 39, которая прямо допускает возможность передачи споров на разрешение третейского суда. Таким образом, положения ст. 241 ТК и ст. 37 ГПК не могут служить основанием для исключения из подведомственности третейских судов индивидуальных трудовых споров.

Правда, стоит сказать, что аргументация сторонников противоположной точки зрения, в частности В. А. Бородули, тоже не лишена недостатков. Так, он говорит о том, что государственным судом при отмене третейского решения не были учтены следующие обстоятельства: 1) кроме государственного суда и КТС рассматривать трудовые споры в силу ч. 1 ст. 251 ТК могут органы примирения, посредничества и арбитража; 2) из определения термина «подведомственность» в п. 9 ст. 1 ГПК следует, что споры могут разрешать различные органы и организации; 3) в Едином правовом классификаторе Республики Беларусь, утвержденном Указом Президента Республики Беларусь от 4 января 1999 г. № 1, деятельность третейского суда отнесена к разделу 01.06 «Законодательство об органах судебной власти. Судостроительство. Статус судей», вследствие чего в законодательстве под термином «суд» нужно понимать как государственный, так и третейский суд; 4) в ч. 10 ст. 10 Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» сформулировано правило о том, что новый (принятый позднее) нормативный правовой акт имеет большую юридическую силу по отношению к ранее принятому (изданному) по тому же вопросу нормативному правовому акту того же государственного органа (должностного лица).

Однако право органов примирения, посредничества и арбитража на рассмотрение трудовых споров само по себе еще не говорит о том, что таким же правом обладают и третейские суды, поскольку действие ст. 251 ТК на последние не распространяется. Ссылки на определение термина «подведомственность» из п. 9 ст. 1 ГПК тоже недостаточно, так как оно не предпрещает решения вопроса о распределении тех или иных категорий дел между юрисдикционными органами, такое распределение зависит от содержания конкретных норм о предметной компетенции, закрепленных в ГПК и других актах законодательства. По поводу третьего аргумента В. А. Бородули стоит заметить, что структура Единого правового классификатора Республики Беларусь к настоящему времени изменилась и законодательство о третейских судах

выделено в самостоятельный раздел 02.16. Думается, это произошло не случайно, так как третейские суды не относятся к органам судебной власти и не входят в систему судостроительства, поэтому под термином «суд» в действующем законодательстве всегда понимался и понимается именно государственный суд¹, если, конечно, в соответствующем нормативном правовом акте не оговорено иное². В таком же значении употребляется термин «суд» и в ТК, в пользу чего дополнительно свидетельствует и тот факт, что ТК был принят в период, когда законодательство (ст. 1 прил. 3 к ГПК) прямо запрещало передавать в третейские суды трудовые споры.

Наконец, при изложении своего четвертого довода В. А. Бородуля упустил из виду норму ч. 6 ст. 10 Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»: кодексы имеют большую юридическую силу по отношению к другим законам. Иными словами, если какой-то кодекс исключает из компетенции третейских судов трудовые споры, то предписания ст. 19 Закона «О третейских судах» здесь будут бессильны. В свете сказанного самого серьезного внимания и обсуждения заслуживает мнение Е. С. Качицкой о том, что трудовые споры третейским судам неподведомственны, так как среди органов рассмотрения трудовых споров ст. 233 ТК называет лишь КТС и государственные суды [9]. Действительно ли ст. 233 ТК устанавливает запрет на передачу трудовых споров в третейский суд?

Отвечая на данный вопрос, прежде всего следует сказать, что ТК, как уже отмечалось выше, разрабатывался в период, когда третейские суды действительно не имели права рассматривать трудовые споры, соответственно, о третейских судах не могла изначально упоминать и анализируемая ст. 233 ТК. В настоящее время Закон «О третейских судах» кардинальным образом изменил регулирование компетенции третейских судов, тем не менее ст. 233 ТК сохраняет свою прежнюю редакцию. Является ли это свидетельством того, что законодатель по-прежнему считает трудовые споры неарбитрабельными? Полагаем, что на этот вопрос не стоит спешить давать положительный ответ. В практике нормотворчества, особенно по вопросам подведомственности, достаточно часто имеет место феномен так называемого запаздывания (инертности) правотворческих органов в деятельности по согласованию нормативных правовых актов между собой. Примеров тому существует немало. Так, в результате недавно проведенной в области судостроительства реформы на базе общих и хозяйственных судов

была создана единая новая система судов общей юрисдикции, однако упоминания об общих и хозяйственных судах были изъяты далеко не из всех нормативных правовых актов Республики Беларусь. Более того, в силу инертности мышления даже сами ученые и практические работники по-прежнему употребляют старую терминологию (в частности, оперируют термином «общие суды») [8, с. 189; 19], хотя со строго юридической точки зрения это является ошибкой. Другой пример: Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 58-З «О медиации» прямо допустил применение медиации в отношении споров, возникающих из трудовых правоотношений (см. п. 1 ст. 2), тем не менее в ТК упоминание о медиации отсутствует до сих пор, на что совершенно верно обратили внимание уже многие отечественные специалисты [3, с. 147–148; 20, с. 26–27].

Таким образом, отсутствие упоминания о третейских судах в ст. 233 ТК, на наш взгляд, есть результат банальной несогласованности норм ТК с положениями Закона «О третейских судах». Более того, ст. 233 ТК демонстрирует несогласованность и другого рода. Из буквального содержания данной статьи следует (на этот момент обращает внимание и В. С. Каменков [21]), что любой индивидуальный трудовой спор непременно проходит две юрисдикционные инстанции – КТС и суд, однако положения ст. 234, 236 и 241 ТК свидетельствуют о том, что это далеко не всегда так. В тексте ст. 233 ТК не учтено и то обстоятельство, что согласно ст. 251 ТК трудовые споры могут (по крайней мере теоретически, поскольку практика применения ст. 251 ТК пока отсутствует [3, с. 31, 96]) быть предметом рассмотрения в органах примирения, посредничества и арбитража [22]. Кроме того, правило ст. 233 ТК (хотя об этом в нем ничего не сказано) не лишает работников права на обращение за защитой своих интересов в прокуратуру, профсоюзы, Департамент государственной инспекции труда Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь [23]. Наконец, ни ст. 233, ни какие-либо иные нормы ТК не упоминают о недавно появившейся возможности разрешения трудовых споров нотариатом – взыскании начисленной, но не выплаченной работникам заработной платы в соответствии с абзацем 4 ч. 1 п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 11 августа 2011 г. № 366 «О некоторых вопросах нотариальной деятельности». Таким образом, проблема состоит в том, что ст. 233 ТК уже морально устарела и не дает адекватного представления о существующих формах и способах защиты прав субъектов трудовых правоотношений. В этом плане следует согласиться с предложением О. С. Курылёвой

¹В этом плане позиция Конституционного Суда, высказанная им в решении № Р-619/2011, по поводу того, что норма ст. 60 Конституции Республики Беларусь о праве на судебную защиту относится также и к третейским судам (см. ч. 2 п. 2 решения № Р-619/2011), кажется нам достаточно натянутой и искусственной.

²Примером такого нормативного правового акта может служить ГК, поскольку в п. 1 ст. 10 сказано, что под термином «суд» в ГК нужно понимать как государственный, так и третейский суд.

о необходимости закрепления в ТК общих положений о формах (способах) защиты трудовых прав [20, с. 28–29], которые, на наш взгляд, должны включать в себя и указание на возможность обращения заинтересованных лиц в третейские суды.

В пользу подведомственности третейским судам трудовых споров можно привести и ряд других аргументов. Так, законодатель предусматривает разрешение трудовых споров в КТС, хотя она является весьма неэффективным юрисдикционным органом (по вполне очевидным причинам в подавляющем большинстве случаев КТС принимает решения не в пользу работников), за что подвергается справедливой критике в литературе [21; 24; 25, с. 10]. В связи с этим более чем странно было бы не допускать рассмотрения трудовых споров третейскими судами – органами, обеспечивающими участникам конфликтов несравнимо большие юридические гарантии, чем КТС. Кроме того, определенные преимущества третейские суды имеют и по сравнению с государственными судами, а следовательно, могут вполне достойно конкурировать с последними в области разбирательства трудовых дел.

Конечно, рассмотрение трудового спора в третейском суде, в отличие от государственного суда и КТС, будет сопряжено для работника с определенными затратами (если ч. 4 ст. 241 ТК освобождает работников от уплаты судебных расходов, то гл. 5 Закона «О третейских судах» не делает для сторон никаких изъятий по несению расходов, связанных с третейским разбирательством), невозможностью пересмотра третейского решения государственным судом по существу (отмена решения третейского суда возможна лишь по узкому кругу оснований, предусмотренных ст. 458-4 ГПК), отсутствием возможности автоматического приведения третейского решения в исполнение (для исполнения третейского решения необходимо получить в государственном суде исполнительный лист) и пр. Но ведь использование третейской формы защиты носит добровольный характер, а потому, решаясь на заключение третейского соглашения, работник сознательно принимает на себя риск претерпевания соответствующих последствий.

Нужно также сказать, что индивидуальные трудовые споры вполне арбитрабельны: в них отсутствуют какие-либо публично-правовые элементы (интересы), которые не позволяли бы разрешать (урегулировать) эти споры путем использования частноправовых механизмов. Именно поэтому законодатель и предусматривает возможность разрешения (урегулирования) трудовых споров посредством применения негосударственных юрисдик-

ционных форм – КТС (ст. 233 КТС), органов примирения, посредничества и арбитража¹ (ст. 251 ТК), а также медиации (п. 1 ст. 2 Закона Республики Беларусь от 12 июля 2013 г. № 58-З «О медиации»). Неарбитрабельными можно считать, наверное, лишь трудовые споры с участием работников, выполняющих публично значимые функции (государственные служащие и т. п.), особенно в свете того, что ч. 2 ст. 10 Закона «О третейских судах» запрещает государственным органам (в нашем случае – второй стороне трудового конфликта, т. е. нанимателю) заключать третейское соглашение. Об арбитрабельности трудовых споров свидетельствует и зарубежный опыт: в ряде стран (Австрия, Бельгия, Норвегия, Польша, Саудовская Аравия, Таиланд, Франция, США) все или отдельные категории трудовых споров могут быть предметом третейского разбирательства [26, с. 60–62].

Таким образом, на наш взгляд, у судебных инстанций Республики Беларусь не было достаточных оснований для того, чтобы признать спор между ОАО «Б.» и Д., Б. неподведомственным третейскому суду. Нельзя квалифицировать передачу данного спора на рассмотрение третейского суда и в качестве некоего злоупотребления правом со стороны заключивших третейские соглашения лиц – как их попытку уклониться от имущественной ответственности. Из содержания решения постоянно действующего третейского суда при ОО «Минский столичный союз предпринимателей и работодателей» от 2 апреля 2014 г. видно, что срок исковой давности по данному спору являлся истекшим не только на момент обращения истца в третейский суд, но и на момент изначального предъявления прокурором иска в суд Октябрьского района г. Минска.

Единственное, что может вызывать сомнения в правомерности рассмотрения анализируемого дела третейским судом, так это наличие у представителя ОАО «Б.» надлежащих полномочий на заключение третейских соглашений с Д. и Б. Согласно уставу ОАО «Б.» решение вопросов о привлечении к материальной ответственности генерального директора относится к исключительной компетенции наблюдательного совета. Между тем третейские соглашения от имени ОАО «Б.» были заключены с Д. и Б. юрисконсульт М., который действовал на основании доверенности от 26 августа 2013 г., выданной генеральным директором предприятия Д. (к слову, на основании этой же доверенности юрисконсульт выступал от имени ОАО «Б.» во всех юрисдикционных органах, рассматривавших дело). По этой причине прокуратура и судебные инстанции посчитали, что Д. не имел права делегировать

¹Органы арбитража хоть и не являются третейскими судами в буквальном смысле этого слова (соответственно, на них не распространяется Закон «О третейских судах»), однако по своей природе очень близки к ним. Об этом свидетельствует тот факт, что порядок обжалования решений трудовых арбитражей по коллективным трудовым спорам (гл. 34-2 ГПК) практически идентичен порядку обжалования решений третейских судов (гл. 34-1 ГПК).

полномочия на заключение третейских соглашений юриконсульту М. Заметим, однако, что указанное обстоятельство (и это упустили из виду прокуратура и судебные инстанции) никак не влияло на действительность третейского соглашения, заключенного между ОАО «Б.» и Б. Более того, данное обстоятельство не могло оказать влияния и на действительность третейского соглашения между ОАО «Б.» и Д., поскольку полномочие по решению вопросов о привлечении генерального директора к материальной ответственности (закрепленное в уставе за наблюдательным советом) и полномочие на заключение третейского соглашения (прописанное в доверенности) представляют собой совершенно разные вещи: первое является полномочием материально-правового характера (оно реализуется путем издания приказа или иного документа), второе – полномочием процессуального характера. Соответственно, второе полномочие не охватывается содержанием первого. Поэтому если Д., как генеральный директор, имел право выдавать доверенности на ведение от имени ОАО «Б.» дел в судах и иных органах (а такие доверенности традиционно предусматривают и право на заключение третейского соглашения), то никаких сомнений в действительности третейских соглашений, заключенных между ОАО «Б.» и Д., Б., быть не должно.

В то же время рассмотренный казус демонстрирует определенные нарушения законности со стороны прокуратуры. Прежде всего прокуратура не должна была предъявлять иск в интересах ОАО «Б.», поскольку приказ Генерального прокурора Республики Беларусь от 27 марта 2009 г. № 27 «Об организации надзора за соответствием закону судебных постановлений по гражданским делам» ориентирует прокуроров на предъявление исков лишь в интересах государственных юридических лиц, между тем в уставном фонде ОАО «Б.» государству принадлежит только 77 %. Кроме того, большие сомнения вызывает право прокурора на подачу заявления об отмене решения третейского суда, так как ч. 1 ст. 46 Закона «О третейских судах» и ч. 1 ст. 458-1 ГПК позволяют подавать данное заявление только сторонам третейского разбирательства [27, с. 270–271].

В завершение отметим, что для обеспечения беспрепятственной возможности разбирательства третейскими судами трудовых (равно как и любых других) дел требуется решить ряд следующих проблем:

- прямо указать в ТК третейские суды среди органов рассмотрения трудовых споров, а также оговорить их право применять сроки исковой давности по данным делам (в ТК эти сроки названы сроками обращения за разрешением трудовых споров);
- перечислить в ТК категории неарбитрабельных трудовых споров;
- закрепить в ТК положение о том, что обращение в третейский суд не требует соблюдения обязательного досудебного порядка разрешения спора в КТС;

- предусмотреть в Законе «О третейских судах» правило о недопустимости включения третейских оговорок (под угрозой признания их недействительными) в типовые формы договоров присоединения (каковыми на практике нередко являются и трудовые договоры), так как в этом случае присоединяющаяся сторона фактически лишена возможности повлиять на выбор формы защиты своих прав [28, с. 51–52]. В этом плане интерес представляет опыт Бельгии, где трудовые споры признаются арбитрабельными, если третейское соглашение заключено сторонами уже после возникновения спора [26, с. 62]. В то же время мы не можем признать верным мнение К. И. Кеник о том, что наличие в трудовом договоре условия о рассмотрении вытекающих из него споров в третейском суде уже само по себе (т. е. вне зависимости от механизма заключения трудового договора) ухудшает положение работника в сравнении с законодательством о труде [29];

- уточнить в Законе «О третейских судах» регулирование вопросов недействительности третейского соглашения. Так, в настоящее время по смыслу ст. 12 Закона «О третейских судах» получается, что заключение третейского соглашения в отношении неарбитрабельного спора не влечет за собой его недействительность, между тем суд Ленинского района г. Минска отменил решение третейского суда фактически именно по этой причине;

- обеспечить в ГПК более традиционное для мировой практики регулирование дерогационного эффекта третейского соглашения, при котором обращение одной из сторон третейского соглашения в государственный суд приводит к невозможности рассмотрения дела последним только при условии поступления от другой стороны соответствующего возражения. Сейчас же в силу п. 7 ч. 1 ст. 164 и п. 4 ст. 245 ГПК наличие третейского соглашения является безусловным препятствием для рассмотрения спора государственным судом. Помимо этого, п. 7 ч. 1 ст. 164 и п. 4 ст. 245 ГПК следует дополнить оговоркой о том, что третейское соглашение должно являться действующим, действительным и исполнимым [28, с. 48–51];

- дополнить ГПК нормами, которые позволили бы реализовать положения ст. 30 Закона «О третейских судах» о возможности принятия государственными судами мер обеспечения в отношении исков, рассматриваемых третейскими судами (по трудовым спорам, полагаем, очень актуальной может быть такая обеспечительная мера, как установление для нанимателя запрета принимать на должность уволенного работника новое лицо);

- регламентировать в Законе «О третейских судах» и ГПК такую форму взаимодействия третейских и государственных судов, как принятие последними мер по собиранию и обеспечению доказательств, необходимых для ведения дел в третейских судах

(ведь по трудовым спорам большинство доказательств находится у нанимателя, который вряд ли согласится предоставить их третейскому суду в добровольном порядке);

- установить взаимную преюдициальность решений государственных и третейских судов;
- законодательно исключить возможность обращения в суд с заявлением об отмене третейского решения прокурора и субъектов, упомянутых в ст. 85–87 ГПК;

• подробно урегулировать в ГПК порядок выдачи исполнительных листов на основании решений третейских судов, в том числе конкретизировать основания для отказа в выдаче исполнительного листа (скоррелировав их с основаниями для отмены третейских решений), а также предусмотреть в законодательстве срок давности предъявления к исполнению исполнительных листов, выданных на основании решений третейских судов [28, с. 53].

Заключение

Проведенное исследование позволяет сделать вывод, что индивидуальные трудовые споры являются арбитражными и подведомственны третейским судам. Для обеспечения беспрепятственного рассмотрения таких споров третейскими судами в законодательство необходимо внести следующие изменения и дополнения: указать в ТК третейские суды среди органов рассмотрения трудовых споров; перечислить в ТК категории неарбитражных трудовых

споров; уточнить в Законе «О третейских судах» регулирование вопросов недействительности третейского соглашения, а также изменить в ГПК подходы к регулированию дерогационного эффекта третейского соглашения; усовершенствовать порядок взаимодействия третейской и судебной форм защиты права по целому ряду моментов (вопросы доказывания и доказательств, обеспечения иска, преюдициальности, исполнения третейских решений) и др.

Библиографические ссылки

1. Курочкин С. А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М., 2007.
2. Грешников И. П., Крохалев С. В., Курочкин С. А. и др. Международный коммерческий арбитраж / под ред. В. А. Мусина, О. Ю. Скворцова. СПб., 2012.
3. Авдей А. Г., Агиевец С. В., Курылёва О. С. и др. Трудовые споры и их урегулирование / под ред. У. Хелльманна [и др.]. Минск, 2015.
4. Каменков В. С. Подведомственность споров третейским судам в Беларуси [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
5. Каменков В. С., Бельская И. А., Корочкин А. Ю. и др. Постатейный комментарий к Закону Республики Беларусь «О третейских судах» [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
6. Скобелев В. П. О возможности рассмотрения третейскими судами индивидуальных трудовых споров // Шості юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васюковського (до 150-річчя від дня його народження) : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 20–21 травня 2016 р.) / упоряд. і відповід. ред. І. С. Канзафарова. Одеса, 2016. С. 453–458.
7. Анищенко А. И., Данилевич А. С., Скобелев В. П. и др. Международный коммерческий арбитраж / под ред. У. Хелльманна [и др.]. Минск, 2017.
8. Самарин В. И., Мороз О. В., Авдей А. Г. и др. Основы альтернативного разрешения споров / под ред. О. В. Мороза [и др.]. Минск, 2016.
9. Качицкая Е. С. Третейское разбирательство [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
10. Архив суда Октябрьского района г. Минска. 2014. Дело № 2-321/14.
11. Решение третейского суда при общественном объединении «Минский столичный союз предпринимателей и работодателей» от 02.04.2014 г. (дело № 01/2014) [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
12. Архив Минского городского суда. 2014. Дело № 44г-43.
13. Решение третейского суда о взыскании ущерба, причиненного незаконным увольнением, отменено. Определение районного суда от 24.06.2014 г. [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
14. Бородуля В. А. Обзор и анализ некоторых отмененных решений третейских судов. Проблемы взаимодействия третейских и государственных судов [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
15. Лебедев С. Н. Международный торговый арбитраж // Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / сост. А. И. Муранов. М., 2009. С. 45–184.
16. Ануров В. Н. Третейское соглашение. М., 2009.
17. Скворцов О. Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005.

18. Волков А. Ф. Торговые третейские суды. СПб., 1913.
19. Рудь Р. Справедливость правосудия : интервью с Председателем Верховного Суда Валентином Сукало [Электронный ресурс] // СБ. Беларусь сегодня. URL: <https://www.sb.by/articles/spravedlivost-pravosudiya.html> (дата обращения: 28.07.2017).
20. Курылёва О. С. Сроки защиты индивидуальных трудовых прав в законодательстве государств – членов ЕАЭС // Трудовое и социальное право. 2016. № 3. С. 26–29.
21. Каменков В. С. Возможность медиации по индивидуальным трудовым спорам [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
22. Важенкова Т. Н. Примириительные процедуры в индивидуальных трудовых спорах [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
23. Греченков А. А., Григорьев В. А., Каменецкая И. Н. и др. Постатейный комментарий к Трудовому кодексу Республики Беларусь [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
24. Мошук С. В. Комиссия по трудовым спорам – недвижимое в подвижной среде [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
25. Кеник К. И. Судебная защита трудовых прав граждан : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Минск, 2000.
26. Минина А. И. Арбитрабельность: теория и практика международного коммерческого арбитража. М., 2014.
27. Скобелев В. П. О некоторых вопросах обращения прокурора в суд в порядке гражданского судопроизводства // Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции : сб. науч. тр. / редкол.: В. М. Хомич [и др.]. Минск, 2016. Вып. 9, т. 2. С. 269–275.
28. Скобелев В. П. Третейское разбирательство и отказ в возбуждении гражданского дела в государственном суде // Право.by. 2015. № 1. С. 48–54.
29. Кеник К. И. В трудовом договоре содержится условие о передаче индивидуальных трудовых споров между сторонами на рассмотрение третейского суда [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс : Беларусь / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

References

1. Kurochkin S. A. [Arbitration trial of civil cases in the Russian Federation: theory and practice]. Moscow, 2007 (in Russ.).
2. Greshnikov I. P., Krokhelev S. V., Kurochkin S. A., et al. [International Commercial Arbitration]. Saint Petersburg, 2012 (in Russ.).
3. Avdei A. G., Agievets S. V., Kuryleva O. S., et al. [Labor disputes and their settlement]. Minsk, 2015 (in Russ.).
4. Kamenkov V. S. [Jurisdiction of disputes to arbitration courts in Belarus] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
5. Kamenkov V. S., Bel'skaya I. A., Korochkin A. Y., et al. [Commentary to the Law of the Republic of Belarus «On Arbitration Courts»] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
6. Skobelev V. P. [On the possibility of consideration by arbitration courts of individual labor disputes]. *Shosti jurydychni dysputy z aktual'nyh problem pryvatnogo prava, prysvjacheni pam'jati Je. V. Vas'kova'kogo (do 150-richchja vid dnja jogo narodzhennja)* : materialy Mizhnar. nauk.-prakt. konf. (Odesa, 20–21 May, 2016). Odesa, 2016. P. 453–458 (in Ukrainian).
7. Anishchenko A. I., Danilevich A. S., Skobelev V. P., et al. [International Commercial Arbitration]. Minsk, 2017 (in Russ.).
8. Samarin V. I., Moroz O. V., Avdei A. G., et al. [Bases of alternative dispute resolution]. Minsk, 2016 (in Russ.).
9. Kachitskaya E. S. [Arbitration proceedings] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
10. Archives of the court of the Oktyabrsky district of Minsk. 2014. Case No. 2-321/14.
11. Decision of the Arbitration Court at the public association «Minsk Capital Union of Entrepreneurs and Employers» of 02.04.2014 (case No. 01/2014) [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
12. Archive of Minsk City Court. 2014. Case No. 44r.-43 (in Russ.).
13. The decision of the arbitration court to recover the damage caused by unlawful dismissal was canceled. Definition of the District Court of 24.06.2014 [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
14. Borodulya V. A. [Review and analysis of some canceled decisions of arbitration courts. Problems of interaction between arbitration and state courts] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
15. Lebedev S. N. [International Commercial Arbitration]. *Selected works on international commercial arbitration, international trade law, international private law, private maritime law*. Moscow, 2009. P. 45–184 (in Russ.).
16. Anurov V. N. [The arbitration agreement]. Moscow, 2009 (in Russ.).
17. Skvortsov O. Y. [Arbitration trial of business disputes in Russia: problems, trends, prospects]. Moscow, 2005 (in Russ.).
18. Volkov A. F. [Commercial arbitration courts]. Saint Petersburg, 1913 (in Russ.).
19. Rud' R. [Justice of justice : interview with the Chairman of the Supreme Court Valentin Sukalo]. *SB. Belarus today*. URL: <https://www.sb.by/articles/spravedlivost-pravosudiya.html> (date of access: 28.07.2017) (in Russ.).
20. Kuryleva O. S. [Terms of protection of individual labor rights in the legislation of the member states of the EAEU]. *Labor soc. law*. 2016. No. 3. P. 26–29 (in Russ.).
21. Kamenkov V. S. Possibility of mediation on individual labor disputes [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
22. Vazhenkova T. N. [Conciliation procedures in individual labor disputes] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).

23. Grechenkov A. A., Grigor'ev V. A., Kamenetskaya I. N., et al. [Commentary to the Labor Code of the Republic of Belarus] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
24. Moshchuk S. V. [Commission on labor disputes – motionless in a mobile environment] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
25. Kenik K. I. [Judicial protection of the labor rights of citizens] : avtoreferat dissertatsii... kandidata yuridicheskikh nauk : 12.00.05. Minsk, 2000 (in Russ.).
26. Minina A. I. [Arbitrability: theory and practice of international commercial arbitration]. Moscow, 2014 (in Russ.).
27. Skobelev V. P. [About some questions of the prosecutor's appeal to the court in the procedure of civil proceedings]. *Problemy ukrepleniya zakonnosti i pravoporyadka: nauka, praktika, tendentsii* : sb. nauchn. tr. Minsk, 2016. Issue 9, vol. 2. P. 269–275 (in Russ.).
28. Skobelev V. P. Arbitration proceedings and the denial of a civil in the state court. *Pravo.by*. 2015. No. 1. P. 48–54 (in Russ.).
29. Kenik K. I. [The employment contract contains a condition on the transfer of individual labor disputes between the parties for consideration by the arbitral tribunal] [Electronic resource]. *ConsultantPlus : Belarus*. LLC «YurSpektr», Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 03.08.2017.
Received by editorial board 03.08.2017.

УДК 347.6

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ВСПОМОГАТЕЛЬНЫХ РЕПРОДУКТИВНЫХ ТЕХНОЛОГИЙ

В. В. ШИЛКО¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет,
пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

С помощью семантического анализа рассматриваются специфические признаки вспомогательных репродуктивных технологий. Особое внимание уделяется исследованию мировых подходов к правовому регулированию методов репродуктивной медицины. На основе изучения государственной политики в области охраны семьи и здоровья делается вывод о целесообразности сохранения действующего медиализованного подхода Республики Беларусь к правовому регулированию вспомогательных репродуктивных технологий. Исходя из оценки белорусского рынка медицинских услуг, обосновывается необходимость расширения перечня используемых видов вспомогательных репродуктивных технологий в Законе Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях».

Ключевые слова: вспомогательные репродуктивные технологии; биомедицинские технологии; бесплодие; медицинская услуга.

THE CONCEPT AND TYPES OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES

V. V. SHYLKO^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

In the article the author examines the specific features of assisted reproductive technologies through semantic analysis. Particular attention is paid to the study of worldwide approaches to the legal regulation of methods of reproductive medicine. Based on the analysis of state policy in the field of family and health protection it is concluded that the current «medicalized» Belarusian approach to the legal regulation of assisted reproductive technologies should be maintained. Considering the assessment of the Belarusian market of medical services assessment, the necessity of expanding the list of used types of assisted reproductive technologies in the Law of the Republic of Belarus on assisted reproductive technologies is substantiated.

Key words: assisted reproductive technologies; biomedical technologies; infertility; medical services.

Специфика отношений в сфере применения вспомогательных репродуктивных технологий (далее – ВРТ), а также различные подходы зарубежных государств к их регулированию предопределяют отсутствие в международном праве их всесторонней правовой регламентации. На международном

уровне существует ряд актов (Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине (далее – Конвенция) от 4 апреля 1997 г. [1], Всеобщая декларация по биоэтике и правам человека от 19 октября 2005 г. [2]

Образец цитирования:

Шилко В. В. Понятие и виды вспомогательных репродуктивных технологий // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 52–59.

For citation:

Shylko V. V. The concept and types of assisted reproductive technologies. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 52–59 (in Russ.).

Автор:

Виктория Викторовна Шилко – преподаватель кафедры гражданского права юридического факультета.

Author:

Viktoryia V. Shylko, lecturer at the department of civil law, faculty of law.
vvshylko@gmail.com

и др.), которые устанавливают лишь общие начала и принципы правового регулирования в области применения достижений биологии и медицины.

До недавнего времени в Республике Беларусь отсутствовала специальная нормативно-правовая регламентация применения методов ВРТ. Наконец, 7 января 2012 г. был принят Закон Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях» (далее – Закон о ВРТ), который стал первым специальным нормативным правовым актом, устанавливающим правовые и организационные основы ВРТ и гарантии реализации прав пациентов при их использовании.

Согласно ст. 1 указанного закона ВРТ – это метод оказания медицинской помощи, при котором отдельные или все этапы зачатия и (или) раннего развития эмбриона (эмбрионов) до переноса его (их) в матку осуществляются в лабораторных условиях. Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) рассматривает ВРТ как все методы лечения или процедуры, которые включают в себя манипуляции *in vitro* с человеческими ооцитами, спермой и эмбрионами с целью добиться наступления беременности [3]. Акцент на целях применения ВРТ и неограниченность круга лиц, которые могут к ним прибегнуть, делают возможным использование ВРТ лицами, не страдающими бесплодием, но в силу иных причин (нетрадиционная сексуальная ориентация, отсутствие партнера и др.) не имеющими возможности родить ребенка. Очевидно, что подобный подход не согласуется с существующей в нашей стране государственной политикой в области охраны семьи и репродуктивного здоровья граждан. Возникает вопрос о целесообразности пересмотра подхода Республики Беларусь к определению ВРТ и установлению ограничений в их применении.

В зарубежной литературе тема ВРТ исследовалась в работах К. А. Кириченко, И. А. Диковой, Е. Г. Соловьева, А. Р. Пурге и др. Отдельные вопросы реализации лицами репродуктивных прав нашли отражение в трудах Н. С. Анцух, Д. Г. Василевича и др. Вместе с тем в Беларуси проблематика правового регулирования понятия и признаков ВРТ не изучена в достаточной мере. Целью настоящей статьи является анализ признаков ВРТ, правового регулирования данного понятия сквозь призму существующих подходов к их определению, а также рассмотрение целесообразности внесения изменений в действующее законодательство Республики Беларусь.

Семантический анализ понятия ВРТ позволяет выделить его основные признаки.

1. ВРТ – особый вид биомедицинских технологий. Научно-технический прогресс сделал возможным не только искусственное оплодотворение в лабораторных условиях, но и воздействие на генетический материал с использованием различного рода технологий и манипуляций.

В Великобритании с начала 2015 г. стало реальным проведение процедуры экстракорпорального оплодотворения (ЭКО) с использованием генетического материала трех лиц. Данный вид ВРТ позволяет семьям, в которых прослеживаются митохондриальные заболевания (связанные с дефектами ДНК митохондрий и передающиеся только по материнской линии), иметь здоровых детей. Он заключается в удалении в процессе оплодотворения *in vitro* дефектной митохондриальной ДНК из яйцеклетки матери и переносе оплодотворенного ядра в безъядерную яйцеклетку женщины-донора, которая предоставляет будущему организму свои здоровые митохондрии. Таким образом, Великобритания стала первой страной в мире, допускающей рождение ребенка от трех генетических родителей. Однако проект регламента проведения этой процедуры содержит оговорку о том, что донорство митохондрий само по себе не является достаточным основанием для обретения родительских прав в отношении ребенка [4]. В Мексике впервые успешно провели уникальную операцию с применением данной методики, в результате которой в апреле 2016 г. родился ребенок от трех родителей [5]. В январе 2017 г. в украинских СМИ стало известно о ребенке, который родился после пронуклеарного переноса ядер родителей в энуклеированную (лишенную собственного ядра) донорскую яйцеклетку [6] (до этого перенос проводился только в неоплодотворенных яйцеклетках, как в 2016 г. в Мексике).

Очевидно, развитие медицинских технологий опережает процесс изменения их правового регулирования. Как отмечается в литературе, вопросы о допустимости и пределах вмешательства в сущность человеческого индивида ставят право перед непростой дилеммой: с одной стороны, это безусловная польза и перспективность подобных исследований, с другой – их серьезная общественная опасность [7, с. 8]. Как пишут Р. В. Кравцов и Е. И. Караваяева, использование положительного потенциала биомедицинских технологий может поставить под сомнение соблюдение прав человека, а также привести к нивелированию института семьи, предоставляя возможность замены частей клеток для рождения ребенка с применением генетического материала трех лиц [7, с. 10].

Осознавая важность и необратимость процесса развития биомедицинских технологий, Международный комитет по биоэтике 4 апреля 1997 г. принял Конвенцию о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины (Конвенция о правах человека и биомедицине). В настоящее время ее участниками являются 22 государства – члена Совета Европы. Таким образом, действие Конвенции на Республику Беларусь не распространяется. Конвенция не содержит определения ВРТ и прямого регулирования

отношений в области их применения, однако устанавливает ограничения при обращении к ним. Согласно ст. 13 Конвенции вмешательство в геном человека, направленное на его модификацию, допустимо лишь в профилактических, диагностических или терапевтических целях и только при условии, что оно не направлено на изменение генома наследников данного человека [1].

Вмешательство в процесс естественного зачатия и рождения человека вызывает определенное осуждение и непризнание со стороны теологов. Русская православная церковь в официальном документе «Основы социальной концепции» (2000) указывает на то, что расширяющееся технологическое вмешательство в процесс зарождения человеческой жизни представляет угрозу для духовной целостности, физического здоровья личности, а также отношений между людьми. Вместе с тем к допустимым средствам репродуктивной медицины отнесено искусственное оплодотворение половыми клетками мужа, поскольку оно «не нарушает целостности брачного союза, не отличается принципиальным образом от естественного зачатия и происходит в контексте супружеских отношений» [8]. Таким образом, любые методы ВРТ, предполагающие использование донорского материала, а также суррогатное материнство категорически отрицаются церковью в силу их разрушительного влияния на устоявшиеся отношения между супругами и детьми.

2. ВРТ направлены на репродуктивное здоровье лиц, обращающихся за их применением. Законодательство Республики Беларусь не содержит определения термина «репродуктивное здоровье», однако ВОЗ трактует его как состояние полного физического, умственного и социального благополучия, а не просто отсутствие болезней или недугов во всех вопросах, касающихся репродуктивной системы, ее функций и процессов. Последнее условие подразумевает право мужчин и женщин быть информированными и иметь доступ к безопасным, эффективным и приемлемым методам планирования семьи по их выбору, равно как и к другим методам регулирования деторождения по их выбору, не противоречащим закону, а также право иметь доступ к соответствующим услугам в области охраны здоровья, которые позволили бы женщинам благополучно пройти через этап беременности и родов и предоставили бы супружеским парам наилучший шанс родить здорового младенца [9]. Таким образом, ВРТ направлены на охрану и поддержание репродуктивного здоровья граждан, с тем чтобы они могли иметь генетически родного ребенка.

3. Исследуемые методы репродуктивной медицины носят вспомогательный характер. «Толковый словарь русского языка» определяет слово «вспомогательный» как «подсобный, дополнительный» [10], что делает акцент на исключительности

применения подобных методов, их дополнительном по отношению к процессу естественного зачатия и (или) рождения ребенка характере, т. е. использовании в случае наличия проблемы бесплодия.

Всемирная организация здравоохранения трактует бесплодие как неспособность сексуально активной, не использующей контрацепцию пары забеременеть в течение одного года [3]. В конце 2016 г. в СМИ появилась информация о возможном внесении изменений в данное определение: бесплодными предлагают признавать также тех, у кого нет сексуальных отношений или партнера, с которым можно завести ребенка [11]. Таким образом, лицу предоставляется право на продолжение своего рода независимо от того, есть у него партнер или нет. Однако на данный момент ВОЗ официально не внесла изменения в определение бесплодия, указав, что в случае пересмотра Международной классификации болезней она по-прежнему будет придерживаться медицинской интерпретации термина «бесплодие» и это не приведет к новым рекомендациям по предоставлению медицинской помощи [12].

Специфический характер методов ВРТ проявляется в их вспомогательной роли по отношению к процессу не только зачатия и (или) рождения ребенка (т. е. в медицинской составляющей), но и обретения лицом (лицами), прибегнувшим (-ми) к методам ВРТ, родительских прав и обязанностей. По общему правилу правоотношения между родителями и детьми основываются на происхождении ребенка. Если при естественном рождении основанием для обретения правового статуса родителя служит сам факт появления на свет ребенка, то в отношениях в сфере применения ВРТ (в частности, когда еще одним субъектом выступает третье лицо – суррогатная мать либо донор генетического материала) используются правовые фикции [13].

С момента рождения ребенка может возникнуть ситуация правовой неопределенности: кто признается отцом и матерью ребенка, какие права и обязанности родители и ребенок имеют по отношению друг к другу? Белорусский законодатель в отношениях в сфере суррогатного материнства исходит из того, что матерью ребенка, рожденного суррогатной матерью, признается женщина, заключившая с последней договор суррогатного материнства; в свою очередь, отцом ребенка, рожденного суррогатной матерью, признается супруг женщины, заключившей с суррогатной матерью договор суррогатного материнства (ч. 5 ст. 52 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье от 9 июля 1999 г. № 278-З (далее – КоБС)).

При рождении ребенка, зачатого с помощью генетического материала донора, установление материнства и отцовства происходит иначе: женщина, родившая ребенка, зачатого из яйцеклетки другой

женщины, признается его матерью (за исключением случаев суррогатного материнства); отцом ребенка признается супруг женщины, давший свое согласие на применение к ней методов ВРТ (ч. 1, 4 ст. 52 КоБС).

Таким образом, в отличие от рождения ребенка естественным путем для наделения лица статусом родителя в отношениях в сфере суррогатного материнства одного факта рождения ребенка недостаточно: вынашивает и рождает ребенка суррогатная мать, однако юридических прав на него она не имеет. Подход белорусского законодателя в данном вопросе значительно отличается от российского, который закрепляет презумпцию материнства женщины, родившей ребенка, и согласно которому для получения статуса родителей потенциальным родителям необходимо согласие на это суррогатной матери [14]. Подобный подход представляется нам весьма спорным, поскольку в этом случае отсутствует защищенность прав супругов, воспользовавшихся услугами суррогатной матери, что противоречит самой сути и предназначению данного метода ВРТ.

На порядок обретения родительских прав и обязанностей в рассматриваемых отношениях не влияет и то, кто предоставил генетический материал: при рождении ребенка с использованием донорской яйцеклетки либо спермы донор генетического материала не вправе претендовать на признание его (ее) родителем рожденного ребенка (ч. 2 ст. 52 КоБС). Полагаем, что логика законодателя в правовом регулировании данных вопросов сводится к максимальному соблюдению интересов тех лиц, которые желают стать родителями, а не вступают в правоотношения в сфере применения ВРТ по иным причинам (стремление помочь бездетной паре родить ребенка, получить денежное вознаграждение за подобную помощь и т. д.).

Наличие заболеваний, влекущих за собой невозможность самостоятельного зачатия и (или) рождения здорового ребенка, существование генетических нарушений у лиц, обращающихся за применением ВРТ, а также желание повысить эффективность применяемых методов предопределяют появление новых видов вспомогательной репродукции. В мировой практике используется более десяти различных видов ВРТ: ЭКО и последующий перенос эмбриона в полость матки; инъекция сперматозоида в цитоплазму ооцита (далее – ИКСИ); рассечение оболочки эмбриона (хетчинг); криоконсервация спермы, ооцитов и эмбрионов, ткани яичника; донорство спермы, ооцитов и эмбрионов; суррогатное материнство; предимплантационная генетическая диагностика; получение сперматозоидов для ИКСИ; искусственная инсеминация обогащенной спермой мужа или донора; клонирование.

Согласно ст. 3 Закона о ВРТ вспомогательные репродуктивные технологии включают в себя лишь

ЭКО, суррогатное материнство и искусственную инсеминацию. Анализ услуг, оказываемых центрами вспомогательной репродуктивной медицины Республики Беларусь, позволяет сделать вывод о применении в нашей стране и иных видов ВРТ, несмотря на отсутствие их правового регулирования (ИКСИ, хетчинг и др.) [15–17]. Российский законодатель в приказе Министерства здравоохранения РФ от 30 августа 2012 г. № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» [18] к ВРТ (помимо названных в белорусском законодательстве) относит также ИКСИ (при наличии показаний – хетчинг), криоконсервацию половых клеток, тканей репродуктивных органов и эмбрионов, транспортировку половых клеток и (или) тканей репродуктивных органов. Полагаем, что в целях установления более полного и комплексного регулирования отношений в сфере репродуктивной медицины перечисленные методы вспомогательной репродукции должны найти отражение в Законе о ВРТ.

Медикализированный характер данных методов нашел отражение в определении ВРТ. Статья 1 Закона о ВРТ рассматривает вспомогательные репродуктивные технологии как метод оказания медицинской помощи. Вместе с тем такое определение ВРТ представляется весьма широким. В ст. 1 Закона Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. № 2435-XII «О здравоохранении» (далее – Закон о здравоохранении) медицинская помощь определяется как «комплекс медицинских услуг, направленных на сохранение, укрепление и восстановление здоровья пациента, включающий медицинскую профилактику, диагностику, лечение, медицинскую реабилитацию и протезирование, осуществляемый медицинскими работниками». Под медицинской услугой понимается медицинское вмешательство либо комплекс медицинских вмешательств, а также иные действия, выполняемые при оказании медицинской помощи. Таким образом, понятие медицинской помощи является более широким по отношению к термину «медицинские услуги». Применение ВРТ ставит своей целью преодоление проблемы бесплодия у пациента (пациентов) и предусматривает выполнение не только самой процедуры, но и сопутствующих действий, например по обследованию и осмотру лица, обратившегося за применением подобных методов. Полагаем, в определении ВРТ должна найти отражение цель применения рассматриваемых методов, с тем чтобы дефиниция непосредственно ограничивала круг субъектов, имеющих право прибегнуть к методам вспомогательной репродукции.

Указание в качестве цели ВРТ лечения бесплодия представляется не совсем корректным. Абзац 7 ч. 1

ст. 1 Закона о здравоохранении определяет лечение как комплекс медицинских услуг, направленных на устранение заболевания у пациента. Применение методов вспомогательной репродукции определяется наличием бесплодия у лица (лиц), которое может быть как относительным (причины заболевания могут быть устранены путем квалифицированного медицинского лечения), так и абсолютным (например, в случае отсутствия матки, деформации полости или шейки матки при врожденных пороках развития или в результате заболеваний и др., что объективно делает невозможным зачатие, вынашивание и (или) рождение ребенка). Применение ВРТ не устраняет саму проблему бесплодия (т. е. естественное зачатие не станет реальным), а делает возможным появление ребенка иным путем (например, с помощью услуг суррогатной матери). Учитывая это, полагаем целесообразным определять ВРТ как метод преодоления бесплодия.

Законодательство зарубежных государств также разнится в охвате этапов проведения процедур по применению ВРТ, что находит отражение в существующих определениях этого понятия. Так, в Республике Казахстан и Российской Федерации этапами применения ВРТ выступают зачатие и раннее развитие эмбриона [19; 20], в то время как подход белорусского законодателя допускает альтернативу. Этапами применения ВРТ признаются зачатие и (или) развитие эмбриона, что предоставляет более широкие возможности по применению вспомогательных репродуктивных технологий вне организма лица, обратившегося за применением ВРТ.

Считаем целесообразным внести соответствующее изменение в ст. 1 Закона о ВРТ, изложив определение ВРТ в следующей редакции: «Вспомогательные репродуктивные технологии – методы преодоления бесплодия, при которых отдельные или все этапы зачатия и (или) раннего развития эмбриона (эмбрионов) до переноса его (их) в матку осуществляются в лабораторных условиях».

Применительно к ВРТ в научных исследованиях используются два подхода: медикализированный и фамелизированный [22]. Первый из них при формулировке понятия ВРТ делает акцент на медицинской составляющей, определяя его как способ лечения бесплодия. Данный подход обуславливает применение методов репродуктивной медицины только в отношении лиц, которые не могут зачать и (или) родить ребенка естественным путем. Как отмечается в литературе, использование ВРТ направлено на коррекцию естественной репродуктивной деятельности человека, которая заключается в терапии бесплодия либо предупреждении рождения детей с наследственной патологией, т. е. может применяться лишь в отношении женщин либо гетеросексуальных пар [23].

Медикализированный подход является доминирующим в странах постсоветской модели правового регулирования отношений, возникающих при применении ВРТ, где они рассматриваются как «медицинские технологии» (Закон Республики Армения «О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека» от 11 декабря 2002 г. [21]); «методы терапии бесплодия» (приказ и. о. министра здравоохранения Республики Казахстан от 30 октября 2009 г. № 627 [19]); «методы лечения бесплодия» (ч. 1 ст. 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» [20]).

Второй подход к определению ВРТ, именуемый «фамелизированным», является более широким в понимании сущности используемых методов. Основное внимание уделяется применению ВРТ не как составляющей медицинской помощи, а как реализации субъективных прав личности: права на здоровье, права на создание семьи и реализацию репродуктивных прав. Данный подход получил распространение в связи с развитием правоотношений в сфере репродуктивной деятельности человека, появлением новых методов преодоления бесплодия, когда специалисты заговорили о перспективе формирования четвертого поколения прав человека, связанного с сохранением репродуктивного здоровья нации [24].

В контексте этого подхода применение ВРТ позволяет реализовать право на создание семьи не только лицам, которые состоят в браке и не имеют возможности естественным способом родить ребенка, но и тем, у кого есть желание стать родителями независимо от медицинских показаний. Как справедливо отмечается в юридической литературе, фамелизированный подход в определении ВРТ в случае законодательного закрепления может привести к их использованию лицами, состоящими в однополых союзах, а также одинокими мужчинами, желающими реализовать свое право на создание семьи [25, с. 22].

Статья 6 Закона о ВРТ позволяет прибегнуть к применению методов репродуктивной медицины лицам, у которых имеются показания (бесплодие, а также иные заболевания, делающие невозможным естественное зачатие и (или) рождение ребенка) и отсутствуют противопоказания к применению ВРТ. Таким образом, в национальном законодательстве доступ к применению методов ВРТ ограничен объективной невозможностью пары либо одинокой женщины иметь ребенка. Представляется спорным высказываемое в науке утверждение о том, что за каждым человеком должно быть признано право свободного доступа к репродуктивным технологиям независимо от наличия или отсутствия медицинских показаний [25, с. 24]. Обращение к методам ВРТ должно рассматриваться

как исключительная мера в отношении процесса деторождения, а не правило, позволяющее любому лицу воспользоваться услугами репродуктивной медицины по причине отсутствия полового партнера либо нежелания рожать ребенка самостоятельно.

Признавая прогрессивность фамилизированного подхода и его распространенность в зарубежных странах, считаем целесообразным сохранить существующий в Республике Беларусь медиализированный подход к правовому регулированию ВРТ. На наш взгляд, в силу исключительного характера подобных процедур (применение данных методов лишь в отношении лиц, не имеющих возможности самостоятельно зачать и (или) родить ребенка естественным путем) и с учетом традиционного понимания семьи расширение круга субъектов, которые могут прибегнуть к помощи репродуктивной медицины, не является целесообразным.

Таким образом, ВРТ не всегда направлены на лечение бесплодия (например, при абсолютном бесплодии). С нашей точки зрения, они служат методами преодоления бесплодия, что должно найти отражение в определении ВРТ, содержащемся в За-

коне Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях».

Законодательство Республики Беларусь к ВРТ относит ЭКО, суррогатное материнство, искусственную инсеминацию, оставляя вне поля правового регулирования иные медицинские виды данных технологий. С учетом анализа рынка медицинских услуг в сфере репродуктивной медицины полагаем необходимым предусмотреть в Законе о ВРТ возможность применения следующих методов: ИКСИ, преимплантационной диагностики, рассечения оболочки эмбриона (хетчинг), интрацитоплазматической инъекции морфологически нормального сперматозоида (ИМСИ).

Несмотря на тенденцию постепенного перехода к фамилизированному определению ВРТ, для Беларуси видится приемлемым сохранение существующего медиализированного подхода ввиду доминирования в национальном законодательстве традиционного понимания семьи, необходимости обеспечения вспомогательного, исключительного характера применяемых методов и, как следствие, допуска к ВРТ только определенной категории субъектов.

Библиографические ссылки

1. Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины : Конвенция о правах человека и биомедицине от 4 апреля 1997 года [Электронный ресурс]. URL: <http://evolutio.info/content/view/178/38/> (дата обращения: 25.04.2017).
2. Всеобщая декларация о биоэтике и правах человека от 19 октября 2005 года // Декларации [Электронный ресурс]. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/bioethics_and_hr.shtml (дата обращения: 26.04.2017).
3. Словарь терминов вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ), 2009 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2_ru.pdf?ua=1 (дата обращения: 01.05.2017).
4. Mitochondrial Donation. A consultation on draft regulations to permit the use of new treatment techniques to prevent the transmission of a serious mitochondrial disease from mother to child [Electronic resource]. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/285251/mitochondrial_donation_consultation_document_24_02_14_Accessible_V0.4.pdf (date of access: 23.04.2017).
5. Hamzelou J. Exclusive: World's first baby born with new «3 parent» technique // New Scientist [Electronic resource]. URL: <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/> (date of access: 23.04.2017).
6. В Украине впервые родился ребенок «от трех родителей» [Электронный ресурс]. URL: <https://health.unian.net/country/1728282-reproduktologi-zayavili-o-rojdenii-v-ukraine-pervogo-v-mire-rebenka-blagodarya-innovatsionnomu-metodu.html> (дата обращения: 24.04.2017).
7. Кравцов Р. В., Караваева Е. И. Биомедицинские технологии: вопросы правового регулирования и ответственности // Сиб. юрид. вестн. 2005. № 3. С. 7–12.
8. Основы социальной концепции Русской православной церкви [Электронный ресурс]. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html> (дата обращения: 04.05.2017).
9. Доклад Международной конференции по народонаселению и развитию (Каир, 5–13 сент. 1994 г.) [Электронный ресурс]. URL: http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_rus.pdf (дата обращения: 07.04.2017).
10. Словарь Ожегова. Толковый словарь русского языка [Электронный ресурс]. URL: <http://www.ozhegov.org/words/4413.shtml> (дата обращения: 01.05.2017).
11. Bodkin H. Single men will get the right to start a family under new definition of infertility [Electronic resource]. URL: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/19/single-men-will-get-the-right-to-start-a-family-under-new-defini/> (date of access: 15.05.2017).
12. Multiple definitions of infertility [Электронный ресурс]. URL: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/multiple-definitions/en/> (date of access: 15.05.2017).
13. Юрашевич Н. М., Ильина Е. В. Семейно-правовые фикции, регламентирующие использование репродуктивных технологий в Республике Беларусь, Российской Федерации и Республике Казахстан // КонсультантПлюс : Беларусь [Электронный ресурс]. Минск, 2017.
14. Семейный кодекс Российской Федерации от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ // КонсультантПлюс : Россия [Электронный ресурс] / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2017.

15. Эмбрио. Центр вспомогательной репродукции [Электронный ресурс]. URL: <http://www.embryo.by/ru/services/begin/> (дата обращения: 10.05.2017).
16. ЭКО. Центр репродуктивной медицины [Электронный ресурс]. URL: <http://ecocenter.by> (дата обращения: 10.05.2017).
17. Ева. Клиника женского здоровья [Электронный ресурс]. URL: <http://evaclinic.by/eco.html> (дата обращения: 10.05.2017).
18. О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению : приказ М-ва здравоохранения РФ от 30 авг. 2012 г. № 107н // КонсультантПлюс : Россия [Электронный ресурс] / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2017.
19. Об утверждении Правил проведения вспомогательных репродуктивных методов и технологий : приказ и. о. министра здравоохранения Республики Казахстан от 30 окт. 2009 г. № 627 : с изм. и доп. от 30 марта 2011 г. [Электронный ресурс]. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30530589#pos=4;-268 (дата обращения: 27.04.2017).
20. Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации : Федер. закон от 21 нояб. 2011 г. № 323-ФЗ // КонсультантПлюс : Россия [Электронный ресурс] / ЗАО «КонсультантПлюс». М., 2017.
21. О репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека : Закон Респ. Армения от 11 дек. 2002 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&lang=rus> (дата обращения: 27.04.2017).
22. Кириченко К. А. О двух подходах к пониманию правовой сущности вспомогательных репродуктивных технологий // Предпринимательство и право : информ.-аналит. портал [Электронный ресурс]. URL: <http://lexand-business.ru/view-article.php?id=32> (дата обращения: 27.04.2017).
23. Дикова И. А. К вопросу о субъектах правоотношений в сфере применения вспомогательных репродуктивных технологий // Юрист. 2008. № 11. С. 46–51.
24. Соловьев Е. Г. Репродуктивные права как элементы конституционных прав и свобод человека и гражданина : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.dissercat.com/content/reproduktivnye-prava-kak-elementy-konstitutsionnykh-prav-i-svobod-cheloveka-i-grazhdanina> (дата обращения: 04.04.2015).
25. Пурге А. Р. Правовое регулирование суррогатного материнства как метода вспомогательных репродуктивных технологий : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Душанбе, 2015.

References

1. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine : Convention on Human Rights and Biomedicine, 4 April, 1997. URL: <http://evolutio.info/content/view/178/38/> (date of access: 25.04.2017) (in Russ.).
2. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights 19 October, 2005. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/pdf/bioethics_and_hr.shtml (date of access: 26.04.2017) (in Russ.).
3. ICMART and WHO Revised Glossary on ART Terminology, 2009. URL: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2_ru.pdf?ua=1 (date of access: 01.05.2017) (in Russ.).
4. Mitochondrial Donation. A consultation on draft regulations to permit the use of new treatment techniques to prevent the transmission of a serious mitochondrial disease from mother to child. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/285251/mitochondrial_donation_consultation_document_24_02_14_Accessible_V0.4.pdf (date of access: 23.04.2017).
5. Hamzelou J. Exclusive: World's first baby born with new «3 parent» technique. *New Scientist*. URL: <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/> (date of access: 23.04.2017).
6. [In Ukraine the child «from three parents» for the first time was born]. URL: <https://health.unian.net/country/1728282-reproduktologi-zayavili-o-rojdenii-v-ukraine-pervogo-v-mire-rebenka-blagodarya-innovatsionnomu-metodu.html> (date of access: 24.04.2017) (in Russ.).
7. Kravtsov R. V., Karavayeva E. I. Biomedical technologies: problems of legal regulation and responsibility. *Sib. Law Herald*. 2005. No. 3. P. 7–12 (in Russ.).
8. Bases of the social concept of Russian Orthodox Church. URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html> (date of access: 04.05.2017) (in Russ.).
9. [Report of the International conference on the population and development (Cairo, 5–13 Sept., 1994)]. URL: http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_rus.pdf (date of access: 07.04.2017) (in Russ.).
10. Ojegov's dictionary. Explanatory dictionary of Russian. URL: <http://www.ozhegov.org/words/4413.shtml> (date of access: 01.05.2017) (in Russ.).
11. Bodkin H. Single men will get the right to start a family under new definition of infertility. URL: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/19/single-men-will-get-the-right-to-start-a-family-under-new-defini/> (date of access: 15.05.2017) (in Russ.).
12. Multiple definitions of infertility. URL: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/multiple-definitions/en/> (date of access: 15.05.2017).
13. Yurashevich N. M., Ilyina E. V. The family and legal fictions regulating use of reproductive technologies in Republic of Belarus, the Russian Federation and the Republic of Kazakhstan. *Konsul'tantPlus : Belarus*. Minsk, 2017 (in Russ.).
14. Family code of the Russian Federation, 29 Dec., 1995, No. 223-ФЗ. *Konsul'tantPlus : Russia*. Closed JSC «Konsul'tant-Plus». Moscow, 2017 (in Russ.).
15. Embryo. Centre of assisted reproduction. URL: <http://www.embryo.by/ru/services/begin/> (date of access: 10.05.2017) (in Russ.).
16. ECO. Center of reproductive medicine. URL: <http://ecocenter.by> (date of access: 10.05.2017) (in Russ.).
17. Eva. Clinic of female health. URL: <http://evaclinic.by/eco.html> (date of access: 10.05.2017) (in Russ.).

18. About an order of use of assisted reproductive technologies, contraindications and restrictions to their application : order of the Ministry of Health of Russian Federation, 30 August, 2012, No. 107н. *Konsul'tantPlus : Russia*. Closed JSC «Konsul'tantPlus». Moscow, 2017 (in Russ.).

19. About the approval of Rules of carrying out assisted reproductive methods and technologies : order of the deputy Minister of Health of the Republic of Kazakhstan, 30 Oct., 2009, No. 627. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30530589#pos=4;-268 (date of access: 27.04.2017) (in Russ.).

20. About bases of public health protection in the Russian Federation : Federal law, 21 Novemb., 2011, No. 323-ФЗ. *Konsul'tantPlus : Russia*. Closed JSC «Konsul'tantPlus». Moscow, 2017 (in Russ.).

21. About reproductive health and reproductive human rights : Law of the Repub. of Armenia, 11 Dec., 2002. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&lang=rus> (date of access: 27.04.2017) (in Russ.).

22. Kirichenko K. A. [On two approaches to understanding of legal nature of assisted reproductive technologies. *Predprinimatel'stvo i pravo* : inf.-anal. portal. URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=32> (date of access: 27.04.2017) (in Russ.).

23. Dikova I. A. [To a question of subjects of legal relationship in the sphere of assisted reproductive technologies applications]. *Yurist*. 2008. No. 11. P. 46–51 (in Russ.).

24. Solov'ev E. G. [Reproductive rights as elements of constitutional rights and freedoms of the person and citizen] : avtoreferat dissertatsii... kandidata yuridicheskikh nauk : 12.00.02. URL: <http://www.dissercat.com/content/reproduktivnye-prava-kak-elementy-konstitutsionnykh-prav-i-svobod-cheloveka-i-grazhdanina> (date of access: 04.04.2015) (in Russ.).

25. Purge A. R. [Legal regulation of surrogacy as method of assisted reproductive technologies] : dissertatsiya... kandidata yuridicheskikh nauk : 12.00.03. Dushanbe, 2015 (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 07.06.2017.
Received by editorial board 07.06.2017.

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

FINANCE LAW AND TAX LAW

УДК 347/73(476)

МНОГОСТОРОННЯЯ НАЛОГОВАЯ КОНВЕНЦИЯ ОТ 7 ИЮНЯ 2017 г. И НОВЫЕ МЕХАНИЗМЫ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ УКЛОНЕНИЯ И УХОДА ОТ УПЛАТЫ НАЛОГОВ В АСПЕКТЕ ИХ ПЕРСПЕКТИВНОГО ПРИМЕНЕНИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

С. К. ЛЕЩЕНКО¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Рассматриваются ключевые положения Многосторонней конвенции по имплементации мер противодействия *BEPS* в налоговых соглашениях от 7 июня 2017 г., посредством которой изменяются налоговые соглашения (конвенции) в отношении доходов и капитала в целях введения правовых механизмов противодействия уклонению и уходу от уплаты налогов. Изучена история ее разработки. Проанализированы последствия возможного присоединения Республики Беларусь к данной конвенции и реализации иных рекомендаций Организации экономического сотрудничества и развития, направленных на противодействие размыванию налоговой базы. Охарактеризован минимальный стандарт документа, в том числе цель договора и общее правило против уклонения от уплаты налогов, рассмотрены некоторые из ее факультативных положений. Приводится порядок уведомления депозитария об изменяемых двусторонних соглашениях, обсуждаются иные процедурные вопросы.

Ключевые слова: налог; соглашения об избежании двойного налогообложения; принцип однократного налогообложения; международное налогообложение; общее правило против ухода от налогов; размывание налоговой базы и увеличение прибыли; Многосторонняя конвенция по имплементации мер противодействия *BEPS* в налоговых соглашениях; уклонение от уплаты налогов; «трети шопинг»; ограничение применения налоговых льгот по соглашению; минимальный стандарт Многосторонней конвенции по имплементации мер противодействия *BEPS*; Организация экономического сотрудничества и развития.

Образец цитирования:

Лещенко С. К. Многосторонняя налоговая конвенция от 7 июня 2017 г. и новые механизмы предотвращения уклонения и ухода от уплаты налогов в аспекте их перспективного применения в Республике Беларусь // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 60–74.

For citation:

Leshchanka S. K. Multilateral Tax Convention as of 7 June 2017 and new mechanisms to combat tax evasion and avoidance in the aspect of their prospective application in the Republic of Belarus. *J. Belarus. State Univ. Law.* 2017. No. 3. P. 60–74 (in Russ.).

Автор:

Снежана Константиновна Лещенко – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности юридического факультета.

Author:

Snezhana K. Leshchanka, PhD (law), docent; associate professor at the department of financial law and legal regulation of economic activity, faculty of law.
leshchenk@bsu.by

MULTILATERAL TAX CONVENTION AS OF 7 JUNE 2017 AND NEW MECHANISMS TO COMBAT TAX EVASION AND AVOIDANCE IN THE ASPECT OF THEIR PROSPECTIVE APPLICATION IN THE REPUBLIC OF BELARUS

S. K. LESHCHANKA^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article examines key provisions of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS, signed on 7 June 2017, which makes amendments to bilateral tax treaties (conventions) in order to introduce legal mechanisms to combat tax evasion and avoidance. It studies history of the Multilateral Convention. There is analysis of consequences of implementation of the Multilateral Convention by the Republic of Belarus; study of Organization for Economic Cooperation and Development recommendations aimed at combating Base erosion and profit shifting and other forms of tax evasion and tax avoidance. The bilateral tax agreements of the Republic of Belarus have been analyzed with a view to their possible modification upon the accession of the Republic of Belarus to the Multilateral Convention. The minimum standard of the Convention is characterized, including the purpose of the treaty and the General anti-avoidance rule; some of the optional provisions are examined together with the procedure for notifying the depositary on the amended bilateral agreements and other related issues.

Key words: Tax; Double Taxation Treaties; single tax principle; international taxation; General anti-avoidance rule; prevention of Base erosion and profit shifting (BEPS); Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS; tax evasion; treaty shopping; principal purpose test; limitation of benefits; the minimum standard of the Multilateral Instrument; Organization for Economic Cooperation and Development.

Введение

В июне 2017 г. в Париже представителями 67 государств¹ в целях предупреждения уклонения от уплаты налогов в международных отношениях была подписана Многосторонняя конвенция по имплементации мер противодействия BEPS в налоговых соглашениях (англ. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*) (далее – Многосторонняя конвенция). В научных источниках она чаще именуется *Multilateral Instrument (MLI)* – Многосторонний инструмент [1].

Многосторонняя конвенция положила начало новому этапу в развитии международных налоговых отношений, поскольку нацелена на объединение усилий десятками государств в сфере борьбы с уклонением от уплаты налогов. По данным Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), потери от этого негативного явления в мире составляют 4–10 % поступлений от налога на прибыль, или от 100 до 240 млрд долл. США ежегодно [2, р. 2]. Конвенция изменяет действующие двусторонние соглашения об избежании двойного налогообложения, основанные на модельных налоговых конвенциях в отношении доходов и капитала ОЭСР, ООН и США (далее – МНК)², и реализует меры, направленные на предотвращение раз-

мывания налоговой базы и увеличения прибыли (англ. *base erosion and profit shifting* – BEPS).

Историческая справка. В июле 2013 г. Комитетом по финансовым вопросам ОЭСР был подготовлен и представлен «Большой двадцатке» (G20) План противодействия BEPS [3], что явилось результатом многолетней работы ОЭСР в сфере борьбы с ненадлежащей налоговой практикой в глобальном масштабе, начавшейся более 15 лет назад с подготовки доклада «Недобросовестная налоговая конкуренция: формирующаяся глобальная проблема» [4]. План представлял собой документ, содержащий комплекс мер по устранению пробелов и коллизий налогового законодательства, позволяющих скрывать полученную прибыль или перемещать ее в юрисдикции, где реальная деятельность осуществляется в незначительном объеме или вовсе не осуществляется, а налоги являются низкими. Он был основан на принципах согласованности и прозрачности международного налогообложения, нацелен на фундаментальные изменения международных налоговых стандартов и устанавливал сроки реализации предложенных мер. План был одобрен лидерами G20 в сентябре 2013 г. на саммите в Санкт-Петербурге [5]. В 2015 г., всего через два года работы

¹Количество юрисдикций составляет 68, поскольку Китайская Народная Республика подписала конвенцию за Гонконг.

²В настоящей работе в качестве синонимов для обозначения международных межправительственных налоговых соглашений в отношении доходов и капитала, заключенных на основе модельных (типовых) конвенций ОЭСР, ООН и США, используются понятия «налоговые соглашения в отношении доходов и капитала», «соглашения (конвенции) об избежании двойного налогообложения», «налоговые договоры».

представителей государств – членов ОЭСР и G20, был утвержден заключительный комплекс мероприятий по противодействию *BEPS* – многотомный документ финальных отчетов по каждому из 15 действий данного плана для решения проблем, обусловленных размыванием налоговой базы и выводом прибыли из-под налогообложения [6].

С этого момента в разработку мер, направленных на противодействие *BEPS*, были вовлечены не только государства – члены ОЭСР, но и множество других стран, как развитых, так и развивающихся, работа которых осуществлялась в рамках Объединенной структуры по *BEPS* (англ. *Inclusive Framework on BEPS*) [7]. Общее количество заинтересованных государств превысило 100 [8]. Как указывает Л. В. Полежарова, противодействие *BEPS* повлечет за собой реформирование в среднесрочной перспективе международной и локальных налоговых систем по 15 направлениям, создающее, по сути, наднациональное налоговое регулирование [9, с. 328].

Республика Беларусь не вошла в число стран, участвовавших в разработке мероприятий по противодействию *BEPS*. Тем не менее в условиях постоянного расширения международного экономического сотрудничества вступление в силу Многосторонней конвенции косвенно затронет интересы многих белорусских налоговых резидентов, осуществляющих внешнеэкономическую деятельность. В связи с этим целесообразно участие компетентных органов Республики Беларусь в детальной оценке Многосторонней конвенции, анализе позитивных и негативных последствий присоединения к ней, а также в определении возможных последствий корректировки национального налогового законодательства в случае принятия рекомендаций ОЭСР, направленных на недопущение размывания налоговой базы и иных форм уклонения от уплаты налогов.

Механизмы противодействия *BEPS* могут быть реализованы посредством осуществления совокупности следующих действий: 1) внесения изменений и дополнений в национальное налоговое законодательство; 2) непосредственного применения данных механизмов в связи с отражением в актах мягкого права, таких как Руководство ОЭСР по трансфертному ценообразованию [10]; 3) изменения двусторонних налоговых соглашений в результате вступления в силу *MLI*.

Многостороннюю конвенцию начали разрабатывать после обнародования в сентябре 2014 г. Промежуточного доклада по 15-му мероприятию противодействия *BEPS* [11], в котором была обозначена необходимость изменения двусторонних налоговых соглашений. На основе данного документа Комитетом по финансовым вопросам ОЭСР в фев-

рале 2015 г. был утвержден мандат [12], определяющий ключевые элементы для успешной разработки Многосторонней конвенции, в том числе: цель и сферу ее действия; порядок участия в работе по ее подготовке; орган, ответственный за подготовку; правила и процедуры работ, а также их финансирование. С одобрения министров финансов G20 и руководителей центральных банков этих стран была сформирована группа *ad hoc* в целях разработки *MLI*, открытая для участия всех заинтересованных государств [13].

В ноябре 2016 г. группа *ad hoc* приняла текст Многосторонней конвенции [1] и Пояснительную записку к ней, содержащую комментарии к каждой из ее статей, общий анализ ее положений и структуры [2].

После подписания *MLI* 7 июня 2017 г. наступил период прохождения внутригосударственных процедур, посредством которых стороны выражают согласие на обязательность для них данного международного договора. Вступление Многосторонней конвенции в силу ожидается в 2018 г., по истечении трех месяцев после получения депозитарием (ОЭСР) документов о ратификации или аналогичных инструментов от первых пяти государств. Конвенция открыта для подписания любыми государствами.

Сфера действия *MLI*. При подписании Многосторонней конвенции каждое из государств приводит перечень двусторонних налоговых соглашений, которые будут охватываться ею, с указанием их полных наименований, даты подписания и вступления в силу. Двустороннее налоговое соглашение только в том случае будет включено в сферу действия *MLI*, если оба государства, являющиеся его участниками, обозначат данный документ в своих перечнях. В противном случае действующее двустороннее соглашение изменению не подлежит.

По состоянию на сентябрь 2017 г. Многостороннюю конвенцию подписали 71 государство, число двусторонних налоговых соглашений, охватываемых ею, превысило 1100. При этом более чем 20 стран в соответствующих перечнях назвали двусторонние налоговые соглашения с Республикой Беларусь. Такие соглашения упоминают Армения (соглашение от 19 июля 2000 г. и протокол к нему от 19 мая 2016 г.), Бельгия (соглашение от 7 марта 1995 г.), Болгария (соглашение от 9 декабря 1996 г.), Великобритания (конвенция с СССР от 31 июля 1985 г.), Египет (соглашение от 16 июня 1998 г.), Израиль (конвенция от 11 апреля 2000 г.), Индия (соглашение с СССР от 20 ноября 1988 г. и изменяющий его протокол от 3 июня 2015 г.)¹, Ирландия (конвенция от 3 ноября 2009 г.), Кипр (соглашение от 29 мая 1998 г.), Китай (соглашение от 17 января 1995 г. и соглашение с Гон-

¹Очевидно, соглашение от 20 ноября 1988 г. указано Индией в Перечне оговорок и нотификаций ошибочно. Оно фактически утратило силу 17 июля 1998 г.; действуют соглашение от 27 сентября 1997 г. и изменяющий его протокол от 3 июня 2015 г.

конгом от 16 января 2017 г.), Литва (конвенция от 18 июля 1995 г.), Нидерланды (конвенция от 26 марта 1996 г.), Пакистан (конвенция от 23 июля 2004 г.), Польша (соглашение от 18 ноября 1992 г.), Румыния (конвенция от 22 июля 1997 г.), Сербия (конвенция от 30 января 1998 г.), Словакия (соглашение от 12 июля 1999 г.), Словения (конвенция от 6 октября 2010 г.), Турция (соглашение от 24 июля 1996 г.), Финляндия (соглашение от 18 декабря 2007 г.), Хорватия (соглашение от 11 июня 2003 г.), Чехия (соглашение от 14 октября 1996 г. и протокол к нему от 11 августа 2010 г.), Швеция (конвенция от 10 марта 1994 г.), ЮАР (соглашение от 18 сентября 2002 г.). Следовательно, если в будущем Республика Беларусь присоединится к Многосторонней конвенции и назовет одно из вышеперечисленных соглашений в списке охватываемых ею, конвенция будет распространять свое действие на такое соглашение.

Возможна и обратная ситуация. Например, Австрия в перечне охватываемых *MLI* соглашений указала налоговые соглашения, заключенные с 38 юрисдикциями [14], но Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Австрийской Республики об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество от 16 мая 2001 г. и протокол к нему от 24 ноября 2014 г. не упомянула. Следовательно, даже если Республика Беларусь при подписании Многосторонней конвенции назовет договор с Австрией от 16 мая 2001 г. в числе соглашений, охватываемых ею, действие конвенции распространяться на него не будет. Для того чтобы это произошло, Австрия должна расширить перечень соглашений, охватываемых *MLI*, включив в него налоговое соглашение с Республикой Беларусь.

Аналогичный механизм действует в отношении отдельных статей Многосторонней конвенции: для реализации ее конкретной нормы необходимо выраженное согласие обоих участников двустороннего налогового соглашения.

Ориентироваться в вопросе о подписантах и сторонах *MLI* помогает опубликованная на официальном сайте ОЭСР информация, которая постоянно обновляется [15], а также база данных соответствия (англ. *MLI matching database*) [16], позволяющая сравнить позиции двух государств при подписании конвенции и определить те положения, которые применимы для двух сторон. Кроме того, ОЭСР разработала документ, содержащий пошаговую инструкцию по реализации норм Многосторонней конвенции [17], следуя которой можно определить действие ее отдельных положений в конкретных отношениях.

1-й шаг: вступление в силу *MLI*. Вступила ли Многосторонняя конвенция в силу в отношении обоих государств (юрисдикций), являющихся сторонами соглашения об избежании двойного налогообложения?

2-й шаг: охватываемые соглашения. Упомянули ли оба государства соответствующее двустороннее соглашение в числе охватываемых *MLI*? Является ли конкретное соглашение действующим?

Положительные ответы на поставленные вопросы дают возможность перейти к следующему шагу.

3-й шаг: оговорки и альтернативные положения. Имеются ли оговорки к отдельным нормам *MLI*? (Если имеются, то соответствующие положения *MLI* неприменимы, действуют нормы ранее заключенных двусторонних налоговых договоров.) Избрали ли оба государства одни и те же альтернативные положения? (Если да, то эти положения *MLI* могут применяться к обоим государствам. Ответ *нет* означает, что *MLI* не применяется, действуют нормы ранее заключенных двусторонних налоговых договоров.)

4-й шаг: уведомления об изменении существующих положений Многосторонней конвенции. Оба государства уведомляют депозитарий о том, что новая норма *MLI* изменяет конкретную норму двустороннего соглашения (либо заменяет ее, либо восполняет существующий пробел). Если два государства выполнили это условие, то соответствующая норма *MLI* применяется. В противном случае действуют нормы двусторонних налоговых соглашений.

5-й шаг: определение начала действия отдельных положений *MLI*. Если вступившая в силу конвенция распространяет свое действие на налоги, взимаемые у источника выплаты дохода, ее нормы применяются с 1 января года, следующего за годом, в котором она вступила в силу для обеих сторон. Применительно к иным налогам, охватываемым двусторонними соглашениями, – по истечении шести месяцев с момента окончания года вступления в силу *MLI* для обеих сторон и в отношении налоговых периодов, начинающихся после указанного шестимесячного срока.

Учитывая сложность проанализированных выше норм, с целью облегчить применение положений *MLI* подготовлена и размещена на ресурсе *oe.cd/mli* интерактивная блок-схема (англ. *flowchart on the application of MLI provisions*) [18], наглядно разъясняющая условия и порядок действия каждой из статей конвенции.

Структура *MLI* и ее особенности. Многосторонняя конвенция охватывает следующие механизмы противодействия *BEPS*:

- меры по нейтрализации гибридных структур (действие 2-е) [19];
- меры, направленные на недопущение злоупотребления налоговыми соглашениями (действие 6-е) [20];
- уточнение определения постоянного представительства (действие 7-е) [21];
- совершенствование процедуры взаимного соглашения и арбитраж (действие 14-е) [22].

Действие 15-е всецело посвящено Многосторонней конвенции и носит название «Разработка многостороннего инструмента» [23].

Многосторонняя конвенция включает в себя 39 статей, разделенных на семь частей. Часть I («Область применения и интерпретация терминов»), объединяющая ст. 1 и 2, последовательно определяет субъектную и объектную сферы действия конвенции. Учитывая, что потенциально конвенция может охватывать все действующие соглашения об избежании двойного налогообложения, которых в мире насчитывается более 3000, область ее применения определена максимально широко. Это «действующие налоговые соглашения об избежании двойного налогообложения в отношении доходов независимо от того, охватываются ими другие налоги или нет, заключенные между двумя или более сторонами и (или) юрисдикциями или территориями, являющимися участниками соглашений»¹. При этом каждое государство при подписании конвенции перечисляет те договоры, в отношении которых она может применяться. Это необходимо для придания *MLI* достаточной гибкости в целях учета позиций тех государств, которые не намерены изменять действующие двусторонние договоры, в частности по причине закрепления в них более эффективных механизмов по противодействию уходу от уплаты налогов.

Часть II («Гибридные структуры») определяет порядок налогообложения таких субъектов, как транспарентные лица (ст. 3), лица с двойным резидентством (ст. 4), а также регламентирует применение методов устранения двойного налогообложения (ст. 5).

Часть III («Злоупотребление договором») содержит норму «Цель налогового соглашения» (ст. 6). Эта норма, в отличие от большинства других, обязательна для всех сторон *MLI*. Она дополняет преамбулу налоговых соглашений и выражает намерение договаривающихся сторон устранить двойное налогообложение без создания возможностей для необложения налогом, уклонения от налогообложения или его избежания.

Еще одна обязательная норма *MLI* содержится в ст. 7. Государствам предоставляется возможность выбора одного из трех ее вариантов:

- общее правило против ухода от налогов (англ. *principal purpose test – PPT*);
- детализированная норма, вводящая ограничение на применение налоговых льгот по соглашению (англ. *limitation on benefits – LOB*);
- комбинированный подход с использованием (i) упрощенной *LOB* (англ. *simplified LOB – SLOB*) или детализированной *LOB* и (ii) *PPT*.

Указанные меры будут детально рассмотрены ниже. Наличие опций обусловлено спецификой многостороннего договора, в противном случае

достичь согласия между большим количеством сторон было бы сложно.

Кроме того, в части III *MLI* содержатся статьи, определяющие особенности налогообложения дивидендов (ст. 8), доходов в виде прироста стоимости имущества от отчуждения акций или облигаций юридических лиц, получающих доходы в основном от недвижимого имущества (ст. 9) и др.

Часть IV *MLI* («Избежание создания постоянного представительства») в ст. 12–15 содержит характеристику механизмов, используемых для осуществления деятельности в иностранном государстве таким образом, чтобы экономическая активность не рассматривалась как постоянное представительство для целей налогообложения (искусственное применение соответствующих стратегий, таких как деятельность комиссионера, разделение контрактов и др.).

В следующих частях *MLI* отражены механизмы, созданные для улучшения разрешения споров (процедура взаимного соглашения, взаимные корректировки налоговой базы), и арбитраж.

Часть VII Многосторонней конвенции содержит заключительные положения, важнейшей составляющей которых является исчерпывающий перечень оговорок сторон *MLI*, а также вопросы о вступлении в силу и начале действия отдельных положений конвенции.

Рассмотрим основные особенности Многосторонней конвенции. Ее главное преимущество можно выразить формулой «одни переговоры, одно подписание, одна ратификация», сформулированной ОЭСР в Юридической записке о действии *MLI* в соответствии с международным публичным правом [24]. Вместо двусторонних переговоров по согласованию положений тысяч налоговых соглашений об избежании двойного налогообложения и прохождения многочисленных внутригосударственных процедур предлагаются одномоментное подписание договора и одна внутригосударственная процедура для каждой из сторон в целях выражения согласия на обязательность для нее Многосторонней конвенции, что позволит провести модификацию сразу всех действующих налоговых соглашений определенного государства. В налоговой сфере многосторонние договоры такого типа не заключались, но аналогичный механизм уже применялся в иных областях. Например, в 2003 г. было заключено Соглашение об экстрадиции между Европейским союзом и Соединенными Штатами Америки, которое вносило изменения в положения существующих двусторонних соглашений об экстрадиции между различными государствами – членами ЕС и США [25].

Не останавливаясь детально на публично-правовых аспектах, отметим, что положения *MLI* при-

¹Здесь и далее перевод наш. – С. Л.

меняются вследствие реализации принципа *lex posterior derogat legi priori*, закрепленного ст. 30 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. Двусторонние договоры об избежании двойного налогообложения не прекращают и не приостанавливают своего действия, они применяются с учетом положений ст. 30 (3) Венской конвенции: если все участники предыдущего договора являются также участниками последующего договора, но действие предыдущего договора не прекращено или не приостановлено в соответствии со ст. 59, предыдущий договор применяется только в той мере, в какой его положения совместимы с положениями последующего договора. Действующие соглашения об избежании двойного налогообложения модифицируются посредством замены отдельных правовых норм новыми, дополнения их новыми положениями или введения новых, ранее не применявшихся правовых предписаний.

Особенностью анализируемой Многосторонней конвенции является то, что она не содержит указаний на номера статей модифицируемых соглашений об избежании двойного налогообложения, поскольку нумерация в соглашениях различается. При этом, однако, дается описание норм, позволяющее точно идентифицировать статьи двусторонних соглашений. Конвенция предоставляет сторонам право делать оговорки и содержит закрытый перечень таких оговорок. Если об определенном положении сделана оговорка, оно не будет применяться в отношениях сделавшей его стороны со всеми другими сторонами конвенции. Ряд статей *MLI* содержат альтернативные нормы, которые позволяют выбрать наиболее приемлемый вариант из предложенных в зависимости от приоритетов налоговой политики конкретной юрисдикции, что свидетельствует о гибкости конвенции.

Некоторые формулировки Многосторонней конвенции требуют пояснения. В отношении названий двусторонних налоговых договоров, которые обычно именуются либо «соглашение», либо «конвенция», *MLI* закрепляет более широкий термин – «соглашение». Таким образом, все двусторонние налоговые договоры охватываются *MLI* независимо от их названия. Вместо понятия «налоги на доходы и капитал» используется понятие «налоги, охватываемые соглашением» в целях распространения действия норм *MLI* на договоры, регламентирующие не только указанные, но и другие налоги: на недвижимость, прирост стоимости имущества и т. п. Вместо термина «договаривающееся государство» конвенция применяет понятие «договаривающаяся юрисдикция», чтобы отразить, что посредством нее возможно внесение изменений не только в налоговые соглашения, заключенные между двумя государствами, но и в соглашения с участием иных юрисдикций, например Гонконга, островов Джерси, Мэн и др.

Минимальный стандарт *MLI*. Все участники Многосторонней конвенции должны выполнить минимальный стандарт, заключающийся в выборе обязательных для исполнения положений *MLI*. Он основан на реализации 6-го и 14-го мероприятий по противодействию *BEPS* и содержит меры, направленные на недопущение злоупотребления налоговыми соглашениями и совершенствование процедур взаимного соглашения. Минимальный стандарт объединяет три обязательных для сторон *MLI* требования:

- 1) указание в преамбуле на цель договора;
- 2) введение нормы *PPT*, *LOB* или их комбинации согласно ст. 6 и 7 *MLI*;
- 3) введение нормы о процедуре взаимного согласия в соответствии со ст. 16 *MLI*.

В первую очередь охарактеризуем **третье требование минимального стандарта**, поскольку оно незначительно отличается по содержанию от положений, закрепленных в действующих для Республики Беларусь соглашениях об избежании двойного налогообложения, основанных на МНК ОЭСР в редакции 2014 г. [26, ст. 25; 27, ст. 25]. Это требование включает в себя триаду условий:

- указание в договоре на право лица обратиться в компетентный орган любой договаривающейся стороны, если лицо считает, что действия одной или обеих сторон приведут его к налогообложению без учета положений соглашения;
- отражение срока для представления заявления (три года с даты уведомления о действиях, приводящих к налогообложению);
- указание на отсутствие временных ограничений по выполнению достигнутой договоренности.

Основное отличие, вносимое ст. 16 *MLI*, состоит в том, что заинтересованное лицо может обращаться в компетентный орган любой договаривающейся стороны, а не только в орган государства, в котором лицо является резидентом. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы и капитал от 16 января 2017 г. (далее – Соглашение с Гонконгом от 16 января 2017 г.) полностью воспроизводит положение ст. 16 *MLI* в ст. 24 [28].

Первое требование минимального стандарта закреплено в п. 1 ст. 6 *MLI*. Оно состоит во включении в налоговые соглашения четкого заявления о том, что общее намерение договаривающихся сторон направлено на устранение двойного налогообложения без создания возможностей снижения налогов путем уклонения или ухода от их уплаты. Преамбула двустороннего налогового соглашения дополняется положением следующего содержания: «...намереваясь устранить двойное налогообло-

жение в отношении налогов, охватываемых настоящим соглашением, не создавая при этом возможностей для исключения или снижения налогообложения путем уклонения или ухода от уплаты налогов (в том числе посредством реализации договоренностей, направленных на недобросовестное использование преимуществ настоящего Соглашения резидентами третьих юрисдикций)»¹.

Данное положение направлено на противодействие всем формам уклонения и ухода от уплаты налогов, и прежде всего «трети шопингу» (от англ. *treaty shopping*). Этот термин не имеет прямого перевода на русский язык [29, с. 134]. Под ним понимается получение налоговых преимуществ и льгот, предусмотренных двусторонним налоговым договором, налоговым резидентом третьего государства, на которое такой договор не распространяется. Налоговый резидент третьего государства формально создает организацию в государстве, являющемся стороной действующего двустороннего налогового договора, и стремится воспользоваться льготами, которые на резидентов третьих стран не рассчитаны. Например, дивиденды выплачиваются не напрямую получателю, а изначально посреднику, «транзитной компании», и затем – конечному получателю, что позволяет избежать налогообложения или существенно снизить налог у источника их выплаты. Негативными последствиями «трети шопинга» являются уменьшение поступления налогов в бюджет и ухудшение договорных позиций стран, имеющих налоговые соглашения, при заключении новых договоров [30, с. 480].

Включение в преамбулу налогового договора разъяснения о том, что государства намерены не только устранить двойное налогообложение, но и предотвратить уклонение, уход от уплаты налогов, имеет важное значение, поскольку при толковании положений соглашения в соответствии со ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. необходимо учитывать цели заключения договора. Договор должен толковаться добросовестно, исходя из обычного значения, которое следует придавать его терминам в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

Анализируемая норма Многосторонней конвенции отражает принцип однократного налогообложения (англ. *single tax principle*), заключающийся в одновременном предотвращении двойного налогообложения и двойного необложения налогом [31, р. 7]. Современная концепция противодействия уходу от уплаты налогов основывается на том, что во всех налоговых соглашениях должно быть предусмотрено обложение дохода налогом по крайней мере один раз в одном из договаривающихся госу-

дарств. Таким образом, если государство, являющееся источником выплаты дохода, отказывается от налогообложения определенных видов дохода, ожидается, что в государстве резидентства плательщика этот доход будет подлежать налогообложению. В противном случае соглашение становится инструментом не только для избежания двойного налогообложения, но и для избежания любого налогообложения [31, р. 8].

Как реализуется принцип однократного налогообложения? Его следует рассматривать с двух позиций: с позиции государства, в котором плательщик налога является резидентом, и с позиции государства – источника дохода. В юрисдикции резидентства налогоплательщика облагается доход (активный или пассивный), который не подлежал налогообложению в государстве-источнике. В последнем государстве взимается налог вследствие применения преимущественного права государства-источника перед государством резидентства удерживать налог с выплаченного дохода (права первого из государств превалируют, поскольку доход возникает из источника в его пределах и государство резидентства не может воспрепятствовать налогообложению такого дохода; фактически это правило распространяется на все действующие соглашения, основанные на МНК ОЭСР). Для государства, являющегося источником выплаты дохода, реализация принципа однократного налогообложения состоит в выполнении следующего правила: налог, удерживаемый при выплате дохода, не уменьшается, пока нет уверенности в том, что в государстве резидентства осуществляется налогообложение пассивного дохода.

Меры по противодействию *BEPS* недвусмысленно базируются на применении принципа однократного налогообложения как минимум в контексте двусторонних налоговых соглашений [31, р. 7].

Норма п. 1 ст. 6 *MLI*, закрепляющая цель соглашения об избежании двойного налогообложения, либо *заменяет* присутствующую в соглашении преамбулу, либо *дополняет* его новой. Дополнение производится в случае отсутствия преамбулы в двустороннем соглашении или при наличии преамбулы, не указывающей цели устранения двойного налогообложения. Замена осуществляется в остальных случаях.

Каждая из сторон обязана, согласно п. 5 ст. 6 *MLI*, уведомить депозитарий о том, содержат ли соглашения, охватываемые *MLI*, в своих преамбулах указание на цель устранения двойного налогообложения. Если такие положения в преамбулах соглашений имеются, то независимо от того, указаны ли в дополнение к ним цели предотвращения укло-

¹Текст Многосторонней конвенции и Пояснительной записки к нему от 24 ноября 2016 г. принят на двух языках – английском и французском. Имеются переводы на немецкий, итальянский, испанский и арабский языки. ОЭСР планирует подготовить переводы на русский язык, а также шведский, греческий и датский к концу 2017 г.

нения от уплаты налогов и (или) ухода от налогов, норма п. 1 ст. 6 *MLI* будет полностью заменять преамбулу действующего соглашения. Исключения составляют случаи, когда сторона, в соответствии с п. 4 ст. 6 *MLI*, оговаривает за собой право вовсе не применять п. 1 ст. 6 к налоговым соглашениям, что возможно, если соглашение содержит в преамбуле норму, аналогичную п. 1 ст. 6 *MLI*, либо норму, более широкую по содержанию.

Уведомление о наличии изменяемых норм производится в следующем порядке. Сторона, согласно ст. 28 (7) и ст. 29 (4) *MLI*, составляет документ, содержащий перечень оговорок и уведомлений на момент подписания конвенции. В разделе «Уведомление о действующей формулировке преамбулы в перечисленных соглашениях» названного документа в виде таблицы приводятся названия государств и тексты преамбул, изменяемых в соответствии с п. 1 ст. 6 *MLI*. Отдельно указывается, что в этот список не включены налоговые соглашения, подпадающие под действие оговорки согласно п. 4 ст. 6 (т. е. содержащие преамбулы, не подлежащие изменению).

Несмотря на то что п. 1 ст. 6 *MLI* относится к обязательному стандарту, сторонам предоставлено право дополнительно отразить в тексте преамбулы их желание развивать экономические отношения и укреплять сотрудничество в налоговых вопросах, дополнив ее предложением следующего содержания: «...желая продолжать развивать экономические отношения и укреплять сотрудничество в налоговых вопросах». Те стороны, которые приняли решение дополнить преамбулы соглашений названным положением, должны в разделе «Уведомление о выборе факультативных условий» отметить, что применяется п. 3 ст. 6 *MLI*, и указать, в отношении каких государств это положение будет применяться, приведя соответствующий список.

Анализ действующих двусторонних соглашений об избежании двойного налогообложения, стороной которых является Республика Беларусь, показал, что в преамбулах только двух из них имеются нормы, указывающие в качестве цели договора реализацию принципа однократного налогообложения. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Армения об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество от 19 июля 2000 г. содержит в преамбуле норму, схожую по значению со ст. 6 *MLI*, но более узкую по содержанию: в качестве целей указаны избежание двойного налогообложения и предотвращение уклонения от уплаты налогов, но не упоминается обход налогов (*tax avoidance*) [32]. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики об избежании двойного налогообложения

и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы и капитал от 16 января 2017 г. полностью воспроизводит положение ст. 6 *MLI* [28]. В преамбуле отмечается: «Правительство Республики Беларусь и Правительство Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики, желая в дальнейшем развивать экономические взаимоотношения и укреплять сотрудничество в налоговой области, намереваясь устранить двойное налогообложение в отношении налогов на доходы и капитал, не создавая при этом возможностей для исключения или снижения налогообложения путем уклонения от уплаты налогов или их избежания (в том числе посредством реализации договоренностей, направленных на недобросовестное использование преимуществ настоящего Соглашения резидентами третьих сторон), согласились о нижеследующем...» [28].

Таким образом, если Республика Беларусь выразит намерение присоединиться к Многосторонней конвенции, то применительно к ст. 6, являющейся обязательной для всех сторон, нужно будет указать все действующие соглашения об избежании двойного налогообложения из числа охватываемых конвенцией. Исключение, согласно п. 4 ст. 6, может быть предусмотрено только для одного соглашения – с Гонконгом. Упомянутое выше соглашение с Арменией не может быть в числе тех, по которым сторона, в соответствии с п. 4 ст. 6 *MLI*, оговаривает за собой право не применять п. 1 ст. 6, поскольку соглашение содержит в преамбуле норму, не аналогичную п. 1 ст. 6 *MLI*, а более узкую по содержанию.

При оценке действующих соглашений об избежании двойного налогообложения необходимо исходить из как можно более точного перевода используемых терминов. Так, в Соглашении с Гонконгом от 16 января 2017 г. текст преамбулы на английском языке [33] дословно повторяет норму, содержащуюся в ст. 6 *MLI*. На русском языке фраза *through tax evasion or avoidance* звучит так: «путем уклонения от уплаты налогов или их избежания». Отметим, что *tax evasion* (уклонение от уплаты налогов) представляет собой противоправную деятельность [34, с. 60], а *tax avoidance* может осуществляться без прямого нарушения требований законодательства, но противоречить его целям [35, р. 35]. На наш взгляд, *tax avoidance* лучше переводить именно как уход от уплаты налогов, а не «избежание налогов» в целях разграничения позитивного поведения налогоплательщика, выражаемого термином «избежание» (например, избежание двойного налогообложения), и порицаемых действий, направленных на необоснованное получение налоговых преимуществ, к которым относится уход от налогов.

Проблемы с переводом термина *tax avoidance* имеются и во французском языке. Для предотвращения путаницы в терминологии официальный комментарий к *MLI* предлагает включать в согла-

шения, заключенные на французском языке, сноску с разъяснением о том, что некоторые юрисдикции переводят английский термин *tax avoidance* как *évitement fiscal* [2, р. 21]. Полагаем, что аналогичный подход может быть применен и для русскоязычных соглашений. При упоминании в соглашении термина «уход от уплаты налогов» следует делать сноску и указывать, что англоязычный термин *tax avoidance* может переводиться и как «избежание налогообложения» (и наоборот).

Второе требование минимального стандарта закреплено в ст. 7 *MLI*. Оно направлено на предотвращение злоупотребления правом при реализации норм договоров об избежании двойного налогообложения. Как упоминалось выше, Многосторонней конвенцией предложено три альтернативных подхода для формулирования сторонами своей позиции. Первый подход – общее правило противодействия злоупотреблениям, основанное на главной цели сделок (*PPT*). Помимо этого основного целевого теста, имеются две версии (упрощенная и детализированная) специального правила, носящего название «ограничение льгот» (*LOB*), которое устанавливает пределы действия льгот для лиц, отвечающих определенным условиям.

Договаривающиеся стороны как минимум должны применять: (i) только *PPT*; (ii) *PPT* и либо упрощенное, либо детализированное *LOB*; или (iii) детализированное *LOB*, дополненное механизмом, который направлен на борьбу с налоговыми схемами, связанными не только с налоговыми соглашениями [20, р. 19].

Правило *PPT* предложено в п. 1 ст. 7 *MLI* в качестве варианта по умолчанию, поскольку является единственным подходом из трех альтернатив, который может удовлетворить минимальный стандарт сам по себе. Детально оно будет рассмотрено ниже.

Упрощенный вариант *LOB* сторонам разрешается применять в соответствии с п. 6 ст. 7 *MLI* в целях дополнения *PPT*. Детализированное *LOB* требует существенных двусторонних согласований, что проблематично в контексте многостороннего документа, поэтому конвенция не содержит норму о детализированном *LOB*. Вместо этого сторонам, предпочитающим детализированное *LOB*, разрешено отказаться от *PPT* и стремиться к достижению двустороннего соглашения, которое удовлетворяет минимальному стандарту. Кроме того, стороны, предпочитающие детализированное *LOB*, могут принять *PPT* в качестве временной меры, об этом одни должны уведомить депозитарий.

Концепция ограничения льгот (*LOB*) состоит в установлении запретов на применение соглашения об избежании двойного налогообложения: соглашение может применяться только в отношении лиц, отвечающих определенным критериям. Например, согласно п. 9 (с) ст. 7 *MLI* таким лицом признается

резидент юрисдикции, если основная часть его акций регулярно торгуется на одной или нескольких признанных биржах.

Рассмотрим правило «основной цели» (*PPT*). Оно является разновидностью общего правила против ухода от налогов и устанавливает запрет на использование льгот двустороннего налогового соглашения, если *одна из основных целей сделок* заключается в получении таких льгот и это противоречит объекту и цели договора. Положение п. 1 ст. 7 *MLI* звучит следующим образом: «Независимо от любых положений соглашения льгота, предусмотренная охватываемым соглашением, не предоставляется в отношении вида дохода или капитала, если разумно заключить, принимая во внимание все значимые факты и обстоятельства, что получение дохода было одной из основных целей любого рода соглашения или сделки, которые прямо или косвенно привели к получению этой льготы, если не будет установлено, что предоставление такой льготы в таких обстоятельствах соответствует целям и задачам соответствующих положений охватываемых соглашений».

В целях противодействия созданию искусственных схем международного налогового планирования вводится требование о наличии реальных экономических причин для осуществления экономической деятельности в конкретном государстве – только это дает право на использование налоговых льгот [36, с. 18]. Норма сформулирована весьма широко и содержит оценочные понятия. Как следствие, она сложна и может создать ситуацию правовой неопределенности. Внимательнее вчитаться в положения п. 1 ст. 7 *MLI* предлагает Р. Вахитов: льгота не может быть предоставлена, «если *разумно заключить*, что получение льготы было *одной из основных целей* соглашения или сделки, которые *прямо или косвенно* привели к ее получению» [37, с. 47]. Очевидное последствие применения этой нормы состоит в том, что «практически любой структуре могут быть предъявлены претензии» [37, с. 47].

Как указывают в своих публикациях практикующие юристы, для бизнеса всегда имеет значение эффективная налоговая ставка. Глобальные корпорации давно освоили искусство распределения своих бизнес-единиц между странами по принципу «где ниже налоги, туда больше прибыль» [36, с. 8]. Поэтому в ответ на требование о наличии деловой цели растет новая индустрия: целые отделы консалтинговых компаний начинают заниматься обоснованием того, что «экономический климат Ирландии настолько лучше американского, что именно оттуда корпорации Apple удобнее управлять своими патентами и получать роялти, при этом почему-то переместив налоговое резидентство своей ирландской компании на Бермудские острова» [36, с. 18]. Как результат, возрастают из-

держки, связанные с исчислением и уплатой налогов, при этом у налогоплательщика нет полной уверенности в том, что в конечном итоге величина уплаченных налогов не будет пересмотрена в сторону увеличения. Получение налоговой льготы всегда может быть признано *одной из целей* соглашения или сделки, поскольку логично, что при выборе места осуществления экономической деятельности во внимание принимается уровень налоговой нагрузки.

В исследованиях ведущих зарубежных специалистов по международному налоговому праву Ф. Бейкера и П. Пистоне справедливо отмечается, что реализация мероприятий по противодействию *BEPS* создает ситуацию правовой неопределенности [38, р. 335]. Переход от двусторонних налоговых соглашений к международной налоговой координации во многом отвечает интересам налоговых администраций, но не учитывает необходимости соблюдения прав налогоплательщиков в новых условиях. Требуется ввести действенные механизмы защиты прав налогоплательщиков, и прежде всего совершенствовать процедуры взаимного согласия в целях координации деятельности налоговых органов по вопросам взимания налогов в трансграничных ситуациях [38, р. 340].

Как отмечается в Пояснительной записке к тексту *MLI* [2, р. 23], закрепленные двусторонними налоговыми соглашениями общие нормы против ухода от уплаты налогов (*PPT*) различаются в зависимости от того, распространяется ли их действие на все налоговые льготы, предоставляемые соглашениями, либо они применяются только в отношении льгот по отдельным доходам, таким как дивиденды, проценты, роялти, доходы от работы по найму. В связи с этим важно, что узкие положения заменяются более широкой нормой *MLI*. Таким образом, ограничение на предоставление льгот действует в отношении всех видов доходов, охватываемых двусторонними соглашениями, а также распространяется на иные статьи, например содержащие нормы об устранении двойного налогообложения.

В двусторонних налоговых соглашениях, включающих в себя правило проверки основной цели сделки (*PPT*), могут использоваться разные термины, схожие с применяющимся в *MLI* понятием «основная цель» (англ. *principal purpose*): например, «главная цель» (англ. *main purpose*), «первичная цель» (англ. *primary purpose*). В этих случаях предполагается, что термином «основная цель», закрепленным в ст. 7 *MLI*, охватываются указанные и другие схожие понятия. При наличии в двустороннем соглашении дополнительных процедурных условий для проверки основной цели сделки в виде уведомления или консультации между компетентными органами они теряют силу, поскольку норма п. 2 ст. 7 *MLI* полностью заменяет существующие положения двусторонних соглашений.

При этом дополнительные механизмы двустороннего соглашения, направленные на противодействие уклонению от уплаты налогов, не могут быть ограничены нормой *PPT*, они действуют независимо от применения правила проверки основной цели сделки.

Проблемы возникают, когда тест *PPT*, предлагаемый в *MLI*, является более мягким, чем содержащиеся в двусторонних налоговых соглашениях общие правила проверки цели сделки. В п. 1 ст. 7 *MLI* используется словосочетание «одна из основных целей», в то время как в соглашениях – «главная цель», «главным образом для цели», «основная цель» или «преимущественно для целей избежания налогообложения» [39, с. 292]. Если содержащееся в двустороннем соглашении правило является более жестким, то подписание *MLI* с выбором п. 1 ст. 7 в качестве минимального стандарта нецелесообразно, поскольку оно будет заменять существующую норму и устранять ее специфику.

Для Республики Беларусь имеет значение анализ ст. 27 («Правила противодействия злоупотреблениям») Соглашения с Гонконгом от 16 января 2017 г.: «Независимо от любых положений настоящего Соглашения льготы, предусмотренные настоящим Соглашением, не предоставляются в отношении вида дохода, если обоснованно заключить, принимая во внимание все значимые факты и обстоятельства, что получение этого дохода было одной из главных целей любого рода договоренности или сделки, которые прямо или косвенно привели к получению этой льготы, если не будет установлено, что предоставление такой льготы в таких обстоятельствах соответствует целям и задачам соответствующих положений Соглашения» [28].

Анализируемая норма включает в себя правило проверки основной цели сделки (*PPT*). Термином «основная цель», закрепленным в ст. 7 *MLI*, охватывается понятие «главная цель», используемое в ст. 27 Соглашения с Гонконгом от 16 января 2017 г. Норма двустороннего соглашения не является более жесткой по сравнению с *MLI* и не содержит дополнительных процедурных условий для проверки основной цели сделки в виде уведомления или консультации между компетентными органами. Следовательно, при возможном присоединении Республики Беларусь к Многосторонней конвенции в качестве выбора из трех альтернативных вариантов, предлагаемых в ст. 7, имеет смысл остановиться на п. 1 ст. 7 (правило *PPT*), что фактически не внесет изменений в уже закрепленный в двустороннем соглашении правовой режим противодействия уклонению от уплаты налогов.

Правило *PPT* может содержаться не только в соглашениях об избежании двойного налогообложения. Директива № 2016/1164 от 12 июля 2016 г. Совета Европейского союза «Об установлении правил в отношении практик уклонения от уплаты

налогов, которые непосредственно влияют на функционирование внутреннего рынка» [40], наряду с другими механизмами противодействия уклонению от уплаты налогов, предлагает в ст. 6 Общее правило против ухода от налогов (англ. *General anti-avoidance rule* – GAAR). Оно состоит в том, что для расчета корпоративного подоходного налога государство – член ЕС игнорирует соглашение или серию договоренностей, если основной целью или одной из таких целей являлось получение налоговых льгот. Договоренности или соглашение должны рассматриваться как ненадлежащие, если они не обусловлены коммерческими причинами, отражающими экономическую реальность. Нужно оговориться, что текст указанной директивы устанавливает своеобразный минимальный стандарт, поскольку страны-участницы могут ввести более строгие правила [41].

Национальным законодательством и судебной практикой многих зарубежных стран выработаны и активно применяются общие правила противодействия уходу от уплаты налогов, что можно признать актуальным и для Республики Беларусь. Такие нормы необходимы в силу того, что специальные механизмы противодействия уклонению от налогообложения (подинституты налогового права: «трансфертное ценообразование», «тонкая (недостаточная) капитализация», «контролируемые иностранные компании») хоть и являются эффективными, однако не могут предусмотреть все возможные ситуации, возникающие в налоговой практике. Общее правило против ухода от налогов, закрепленное в национальном налоговом законодательстве, призвано бороться со всеми существующими и потенциально возможными схемами уклонения и ухода от налогов.

Выводы

Многосторонняя конвенция по имплементации мер противодействия BEPS в налоговых соглашениях, подписанная 7 июня 2017 г. в Париже представителями 67 государств, объединила их усилия в борьбе с уклонением от уплаты налогов и положила начало новому этапу в развитии международных налоговых отношений.

В условиях постоянного расширения международного экономического сотрудничества ожидаемое в 2018 г. вступление в силу Многосторонней конвенции, в настоящее время охватывающей более 1100 двусторонних налоговых соглашений, будет оказывать влияние и на порядок налогообложения результатов внешнеэкономической деятельности белорусских налоговых резидентов. Налоговым органам Республики Беларусь предстоит детально оценить положения Многосторонней конвенции, проанализировать позитивные и негативные последствия возможного присоединения к ней. Дополнительная аналитическая работа могла бы проводиться в рамках Объединенной структуры по BEPS, действующей под эгидой ОЭСР и открытой для всех заинтересованных государств, в том числе ранее не принимавших участия в разработке мероприятий по противодействию BEPS.

Анализ содержания Многосторонней конвенции и протоколов подписавших ее государств показал, что более чем 20 государств (Армения, Болгария, Великобритания, Израиль, Кипр, Китай, Литва, Нидерланды и др.) указали двусторонние налоговые соглашения с Республикой Беларусь. Для реализации каждой нормы Многосторонней конвенции необходимо выраженное согласие на ее обязательность для обоих участников двустороннего налогового соглашения, поэтому компетентным органам Республики Беларусь в первую очередь предстоит изучить позиции данных стран.

Положения MLI применяются вследствие реализации принципа *lex posterior derogat legi priori*. Двусторонние договоры об избежании двойного налогообложения не прекращают и не приостанавливают своего действия, отдельные нормы заменяются новыми или дополняются либо вводятся новые, ранее не применявшиеся правовые предписания. Изменения, вносимые Многосторонней конвенцией в двусторонние налоговые соглашения, не будут инкорпорированы, поэтому ожидаются объективные сложности при реализации ее норм. Предлагается применять пошаговую инструкцию, следуя которой и отвечая на поставленные вопросы можно определить, применимы ли отдельные положения MLI в конкретных налоговых отношениях либо нормы двусторонних налоговых соглашений действуют в прежней редакции.

Особенностью конвенции является разграничение ею понятий «вступление в силу» и «вступление в действие». Если вступившая в силу Многосторонняя конвенция охватывает налоги, взимаемые у источника выплаты дохода, ее нормы применяются с 1 января года, следующего за годом, в котором она вступила в силу для обеих сторон. В отношении иных налогов, охватываемых двусторонними соглашениями, вступление в действие происходит по истечении шести месяцев с момента окончания года вступления в силу MLI для обеих сторон и в отношении налоговых периодов, начинающихся после указанного шестимесячного срока.

Многосторонняя конвенция содержит 39 статей, разделенных на семь частей. Все ее участники должны выполнить минимальный стандарт, заключающийся в выборе трех обязательных для исполнения положений. Норма «Цель налогового соглашения» (ст. 6) дополняет преамбулу налоговых

соглашений и выражает намерение договаривающихся сторон устранить двойное налогообложение без создания возможностей для необложения налогом, уклонения от налогообложения или его избежания. Названное общее положение направлено на противодействие всем формам уклонения и ухода от уплаты налогов, и прежде всего «трети шопингу». Наличие в преамбуле соглашения указанного положения позволяет при толковании учитывать его цели, а также отражает принцип однократного налогообложения (англ. *single tax principle*), заключающийся в одновременном предотвращении двойного налогообложения и двойного необложения налогом.

Следующее требование закреплено ст. 16 Многосторонней конвенции и включает в себя триаду одновременно действующих условий:

- указание в договоре на право лица обратиться в компетентный орган любой договаривающейся стороны, если лицо считает, что действия одной или обеих сторон приведут его к налогообложению без учета положений соглашения;
- отражение срока для представления заявления (три года с даты уведомления о действиях, приводящих к налогообложению);
- указание на отсутствие временных ограничений по выполнению достигнутой договоренности. Новелла ст. 16 *MLI* состоит в том, что заинтересованное лицо может обращаться в компетентный орган любой договаривающейся стороны, а не только в орган государства, в котором лицо является резидентом.

Еще одна обязательная норма *MLI* содержится в ст. 7. Осуществляется выбор одного из ее вариантов:

- общее правило против ухода от налогов (*PPT*);

- детализированная норма, вводящая ограничение на применение налоговых льгот по соглашению (*LOB*);

- комбинированный подход с использованием (i) упрощенной *LOB* (*SLOB*) или детализированной *LOB* и (ii) *PPT*.

Несмотря на то что общее правило против ухода от налогов (*PPT*) является единственным подходом из трех, способным удовлетворить минимальный стандарт сам по себе (и потому используется в конвенции в качестве варианта по умолчанию), его реализация может создать значительные сложности. Устанавливается запрет на использование льгот двустороннего налогового соглашения, если одна из основных целей сделок заключается в получении таких льгот и это противоречит объекту и цели договора. Широкая формулировка данной нормы может создавать ситуацию правовой неопределенности: получение налоговой льготы во многих случаях может рассматриваться в качестве одной из целей соглашения или сделки, поскольку при выборе места осуществления экономической деятельности во внимание всегда принимается уровень налоговой нагрузки. Полагаем, что необходимо тщательно изучить механизмы против уклонения и ухода от налогов в зарубежных странах, а также Директиву № 2016/1164 от 12 июля 2016 г. Совета Европейского союза и соответствующую правоприменительную практику в целях разработки нового правового института в Республике Беларусь. Важной задачей является внедрение современных подходов к координации деятельности налоговых органов по вопросам взимания налогов в трансграничных ситуациях, а также мер по обеспечению соблюдения прав налогоплательщиков с учетом оптимизации расходов на налоговое администрирование.

Библиографические ссылки

1. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.htm (date of access: 02.10.2017).
2. Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting [Electronic resource] // OECD. URL: <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (date of access: 02.10.2017).
3. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting [Electronic resource] // OECD. URL: <https://www.oecd.org/ctp/BEPS/ActionPlan.pdf> (date of access: 02.10.2017).
4. Harmful Tax Competition an Emerging Global Issue [Electronic resource] // OECD iLibrary. URL: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en (date of access: 02.10.2017).
5. G20 Leaders' Declaration [Electronic resource] // G20 Inf. Centre. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2013/20130906-declaration.html> (date of access: 02.10.2017).
6. BEPS 2015 Final Reports [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm (date of access: 02.10.2017).
7. About the Inclusive Framework on BEPS [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm (date of access: 02.10.2017).
8. Members of the Inclusive Framework on BEPS [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf (date of access: 02.10.2017).
9. Полежаева Л. В. Международное налогообложение: современная теория и методология / под ред. Л. И. Гончаренко. М., 2016.

10. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017 [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm (date of access: 02.10.2017).
11. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report [Electronic resource] // OECD iLibrary. URL: www.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en (date of access: 02.10.2017).
12. Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/beps/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf (date of access: 02.10.2017).
13. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting : inf. brochure [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf (date of access: 02.10.2017).
14. Republic of Austria: Status of List of Reservations and Notifications at the Time of Signature [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-austria.pdf (date of access: 02.10.2017).
15. Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting [Electronic resource] // OECD. URL: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> (date of access: 02.10.2017).
16. MLI Matching Database (beta) [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm (date of access: 02.10.2017).
17. Applying the Multilateral Instrument Step-by-Step [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/treaties/step-by-step-tool-on-the-application-of-the-MLI.pdf (date of access: 02.10.2017).
18. Toolkit for Application of the Multilateral Instrument for BEPS Tax Treaty Related Measures [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/treaties/application-toolkit-multilateral-instrument-for-beps-tax-treaty-measures.htm (date of access: 02.10.2017).
19. Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm (date of access: 02.10.2017).
20. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm (date of access: 02.10.2017).
21. Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report-9789264241220-en.htm (date of access: 02.10.2017).
22. Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14-2015-final-report-9789264241633-en.htm (date of access: 02.10.2017).
23. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report-9789264241688-en.htm (date of access: 02.10.2017).
24. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting: Functioning under Public International Law [Electronic resource] // OECD. URL: www.oecd.org/tax/treaties/legal-note-on-the-functioning-of-the-MLI-under-public-international-law.pdf (date of access: 02.10.2017).
25. Agreement on extradition between the European Union and the United States of America [Electronic resource] // EUR-Lex. URL: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0719\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0719(01)) (date of access: 02.10.2017).
26. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Народной Республики Бангладеш об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы от 9 июля 2013 г. // Эталон. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
27. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Эквадор об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы и имущество (капитал) от 27 янв. 2016 г. // Эталон. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
28. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы и капитал от 16 янв. 2017 г. // Эталон. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
29. Фокин А. В. Международное налогообложение пассивных доходов (процентов, дивидендов, роялти): американский опыт. М., 2009.
30. Дыминская Е. Ю., Кибенко Е. Р., Кирвель И. Ю. и др. Международные коммерческие сделки / под ред. У. Хелльманна [и др.]. Минск, 2016.
31. Avi-Yonah R. S. Advanced Introduction to International Tax Law. Massachusetts, 2015.
32. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Армения об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы и имущество от 19 июля 2000 г. // Эталон. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
33. Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Belarus for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital [Electronic resource] // Inland Revenue Department. URL: www.ird.gov.hk/eng/pdf/Agreement_Belarus_HongKong.pdf (date of access: 02.10.2017).

34. Михайлова О. Р. Критерии разграничения законной (налоговая оптимизация) и незаконной деятельности по уменьшению (минимизации) налогов // Ваш налоговый адвокат. 2004. № 2. С. 60–63.
35. Cashmere M. Australia Country Report // A comparative look at regulation of corporate tax avoidance. New York, 2012. P. 25–64.
36. Гидирим В. А. Основы международного корпоративного налогообложения. М., 2017.
37. Вахитов Р. Что MLI грядущий нам готовит // Legal Insight. 2017. № 6. С. 46–48.
38. Baker P., Pistone P. BEPS Action 16: The Taxpayers' Right to an Effective Legal Remedy under European Law in Cross Border Situations // EC Tax Review. 2016. Vol. 25, issue 5–6. P. 335–345.
39. Bravo N. The Multilateral Tax Instrument and its Relationship with Tax Treaties // World Tax J. 2016. Vol. 8, № 3. P. 279–304.
40. Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market // Offic. J. Eur. Union. L 193/1. 19 July, 2016. P. 1–14.
41. Ключкина В. Директива против уклонения от уплаты налогов: налогообложение иностранных контролируемых компаний [Электронный ресурс] // iFINANCES. URL: <http://ifinances.lv/ru/statji/rukovodstvo/upravlenie-finansami/direktiva-protiv-ukloneniya-ot-uplati-nalogov-nalogooblozhenie-inostrannic-kontroliruemich-kompanij/11969> (date of access: 02.10.2017).

References

1. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.htm (date of access: 02.10.2017).
2. Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. *OECD*. URL: <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (date of access: 02.10.2017).
3. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. *OECD*. URL: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (date of access: 02.10.2017).
4. Harmful Tax Competition an Emerging Global Issue. *OECD iLibrary*. URL: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en (date of access: 02.10.2017).
5. G20 Leaders' Declaration. *G20 Inf. Centre*. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013-0906-declaration.html> (date of access: 02.10.2017).
6. BEPS 2015 Final Reports. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm (date of access: 02.10.2017).
7. About the Inclusive Framework on BEPS. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm (date of access: 02.10.2017).
8. Members of the Inclusive Framework on BEPS. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf (date of access: 02.10.2017).
9. Polezharova L. V. [International taxation: modern theory and methodology]. Moscow, 2016 (in Russ.).
10. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm (date of access: 02.10.2017).
11. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report. *OECD iLibrary*. URL: www.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en (date of access: 02.10.2017).
12. Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/beps/beps-action-15-mandate-for-development-of-multilateral-instrument.pdf (date of access: 02.10.2017).
13. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting : inf. brochure. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf (date of access: 02.10.2017).
14. Republic of Austria: Status of List of Reservations and Notifications at the Time of Signature. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-austria.pdf (date of access: 02.10.2017).
15. Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. *OECD*. URL: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> (date of access: 02.10.2017).
16. MLI Matching Database (beta). *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm (date of access: 02.10.2017).
17. Applying the Multilateral Instrument Step-by-Step. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/treaties/step-by-step-tool-on-the-application-of-the-MLI.pdf (date of access: 02.10.2017).
18. Toolkit for Application of the Multilateral Instrument for BEPS Tax Treaty Related Measures. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/treaties/application-toolkit-multilateral-instrument-for-beps-tax-treaty-measures.htm (date of access: 02.10.2017).
19. Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report-9789264241138-en.htm (date of access: 02.10.2017).
20. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm (date of access: 02.10.2017).
21. Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report-9789264241220-en.htm (date of access: 02.10.2017).

22. Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14-2015-final-report-9789264241633-en.htm (date of access: 02.10.2017).
23. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report-9789264241688-en.htm (date of access: 02.10.2017).
24. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting: Functioning under Public International Law. *OECD*. URL: www.oecd.org/tax/treaties/legal-note-on-the-functioning-of-the-MLI-under-public-international-law.pdf (date of access: 02.10.2017).
25. Agreement on extradition between the European Union and the United States of America. *EUR-Lex*. URL: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0719\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22003A0719(01)) (date of access: 02.10.2017).
26. Agreement between the Government of the Republic of Belarus and the Government of the People's Republic of Bangladesh on avoidance of double taxation and prevention of tax evasion with respect to taxes on income, 9 July, 2013. *Etalon. Legislation of the Republic of Belarus*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
27. Agreement between the Government of the Republic of Belarus and the Government of the Republic of Ecuador on avoidance of double taxation and prevention of tax evasion with respect to taxes on income and property (capital), 27 January, 2016. *Etalon. Legislation of the Republic of Belarus*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
28. Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of The Republic of Belarus for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital, 16 January, 2017. *Etalon. Legislation of the Republic of Belarus*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
29. Fokin A. V. [International taxation of passive income (interest, dividends, royalties): American experience]. Moscow, 2009 (in Russ.).
30. Dyminskaya E. Y., Kibenko E. R., Kirvel' I. Y., et al. [International commercial transactions]. Minsk, 2016 (in Russ.).
31. Avi-Yonah R. S. *Advanced Introduction to International Tax Law*. Massachusetts, 2015.
32. Agreement between the Government of the Republic of Belarus and the Government of the Republic of Armenia on avoidance of double taxation and prevention of evasion from payment of taxes on income and property, 19 July, 2000. *Etalon. Legislation of the Republic of Belarus*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
33. Agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Belarus for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital. *Inland Revenue Department*. URL: www.ird.gov.hk/eng/pdf/Agreement_Belarus_HongKong.pdf (date of access: 02.10.2017).
34. Mikhailova O. R. [Criteria for distinguishing between legitimate (tax optimization) and illegal activities to reduce (minimize) taxes]. *Vash nalogovyi advokat*. 2004. No. 2. P. 60–63 (in Russ.).
35. Cashmere M. Australia Country Report. *A comparative look at regulation of corporate tax avoidance*. New York, 2012. P. 25–64.
36. Gidirim V. A. [Fundamentals of International Corporate Taxation]. Moscow, 2017 (in Russ.).
37. Vakhitov R. Chto MLI gryadushchii nam gotovit? *Legal Insight*. 2017. No. 6. P. 46–48 (in Russ.).
38. Baker P., Pistone P. BEPS Action 16: The Taxpayers' Right to an Effective Legal Remedy under European Law in Cross Border Situations. *EC Tax Review*. 2016. Vol. 25, issue 5–6. P. 335–345.
39. Bravo N. The Multilateral Tax Instrument and its Relationship with Tax Treaties. *World Tax J*. 2016. Vol. 8, No. 3. P. 279–304.
40. Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market. *Offic. J. Eur. Union*. L 193/1. 19 July, 2016. P. 1–14.
41. Klyushkina V. Directive against tax evasion: taxation of foreign controlled companies. *iFINANCES*. URL: <http://ifinances.lv/ru/statji/rukovodstvo/upravlenie-finansami/direktiva-protiv-ukloneniya-ot-uplati-nalogov-nalogooblozhenie-inostranic-kontroliruemic-kompanij/11969> (date of access: 02.10.2017) (in Russ.).

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

УДК 343.153

СВОЙСТВА СУДЕБНОГО ПРИГОВОРА КАК ПРОЯВЛЕНИЕ ЛЕГИТИМАЦИИ ПРАВОСУДИЯ

В. Н. БИБИЛО¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Рассматриваются требования, предъявляемые законом к приговору. Выявлены атрибутивные качества приговора – законность и обоснованность, – при соблюдении которых мотивированность и справедливость приговора предполагаются. Доказывается, что сущность законной силы приговора состоит в устранении приговором правовой неопределенности и окончательном разрешении юридического конфликта. Вступление приговора в законную силу означает, что легитимация правосудия состоялась и приговор приобрел свою исключительность, неопровержимость, преюдициальность, обязательность и исполнимость.

Ключевые слова: суд; приговор; законность; обоснованность; справедливость; юридический конфликт; законная сила приговора; свойства приговора.

Образец цитирования:

Бибил В. Н. Свойства судебного приговора как проявление легитимации правосудия // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 75–82.

For citation:

Bibilo V. N. Characteristics of judicial sentence as display of justice legitimation. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 75–82 (in Russ.).

Автор:

Валентина Николаевна Бибил – доктор юридических наук, профессор; профессор кафедры уголовного процесса и прокурорского надзора юридического факультета.

Author:

Valentina N. Bibilo, doctor of science (law), full professor; professor at the department of criminal procedure and directorate of public prosecutions, faculty of law. zagorovskaja@bsu.by

CHARACTERISTICS OF JUDICIAL SENTENCE AS DISPLAY OF JUSTICE LEGITIMATION

V. N. BIBILO^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

The article examines demands made by law to the sentence. The author reveals attributive qualities of a sentence, namely, legality and validity, following which the motivated character and fairness of a sentence can be assumed. It is proved that the essence of legal force of a sentence consists of removal by the sentence of legal vagueness and final resolution of a legal conflict. The sentence coming into force means that legitimation of justice occurred and the sentence acquired its exceptional nature, irrefutability, prejudgment, compulsory character and feasibility.

Key words: court; sentence; legality; validity; justice; legal conflict; legal force of a sentence; characteristics of a sentence.

Введение

Уголовно-процессуальная деятельность по расследованию и рассмотрению уголовного дела состоит из досудебного и судебного этапов. В пределах каждого из них функционируют соответствующие стадии уголовного процесса, среди которых стадия судебного разбирательства является системообразующей и основополагающей, поскольку завершается постановлением приговора – акта правосудия. Для осуществления качественного и эффективного правосудия к приговору необходимо предъявлять определенные требования. До сих пор дискуссион-

ным остается вопрос о том, какими свойствами должен обладать правосудный приговор. Законодательство и правовая доктрина содержат различные подходы к определению характеристик приговора. В связи с этим актуальной является задача выявить такие свойства приговора, которые присущи его природе как акту правосудия. Причем эти свойства можно разделить на требования, предъявляемые к приговору при его постановлении, и те характеристики, которые он приобретает со вступлением в законную силу.

Требования, предъявляемые к приговору

Согласно п. 30 ст. 6 Уголовно-процессуального кодекса (1999) Республики Беларусь (далее – УПК) «приговор – решение, вынесенное судом первой инстанции по вопросу о виновности или невиновности обвиняемого, о применении или неприменении к нему наказания и по другим вопросам, подлежащим разрешению» [1]. В ст. 352 УПК уточнено, какие вопросы разрешаются судом при постановлении приговора. Их характер касается не только виновности и наказуемости, но и ряда иных вопросов, примыкающих к ним: о гражданском иске, вещественных доказательствах, процессуальных издержках, мере пресечения и др.

Для достижения целей правосудия к приговору необходимо предъявлять определенные требования. Поиски того, каким именно требованиям должен отвечать приговор, ведутся давно. В советской правовой доктрине и законодательстве бесспорным являлся тот факт, что приговор должен быть законным и обоснованным. Что касается мотивированности и справедливости приговора, то эти качества не сразу нашли закрепление в законодательстве. «Требование мотивировать каждый приговор, – писал А. С. Кобликов, – впервые было установлено в общесоюзном законодательстве ст. 43 <...> Основ уголовного судопроизводства. Прежде его не было в законодательстве большинства союзных республик. Однако Пленум Верховного Суда СССР постановлением от 28 июля 1950 г.

“О судебном приговоре”, ссылаясь на Закон о судостроительстве 1938 года, обратил внимание судов на необходимость мотивировать приговоры» [2, с. 11]. В дальнейшем УПК БССР 1960 г. [3] к требованиям, предъявляемым к приговору, отнес законность, обоснованность и мотивированность (ст. 302) без приведения дефиниций этих понятий, что в какой-то мере послужило поводом для уточнения качественных характеристик приговора. Например, Э. Ф. Куцова отождествляла обоснованность и мотивированность приговора [4, с. 96]. Другие авторы отстаивали мнение о том, что мотивированность является внешним выражением обоснованности [5, с. 114–115], процессуальным обоснованием судьями своего убеждения [6, с. 327], важнейшим элементом формы решения суда [7, с. 153–166].

Согласно ч. 3 ст. 350 УПК Республики Беларусь 1999 г. «приговор признается мотивированным, если в нем приведены доказательства, на которых основаны выводы суда и мотивы принятых им решений» [1]. Для сравнения можно отметить, что УПК Российской Федерации о мотивированности приговора не упоминает, лишь в ст. 297 сказано: «Приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым» [8]. Между тем в современной российской юридической литературе обоснованность и мотивированность приговора рассматривают как взаимосвязанные, но все же разные понятия. Так, Г. И. Загорский обращает внимание на то,

что «мотивированность – это такое свойство приговора, которое показывает взаимосвязь между исследованными в судебном разбирательстве доказательствами и сделанными на их основе выводами суда» [9, с. 30], предлагая дополнить УПК таким требованием к приговору, как мотивированность, тем более что в ряде статей УПК России содержится прямое указание мотивировать отдельные решения суда (ст. 300 – о вменяемости подсудимого, ст. 307 – о структуре приговора и др.). По мнению В. О. Белоносова и Н. А. Громова, «приговор суда будет обоснованным, если выводы суда базируются на достоверных, всесторонне и полно исследованных в судебном заседании доказательствах, которые соответствуют фактическим обстоятельствам дела» [10, с. 99], а «мотивированность выражается в приведении конкретных доказательств, на которых суд основывает свои выводы, в их анализе, а также в обосновании принятых судом решений» [10, с. 100]. Близкое к изложенному понимание мотивированности приговора приводит М. А. Чайковская, отмечая, что это и есть «аргументированность выводов и решений суда в самом <...> документе, его логическая убедительность» [11, с. 115]. И далее: «Мотивировка приговора – важное средство самоконтроля судей. В процессе изложения мотивов судьи проверяют правильность своих выводов, их обоснованность» [11, с. 116].

Следовательно, между обоснованностью и мотивированностью приговора вряд ли присутствует существенное различие. Речь может идти прежде всего о терминологических преимуществах, ведь мотивировать (фр. *motiver*) означает «обосновывать, приводить выводы» [12, с. 371]. В сфере науки распространён термин «аргументировать» (лат. *argumentum*), что означает «приводить суждение или их совокупность в подтверждение истинности другого суждения» [13, с. 73].

Основанием для вынесения приговора является установление наличия или отсутствия обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу (ст. 89, 90 УПК), т. е. предмета доказывания. Следует учитывать, что УПК содержит элементы универсального, применимого ко всем общественно опасным деяниям предмета доказывания. Каждому уголовному делу присущ свой индивидуальный предмет доказывания, а в УПК содержится лишь ориентир в осуществлении доказывания. Обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, выясняются с помощью доказательств. В данном случае существенное значение имеет достаточность доказательств для установления того или иного факта. Подтверждение доказательствами каждого из элементов предмета доказывания и является их обоснованием. Разумеется, доказательственная деятельность должна осуществляться в соответствии с законом. Если же будут обнаружены нарушения закона, то такой приговор не

может отвечать требованиям законности и обоснованности. Различие между формулировкой ч. 2 ст. 350 УПК, где изложено понятие обоснованности приговора, и ч. 3 ст. 350 УПК, содержащей определение мотивированности приговора, едва уловимо, поскольку в обоих случаях речь идет о доказательствах, положенных в основу выводов суда при всестороннем, полном и объективном исследовании в судебном заседании.

Что касается мотивов принятых решений, о чем упоминается в ч. 3 ст. 350 УПК, то здесь имеется в виду прежде всего сила доказательств. Суд отвергает одни доказательства и основывает свои выводы на других. При этом значение имеет не только наличие соответствующих нормативных правовых предписаний, но и внутреннее убеждение судьи. Может оказаться, что по одному и тому же уголовному делу разные судьи, исходя из своих личностных качеств, примут во внимание неодинаковые по сути доказательства, в соответствии с которыми придут, возможно, даже к противоположным выводам. И как своего рода гарантию вынесения справедливого приговора, отвечающего требованиям закона, необходимо рассматривать возможность наличия особого мнения судьи.

Обоснованность приговора имеет материальную (содержание) и процессуальную (форма) стороны. Обе они должны получить в приговоре соответствующее отражение. Приговор не будет обоснованным, если обстоятельства преступления установлены неясным (возможно, даже незаконным) путем. Приведение в приговоре доказательств легитимирует факт наличия или отсутствия преступления. Значит, мотивированность приговора является внешним выражением его обоснованности. Мотивы принятых судом решений, о чем говорится в ч. 3 ст. 350 УПК, и есть доказательства, обосновывающие факт наличия или отсутствия преступления.

Законодательная практика Республики Беларусь пошла по пути предъявления к приговору требования не только законности, обоснованности и мотивированности, но и справедливости. Более того, в ч. 4 ст. 350 УПК сформулировано данное требование: «Приговор признается справедливым, если наказание, назначенное виновному, определено в соответствии со статьей Уголовного кодекса Республики Беларусь, предусматривающей ответственность за совершенное преступление, с учетом его личности». УПК Российской Федерации 2001 г. лишь упоминает в ст. 297 о справедливости приговора [8]. Следует обратить внимание на то, что когда речь идет о справедливости приговора, то имеется в виду справедливость уголовного наказания. Однако в приговоре содержатся также решения о вещественных доказательствах, процессуальных издержках, мере пресечения, государственной пошлине и т. д. К такого рода решениям категория

справедливости почти неприменима, ввиду того что в законодательстве присутствует точно определенная норма, которую суд должен исполнять.

В юридической литературе давно отстаивается мнение о том, что приговор должен обладать свойством справедливости. Так, М. С. Строгович отмечал: «Выделение справедливости как требования, предъявляемого к приговору, имеет тот смысл, что этим подчеркивается правильное не только с правовой, но и с нравственной, моральной стороны отношение к человеку, судьба которого решается приговором» [6, с. 326]. Конечно, в ходе судебной деятельности реализуются все социальные нормы, присущие обществу на данном этапе его развития и усвоенные индивидуальным сознанием судьи, в том числе и нормы нравственности [14, с. 49–60]. Необходимо помнить о том, что нравственным должно быть отношение не только к обвиняемому, но и к потерпевшему.

Более общее определение справедливости приговора приводит Е. А. Матвиенко: «Под справедливостью приговора понимается установление действительной вины подсудимого и определение ему наказания в строгом соответствии с тяжестью совершенного преступления и личностью осужденного» [15, с. 414]. Такое определение в основных чертах вошло в действующий УПК.

Конечно, в обязанности судей входит вынесение справедливых приговоров. Однако представление о справедливости у суда и сторон может не совпадать. И хотя возможно обжалование приговора, наказание корректируется только в рамках уголовного закона. Следовательно, если приговор законный и обоснованный, то его юридическая справедливость предполагается. Незаконный и необоснованный приговор является несправедливым. Упоминание в УПК о справедливости приговора среди иных требований, предъявляемых к приговору, представляет собой норму-декларацию, поскольку одно и то же решение суда может быть признано одновременно справедливым и несправедливым в зависимости от того, соответствует ли оно интересам сторон. Более того, в случае заключения «сделки о признании вины» такое решение также не станет справедливым, хотя и будет в какой-то мере удовлетворять интересам сторон [14, с. 404].

В приговоре в сжатом виде фиксируется судебное разбирательство и даже больше – вся предшествующая уголовно-процессуальная деятельность. Справедливость применима не только к назначению справедливого уголовного наказания, но и ко всему правосудию в целом, в том числе к тому, что предшествует постановлению приговора. Исходя из этого, справедливость является задачей правосудия. Однако по каждому ли уголовному делу состоялось справедливое правосудие?

Вопрос о требованиях, предъявляемых к приговору, имеет не только теоретическое, но и практическое значение, поскольку пренебрежение ими может привести к апелляционному производству, когда уголовное дело проверяется в вышестоящем суде на предмет наличия таких требований. Так, в ч. 2 ст. 378 УПК сказано: «При рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке суд проверяет законность, обоснованность, справедливость приговора по имеющимся в деле и дополнительно представленным материалам». При этом о проверке мотивированности приговора не упоминается. И хотя в УПК используется термин «мотивированность приговора» и к приговору предъявляется именно данное требование, в нем до конца не проведена идея о соблюдении гарантий качества приговора, тем более что п. 1 ч. 1 ст. 389 УПК имеет прямое отношение к мотивированности приговора («несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела»), что, в свою очередь, уточняется в ст. 390 УПК.

Таким образом, к приговору реально можно предъявить только требование законности и обоснованности, производными от которых будут мотивированность и справедливость.

При этом Ю. М. Грошевой отмечал, что приговор имеет не только внутренние свойства (законность и обоснованность), но и внешние [16, с. 109], появляющиеся после вступления приговора в законную силу.

Необходимо также учитывать, что «свойства – это качества, которыми объект уже обладает», а «требование – это желаемый результат», а не реально существующий [11, с. 30].

Свойства законной силы приговора

Законную силу приговора УПК связывает с истечением срока на его обжалование и опротестование. Приговоры, определения и постановления Верховного Суда Республики Беларусь вступают в законную силу с момента их провозглашения (ч. 2 ст. 399 УПК), поскольку судебным актам такого рода изначально присущи свойства, связанные с последствиями их законной силы.

Законная сила приговора означает, что легитимация правосудия по конкретному уголовному

делу состоялась: участники судебного процесса реализовали свои процессуальные возможности и полномочия, результатом которых явился приговор, и благодаря этому окончательно разрешен юридический конфликт, а спорное правоотношение из состояния неопределенности перешло к конкретному урегулированию. Предназначение законной силы приговора следует искать в предназначении судебной власти в государстве: разрешать юридические конфликты. Авторитет су-

дебной власти предполагает наличие гарантий для конфликтующих сторон, т. е. приговор исполняется не сразу после его провозглашения, а спустя определенное время, чтобы стороны оценили решения суда и, если они не согласны с положениями приговора, могли его обжаловать. Окончательное решение дела состоит еще и в том, что для обжалования приговора отводится небольшой отрезок времени. Если же такой срок будет продолжительным, могут появиться обстоятельства, которые помешают стабильности приговора. Необходимо учесть и то, что приговор – уже после вступления его в законную силу – может быть пересмотрен в надзорном производстве (в случае наличия протеста прокурора или особого мнения судьи при постановлении приговора) и при возобновлении дел в связи с вновь открывшимися обстоятельствами. Кроме того, в порядке исполнения приговора суд вправе в случае достаточных оснований корректировать отдельные его положения, в том числе те, которые касаются уголовного наказания. Тем не менее такая возможность не устраняет стабильности приговора.

Окончательное решение юридического конфликта фиксируется в приговоре, который вступает в законную силу автоматически, без принятия каких-либо процессуальных документов, как только истечет срок, отведенный для апелляционного обжалования и опротестования. В констатации факта вступления приговора в законную силу и специальном документе нет необходимости, поскольку в УПК указан срок обращения приговора к исполнению. Согласно ч. 3 ст. 399 УПК вступивший в законную силу приговор обращается к исполнению судом, его постановившим, не позднее трех суток со дня обретения им законной силы.

Сущность законной силы приговора необходимо видеть не в самом приговоре как таковом, а в его функциональном предназначении – устранении правовой неопределенности и окончательном разрешении юридического конфликта.

При вступлении приговора в законную силу, кроме требований, изначально предъявляемых к нему, он приобретает новые свойства, обуславливающие его устойчивость и функциональность. Эти свойства можно условно разделить на две группы. Первая из них обеспечивает стабильность приговора и проявляется в виде его исключительности, неопровержимости и преюдициальности, вторая связана с обеспечением правопорядка в обществе и выражается в виде обязательности и исполнимости. Рассмотрим эти свойства приговора.

Исключительность вступившего в законную силу приговора суда означает, что суд не может дважды рассматривать одно и то же уголовное дело, т. е. не допускается повторное изучение уголовного дела в суде в отношении одного и того же лица и по одному и тому же обвинению. Свойство ис-

ключительности приговора закреплено в том числе в п. 8 ст. 29 УПК, где сказано, что уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное дело подлежит прекращению, если в отношении лица по тому же обвинению имеется вступивший в законную силу приговор. Исключительность приговора – одна из важнейших гарантий легитимации правосудия, поскольку одно и то же лицо не может быть дважды осуждено за совершенное им преступление. Данное правило особенно важно для лиц, отбывающих наказание. Они должны быть уверены в том, что не будут привлечены к уголовной ответственности повторно за действия, которые уже рассмотрены судом и за которые они осуждены. Повторное рассмотрение дела возможно только в том случае, если приговор по нему будет отменен и дело стало предметом изучения суда в порядке надзорного производства или в силу вновь открывшихся обстоятельств.

При этом Е. А. Матвиенко отмечает, что обвинение признается тем же, когда налицо «полное совпадение фактических и юридических признаков вмененного деяния. Это – наиболее простая и очевидная форма процессуального тождества, которая, однако, не исчерпывает всех возможных вариантов» [17, с. 35]. Необходимо учитывать, что «наличие в уголовном законе правил квалификации преступления, – пишет В. В. Марчук, – формирует в механизме уголовно-правового регулирования единообразный подход в уголовно-правовой оценке преступных деяний одного и того же вида и создает предпосылки для обеспечения прав потерпевших и лиц, виновных в совершении соответствующего преступления» [18, с. 94]. Данный аспект имеет важное значение для квалификации преступления, когда дополнительно представленные в апелляционную инстанцию материалы хотя и вносят разнообразие в фактическую картину преступления, однако не выходят за пределы рассмотренного судом обвинения и не образуют нового. По-иному решается вопрос, когда в дополнительных материалах обнаруживаются признаки преступления, не бывшего предметом судебного разбирательства. В таком случае законная сила приговора не действует и он подлежит отмене.

Неопровержимость приговора, вступившего в законную силу, означает недопустимость его отмены или изменения судом первой инстанции, а также ограничение условий, при которых уголовное дело может быть пересмотрено судом второй инстанции в порядке надзора или в связи с вновь открывшимися обстоятельствами. Такого рода стабильность приговора укрепляет авторитет судебной власти, иначе легитимация правосудия была бы существенно подорвана. Неопровержимым может быть только законный и обоснованный приговор. Если приговор вынесен с нарушением закона, то он должен быть изменен или отменен. Исправле-

ние решений, отраженных в приговоре, возможно только судом второй инстанции в порядке надзорного производства или по причине вновь открывшихся обстоятельств. Отдельные уточнения и дополнения приговора возможны в стадии его исполнения, однако они не затрагивают существа приговора и не ухудшают положения осужденного [17, с. 36–37; 19]. Не подрывает свойств неопровержимости приговора ситуация, когда происходит восстановление пропущенного срока на апелляционное обжалование.

Рассматриваемое свойство законной силы судебного приговора именуют по-разному: непоколебимость [20, с. 350], неизменность [21, с. 150], неизменность (непоколебимость) [15, с. 435]. И все же наиболее приемлемым представляется термин «неопровержимость», поскольку он является общим и касается не только суда, вынесшего приговор, и вышестоящих судов, а также осужденного и потерпевшего, но и других государственных органов, должностных лиц, общественных организаций и движений. Никто из них не должен подвергать сомнению юридическую истинность приговора, вступившего в законную силу. Негативная публичная оценка такого приговора снижает авторитет судебной власти, но не становится поводом для отмены или изменения приговора. Приговор по-прежнему является неопровержимым.

Преюдициальность вступившего в законную силу судебного приговора означает, что выводы суда по данному уголовному делу обязательны для последующих судебных уголовных, гражданских, административных и экономических дел, если они касаются тех же фактов и правоотношений.

В юридической науке принято различать меж- и внутриотраслевую преюдицию. Межотраслевая преюдиция направлена на признание обязательными для суда фактов, установленных судом при осуществлении одного вида правосудия, для другого вида правосудия. Внутриотраслевая преюдиция характерна для одного и того же вида правосудия. В ст. 106 УПК содержатся два вида преюдиции: 1) вступивший в законную силу приговор по уголовному делу обязателен при производстве других уголовных дел в аспекте установления обстоятельств и их юридической оценки; 2) вступившее в законную силу решение суда по гражданскому делу обязательно для органа, ведущего уголовный процесс, но только по вопросам о том, имело ли место общественно опасное деяние, и о размере вреда, однако не может предрешать выводы о виновности или невиновности обвиняемого.

Преюдициальность распространяется только на лиц, в отношении которых рассматривалось дело, и не имеет отношения к лицам, которые не являлись участниками этого дела, но стали ими в новом уголовном деле. Данный аспект не совсем ясно изложен в ст. 106 УПК.

Проблемным представляется вопрос о пределах распространения преюдициальности приговора, вступившего в законную силу: только на установление обстоятельств или также на их юридическую оценку? Исходя из ч. 1 ст. 106 УПК – на оба факта. Под юридической оценкой следует понимать квалификацию и содержащиеся в приговоре выводы. Причем преюдициальное значение имеют факты как удостоверяющие тот или иной элемент предмета доказывания, так и отрицающие его. Еще более определенно об этом говорится в ст. 90 УПК Российской Федерации, которая была изменена Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 191-ФЗ, где сказано, что «обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором <...> признаются <...> без дополнительной проверки». Как видно из приведенной формулировки, в УПК Российской Федерации не упоминается о юридической оценке обстоятельств. И это правильно, поскольку доказывание – это прежде всего установление обстоятельств (фактов), юридическая же оценка их может меняться. Тем не менее в российской юридической литературе данная позиция УПК была подвергнута критике в том смысле, что установленные обстоятельства сами по себе уже предполагают их юридическую оценку. Не соглашаясь с позицией российского законодателя, Д. В. Зотов отмечает: «Обязанность признавать факты без проверки есть не что иное, как предрешение вопросов юридической оценки» [22, с. 102]. Высказано и более радикальное мнение о том, что в ст. 90 УПК Российской Федерации речь идет не о преюдиции, а лишь о неудачной попытке распределения бремени доказывания, причем с целью облегчить положение обвиняемого [23].

Представляется, что к преюдициальности установленных фактов должен применяться дифференцированный подход.

Отраслевая (уголовно-процессуальная) преюдиция применяется к другому уголовному делу, но только в сфере установления фактов, а не их юридической оценки. Это общий подход, иначе уголовный процесс имел бы значительную протяженность во времени. Однако в случае возникновения новых обстоятельств возможна проверка уже выясненных по предыдущему уголовному делу, т. е. установленную ранее преюдицию можно опровергнуть, но опять-таки только уголовно-процессуальным путем. Юридическая оценка установленных обстоятельств (фактов) может меняться по разным причинам, в том числе в связи с изменившимися социально-правовыми явлениями и сроками давности исполнения приговора, поэтому она не должна входить в структуру преюдиции. Есть еще один не менее важный аспект: влияние научно-технического прогресса на возможность установления искомых обстоятельств уголовного дела, особенно это касается применения новой криминалистической техники.

Свойство преюдициальности присуще только судебным актам по уголовным, гражданским, судебным административным и судебным экономическим делам, а несудебные акты по отношению к судебным таким свойством не обладают, поскольку процедура их установления неравнозначна судебной, для которой характерно соблюдение гарантий обнаружения предмета доказывания.

Приговоры, постановленные с использованием сокращенных процедур, не обладают свойством преюдициальности, поскольку в стадии судебного разбирательства не полностью использованы ее возможности и не соблюдены гарантии установления обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Обязательность – свойство судебного приговора, связанное с непосредственным функционированием приговора, что, безусловно, имеет значение для правовой стабильности в обществе. Вступивший в законную силу приговор обязателен для всех органов государственной власти, местных исполнительных и распорядительных органов, должностных лиц и граждан, поскольку решения суда, изложенные в нем, должны быть исполнены. По итогам рассмотрения уголовного дела суд выносит приговор, в котором выражена воля суда по отношению к тем, над кем он распространил свою юрисдикцию. Поскольку суд – орган власти, а атрибутом любой власти является подчинение объекта власти субъекту власти, каждый судебный акт обладает признаком обязательности. В таком смысле приговор как бы приравнивается по своей юридической силе к закону. Никто не может игнорировать факт постановления приговора. Государственные органы, причастные к вынесению приговора, обязаны информировать друг друга о нем и его последствиях. Причем все приговоры, независимо от того, каким судом они вынесены, обладают свойством обязательности и имеют одинаковую юридическую силу.

Исполнимость – такое свойство законной силы приговора, которое укрепляет его обязательность и является ее продолжением. В основе исполнимости приговора лежит заинтересованность в том, чтобы все его решения были исполнены. Отсутствие данного свойства приговора и ограничение только его обязательностью свидетельствовали бы о том, что суд не обладает принудительной силой

по отношению к тем, кто осуществляет фактическое исполнение приговора, и судебная защита оказалась бы просто формальной, иллюзорной, в то время как легитимное правосудие предполагает реальную судебную защиту прав и законных интересов сторон.

Необходимо учитывать, что в исполнении приговора заинтересован прежде всего суд, постановивший приговор. Именно на нем лежит обязанность принять решение о начале фактического исполнения приговора, особенно решения об уголовном наказании. Для этого суд направляет органу, ведающему исполнением конкретного вида наказания, документ, обеспечивающий обращение приговора к исполнению. В последующем суд вправе осуществлять контроль за исполнением приговора путем разрешения вопросов, возникающих при исполнении приговора и требующих уголовно-процессуальной деятельности.

Как только орган, ведающий исполнением наказания, получил от суда, постановившего приговор, распоряжение об исполнении приговора, он становится функционально заинтересованным в исполнении приговора.

Потерпевший лично заинтересован в исполнении приговора, если приговор, по его мнению, отвечает требованию справедливости. В связи с этим потерпевший вправе через суд, постановивший приговор, периодически интересоваться процессом исполнения приговора. Что касается осужденных, то не каждый из них готов к добровольному исполнению приговора. Некоторые принимают меры к уклонению от отбывания наказания. Заметим, что приговор подлежит исполнению, пока не истек срок давности его исполнения.

Приговор, кроме решений, связанных с наказанием, содержит и иные решения, например о вещественных доказательствах, процессуальных издержках, гражданском иске и т. п. Своевременность их исполнения во многом зависит от суда, постановившего приговор, и от органов, обеспечивающих исполнительное производство. Не исключены случаи, когда материальный ущерб, причиненный в результате преступления, возмещается раньше, чем приговор вступает в законную силу. Тем не менее такого рода опережение ориентировано на законную силу приговора.

Заключение

К приговору суда как акту правосудия УПК Республики Беларусь предъявляет требования законности, обоснованности, мотивированности и справедливости. Атрибутивными свойствами приговора являются законность и обоснованность, при наличии которых мотивированность и справедливость приговора предполагаются. Мотивированность – это внешняя форма обоснованности при-

говора, оформление внутреннего убеждения судей в обоснованности. Справедливость приговора носит субъективный характер. Представление о его справедливости может не совпадать у конфликтующих сторон.

Вступление приговора в законную силу означает, что легитимация правосудия по конкретному уголовному делу состоялась. Участники судебного

процесса реализовали свои процессуальные возможности и полномочия, результатом которых явился приговор. Сущность законной силы приговора необходимо видеть не в самом приговоре как таковом, а в его функциональном предназначении: устранении правовой неопределенности и окончательном разрешении юридического

конфликта. При вступлении приговора в законную силу, кроме требований, изначально предъявляемых к нему, он приобретает новые свойства, обуславливающие его устойчивость и функциональность: исключительность, неопровержимость, преюдициальность, обязательность, исполнимость.

Библиографические ссылки

1. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь : с изм. и доп., внесенными Законом Респ. Беларусь от 5 янв. 2016 г. Минск, 2016.
2. Кобликов А. С. Судебный приговор. М., 1966.
3. Уголовный кодекс Белорусской ССР. Уголовно-процессуальный кодекс Белорусской ССР : офиц. тексты : с изм. и доп. на 1 апр. 1985 г. Минск, 1985.
4. Куцова Э. Ф. Советская кассация как гарантия законности в правосудии. М., 1957.
5. Перлов И. Д. Приговор в советском уголовном процессе. М., 1960.
6. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса : в 2 т. М., 1970. Т. 2.
7. Лупинская П. А. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и форма. М., 1976.
8. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. М., 2007.
9. Загорский Г. И. Постановление приговора: проблемы теории и практики. М., 2014.
10. Белоносов В. О., Громов Н. А. Приговор суда в уголовном судопроизводстве // Право и политика. 2001. № 12. С. 95–103.
11. Чайковская М. А. Свойства приговора. М., 2013.
12. Новый краткий словарь иностранных слов / отв. ред. Н. М. Семенова. М., 2005.
13. Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. 4-е изд. М., 1988.
14. Бибило В. Н. Проблемы юриспруденции : избр. тр. Минск, 2010.
15. Уголовный процесс БССР / под ред. С. П. Бекешко, Е. А. Матвиенко. 2-е изд., испр. и доп. Минск, 1979.
16. Грошевой Ю. М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. Харьков, 1979.
17. Матвиенко Е. А., Бибило В. Н. Уголовное судопроизводство по исполнению приговора. Минск, 1982.
18. Марчук В. В. Методологические основы квалификации преступления. М., 2016.
19. Бибило В. Разъяснение судом сомнений и неясностей, возникающих при исполнении приговора // Судовы весн. 2016. № 4. С. 66–70.
20. Якупов Р. Х. Уголовный процесс. М., 1998.
21. Уголовный процесс. Особенная часть : в 2 т. / под общ. ред. Л. И. Кукреш. Минск, 2017. Т. 2.
22. Зотов Д. В. Преюдициальные судебные акты как необходимые пределы доказывания в уголовном судопроизводстве // Государство и право. 2017. № 3. С. 101–104.
23. Султанов А. Р. Вопросы межотраслевой преюдиции // Адвокат. 2011. № 6. С. 34–42.

References

1. Criminal Procedure Code of the Republic of Belarus. Minsk, 2016 (in Russ.).
2. Koblikov A. S. [Judicial Sentence]. Moscow, 1966 (in Russ.).
3. Ugolovnyi kodeks Belorusskoi SSR. Ugolovno-protsessual'nyi kodeks Belorusskoi SSR : offic. text : ed. and revis. on 1 April, 1985. Minsk, 1985 (in Russ.).
4. Kutsova E. F. [Soviet Cassation as a Guarantee of Validity in the System of Justice]. Moscow, 1957 (in Russ.).
5. Perlov I. D. [Sentence in Soviet Criminal Procedure]. Moscow, 1960 (in Russ.).
6. Strogovich M. S. [Course in Soviet Criminal Procedure] : in 2 vol. Moscow, 1970. Vol. 2 (in Russ.).
7. Lupinskaya P. A. [Judgments in Criminal Proceedings. Their Types, Contents and Form]. Moscow, 1976 (in Russ.).
8. Criminal Procedure Code of the Russian Federation. Moscow, 2007 (in Russ.).
9. Zagorskii G. I. [Sentencing: Problems of Theory and Practice]. Moscow, 2014 (in Russ.).
10. Belonosov V. O., Gromov N. A. [Court Sentence in Criminal Proceedings]. *Law Polit.* 2001. No. 12. P. 95–103 (in Russ.).
11. Tchaikovskaya M. A. [Characteristics of a Sentence]. Moscow, 2013 (in Russ.).
12. Semenova N. M. (ed.). New Concise Dictionary of Foreign Words. Moscow, 2005 (in Russ.).
13. Prokhorov A. M. (ed.). [Soviet Encyclopedic Dictionary]. 4th ed. Moscow, 1988 (in Russ.).
14. Bibilo V. N. [Jurisprudence Issues : selected works]. Minsk, 2010 (in Russ.).
15. Bekeshko S. P., Matvienko E. A. (eds). [Criminal Procedure of the BSSR]. 2nd ed. Minsk, 1979 (in Russ.).
16. Groshevoi Y. M. [Essence of Court Judgments in Soviet Criminal Procedure]. Kharkov, 1979 (in Russ.).
17. Matvienko E. A., Bibilo V. N. [Criminal Proceedings on Sentence Execution]. Minsk, 1982 (in Russ.).
18. Marchuk V. V. [Methodological Grounds for Crime Qualification]. Moscow, 2016 (in Russ.).
19. Bibilo V. [Clarification by the Court of Doubts and Vagueness Arising from Sentence Execution]. *Sudovy vesnik*. 2016. No. 4. P. 66–70 (in Russ.).
20. Yakupov R. K. [Criminal Procedure]. Moscow, 1998 (in Russ.).
21. Kukresh L. I. (ed.). [Criminal Procedure. Special Part] : in 2 vol. Minsk, 2017. Vol. 2 (in Russ.).
22. Zotov D. V. [Prejudgment Judicial Acts as Necessary Burden of Proof in Criminal Proceedings]. *State Law*. 2017. No. 3. P. 101–104 (in Russ.).
23. Sultanov A. R. Issues of Inter-Industry Prejudgment. *Advocate*. 2011. No. 6. P. 34–42 (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 19.05.2017.
Received by editorial board 19.05.2017.

УДК 343.98

МЕСТО ФИНАНСОВО-ЭКОНОМИЧЕСКИХ ЗНАНИЙ В СТРУКТУРЕ КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЙ НАУКИ

Ж. И. КОВГАН¹⁾

¹⁾Академия МВД Республики Беларусь, пр. Машерова, 6, 220005, г. Минск, Беларусь

Финансово-экономические знания рассматриваются в контексте криминалистики, о структуре которой в научной литературе ведутся дискуссии. Анализ мнений ученых показал, что финансово-экономические знания органично входят в классическую четырехзвенную систему криминалистики, вследствие чего расширяется и изменяется содержание некоторых ее разделов. По результатам настоящего исследования определено место финансово-экономических знаний в криминалистической науке. Отмечается, что данные знания могут использоваться при анализе, синтезе и в составе иных методов. В рамках криминалистической техники представляется целесообразным применять финансово-экономические знания при криминалистическом исследовании документов и создании криминалистических учетов. Еще одним разделом криминалистики, который, по нашему мнению, может включать в себя вопросы, относящиеся к финансово-экономическим знаниям, является криминалистическая тактика, а именно: тактика проведения отдельных процессуальных действий, использование специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений, назначение и производство экспертизы. Финансово-экономические знания могут применяться при расследовании широкого спектра преступлений, поэтому их место – в частных криминалистических методиках расследования отдельных преступлений.

Ключевые слова: финансово-экономические знания; криминалистические знания; криминалистика; предмет криминалистики; криминалистическая техника; криминалистическая тактика; криминалистическая методика.

THE PLACE OF FINANCIAL AND ECONOMIC KNOWLEDGE IN STRUCTURE OF CRIMINALISTIC SCIENCE

Z. I. KOVGAN^a

^aAcademy of the Interior Ministry of the Republic of Belarus, 6 Masherava Avenue, Minsk 220005, Belarus

In article financial and economic knowledge are considered within criminalistics about which structure in scientific literature discussions are conducted. The analysis of opinions of scientists showed that financial and economic knowledge organically fits into classical four-unit system of criminalistics that expands and changes contents of its separate sections. By results of the conducted research the place of financial and economic knowledge in the called science is determined. By the author it is seen that the called knowledge can be applied to carrying out the analysis, synthesis and other methods. Within the criminalistic equipment, it is advisable, to apply financial and economic knowledge in case of a criminalistic research of documents and creation of criminalistic accounting. One more section of criminalistics which, in our opinion, can include the questions relating to financial and economic knowledge is criminalistic tactics, namely: tactics of carrying out separate legal proceedings; use of special knowledge in disclosure and investigation of crimes, appointment and production of examination. Financial and economic knowledge can be applied in case of investigation of a wide range of crimes therefore their place in private criminalistic techniques, investigations of separate crimes.

Key words: financial and economic knowledge; criminalistic knowledge; criminalistics; criminalistics subject; criminalistic equipment; criminalistic tactics; criminalistic technique.

Образец цитирования:

Ковган Ж. И. Место финансово-экономических знаний в структуре криминалистической науки // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 83–87.

For citation:

Kovgan Z. I. The place of financial and economic knowledge in structure of criminalistic science. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 83–87 (in Russ.).

Автор:

Жанна Ивановна Ковган – адъюнкт научно-педагогического факультета Академии МВД Республики Беларусь. Научный руководитель – кандидат юридических наук, доцент А. В. Яскевич.

Author:

Zhanna I. Kovgan, postgraduate student at the scientific pedagogical faculty Academy of the Interior Ministry of the Republic of Belarus.
jane_2007@mail.ru

Финансово-экономические знания – совокупность сведений о процессах движения денежных средств между участниками экономических отношений (государством (государствами), хозяйствующими субъектами, физическими лицами). Несмотря на то что эта категория является экономической, ее можно рассматривать как теоретический инструментарий, позволяющий противодействовать преступности в сфере экономики. В частности, она может применяться специалистами, проводящими экономические экспертизы для целей уголовного процесса, и сотрудниками органов уголовного преследования. При этом обозначенная деятельность кардинально отличается от деятельности по ведению финансового учета. Данный факт свидетельствует о том, что исследуемая область знаний относится также к числу прикладных юридических наук [1, с. 26]. По нашему мнению, финансово-экономические знания генерируются науками экономического профиля: управленческими функциональными дисциплинами (планирование, статистика, экономический анализ, контроль и др.), специальными экономическими науками (экономика труда, ценообразование, финансы, денежное обращение, кредит и др.), а также юридическими науками (криминалистика, судебная экспертиза). В рамках настоящей работы рассмотрим финансово-экономические знания в структуре криминалистической науки.

Криминалистические знания – одна из составляющих криминалистического обеспечения деятельности правоохранительных и судебных органов – разделяются на фундаментальные и прикладные. Фундаментальные знания представляют собой теоретические аспекты криминалистики, в частности «содержание общей теории криминалистики и частных криминалистических теорий и учений» [2, с. 65]. Прикладные знания охватывают научные рекомендации для практического использования, криминалистические приемы, тактические комбинации, технико-криминалистические операции и процедуры, частные криминалистические методики расследования преступлений, технико-криминалистические средства и технологии [2, с. 65].

В соответствии с современными представлениями большинства ученых криминалистика состоит из четырех разделов.

Первый раздел – общая теория – является методологической базой криминалистики, которая включает в себя ее предмет, систему, задачи и методы, криминалистическую идентификацию, установление групповой принадлежности, а также диагностические исследования.

Второй раздел – криминалистическая техника – «система научных положений и разрабатываемых на их основе криминалистических средств, приемов и методов, которые предназначены для обнаружения, фиксации, исследования и использования информации о расследуемом событии» [3, с. 11–12].

Третий раздел – криминалистическая (следственная) тактика – «система научных положений и разрабатываемых на их основе рекомендаций по организации и планированию предварительного и судебного следствия» [3, с. 12].

Четвертый раздел – криминалистическая методика (методика расследования и предотвращения отдельных видов преступлений) – «криминалистические рекомендации, основанные на законах о расследовании отдельных видов (групп) преступлений» [3, с. 12].

Однако некоторые авторы определяют в системе криминалистики иное количество разделов. Так, А. В. Дулов, кроме четырех классических, выделяет пятый раздел – криминалистическую стратегию, содержащую методы и модели исследования уголовных дел, общие рекомендации по организации процесса расследования, вопросы выявления и основы взаимодействия с союзниками и т. д. Ученый обосновывает необходимость вычленения данного раздела тем, что он «позволит усилить теоретическую основу следователя» [4, с. 14].

В свою очередь, В. Ф. Ермолович, помимо четырех традиционных, выделяет в системе криминалистики раздел криминалистической характеристики отдельных видов преступлений [5, с. 276].

По мнению Г. А. Зорина, криминалистика должна содержать семь разделов: теорию (концепции, теории, учения, понятия); методологию (методы криминалистики, используемые в научной, практической и учебной деятельности); стратегию («логико-психологическое преобразование исходной информации с поэтапным изменением целей и задач на протяжении всего расследования»); криминалистическую тактику («совокупность приемов и способов оптимизации следственных действий и тактических операций»); криминалистическую методику (система знаний об «особенностях отдельных видов преступлений» и «специфических стратегических и тактических подходах»); криминалистическую технику («о свойствах, строении и процессах обнаружения следов с использованием специальных методов систем и оборудования»); криминалистическую экспертологию («система методик производства и разработки криминалистических экспертиз») [6, с. 22–23].

Ученые ведут дискуссии не только о системе криминалистики, но и о содержании каждого ее раздела. В учебниках по криминалистике части одного раздела нередко перемещаются в другой. Так, в первом разделе криминалистики (общая теория) одни авторы рассматривают вопросы о предмете, задачах, методах, системе и месте криминалистики в системе научного знания, другие – вопросы об истории развития этой науки, ее объекте и т. д. По нашему мнению, данная тенденция обусловлена стремлением ученых к более совершенной систематизации накопленного материала, что по-

зволило бы вычленивать из массива накопленной информации самую необходимую и удалить излишнюю (не относящуюся к криминалистике). Однако описанный подход только затрудняет процесс становления и развития криминалистики как науки.

Таким образом, мнения авторов о системе криминалистики расходятся. Выделяются сторонники двух доминирующих позиций: четырехзвенной криминалистики и добавления к существующим новым разделов. Некоторые ученые полагают, что альтернативой выхода из сложившейся ситуации может стать создание системы отраслевого деления криминалистики, способной решить вопросы, связанные с содержанием общей теории криминалистики, путем равномерного ее распределения в рамках новых видов этой науки. Данную тему исследовали Г. А. Шумак, Г. А. Зорин, С. П. Голубятников и другие ученые.

Необходимость в создании отраслей криминалистики, по мнению Г. А. Зорина, назрела по нескольким причинам. Рассмотрение криминалистики только в рамках классической системы обедняет ее содержание, поскольку «криминалистическая информация широко используется» в различных сферах деятельности человека (например, в прокурорском надзоре, судебном производстве, хозяйственной деятельности при анализе ценных бумаг и других формах юридической деятельности). Следовательно, формирование отраслей криминалистики находится в прямой зависимости от существующих видов деятельности и наличия правовых норм, регулирующих ее. В качестве примера ученый приводит банковскую криминалистику. Вопросы регулирования банковской деятельности изучаются в рамках банковского права, значит, необходимо разрабатывать систему методов предупреждения и расследования преступлений в данной сфере [6, с. 24–26].

Отраслевое построение системы криминалистики, по мнению Г. А. Шумака, должно выступать дополнением к существующей. Такое сочетание повысит востребованность криминалистики в правоохранительной деятельности. С точки зрения ученого, при формировании отраслей криминалистики необходимо исходить из «особенностей следообразования, характера и специфики следов-отображений» [7].

К теме выделения отраслей криминалистики критически подходил Р. С. Белкин, называя их «фантомами криминалистики». Ученый считал, что такое представление о системе криминалистики противоречит ее сущности [8, с. 225].

Полагаем, что финансово-экономические знания могут быть включены в существующую четырехзвенную систему криминалистики.

По нашему мнению, место финансово-экономических знаний находится в первом разделе кри-

миналистики (теоретические основы). В частности, финансово-экономические знания являются экономической категорией, но они могут применяться сотрудниками правоохранительных органов для решения задач, возникающих в процессе борьбы с преступностью (например, для исследования документов бухгалтерского учета и отчетности, понимания их смыслового содержания и т. д.). Так, С. П. Голубятников пишет о важности использования при расследовании экономических преступлений методов экономической науки (частью которых являются финансово-экономические знания). Подобная тенденция обусловлена необходимостью «более полного использования имеющихся связей между изменениями значений экономических показателей и конкретными характеристиками события преступления» [9, с. 8–9]. Следовательно, место финансово-экономических знаний – в совокупности методов криминалистики.

В рамках криминалистической техники, на наш взгляд, необходимо рассматривать вопросы применения финансово-экономических знаний в криминалистическом исследовании документов и криминалистических учетах, что основано на следующих суждениях.

Финансово-экономическая информация отражается в документах бухгалтерского учета и отчетности и может являться следом преступления. Исходя из этого, в криминалистическом изучении документов целесообразно выделить новое направление – экономико-криминалистическое исследование экономической информации в документах бухгалтерского учета и отчетности, – в задачи которого входит установление фактов, связанных с преступлением. Например, об экономической информации как следе пишет В. А. Тимченко в диссертационной работе «Концепция криминалистической диагностики преступлений на основе бухгалтерской информации» [10].

Криминалистические учеты – система фиксации и сосредоточения признаков и сведений о криминалистически значимых объектах. Их предназначение – обеспечить условия для розыска и отождествления разных объектов сотрудниками органов, ведущих борьбу с преступностью [11]. На практике предпринимались попытки внести в криминалистические учеты сведения о преступлениях в сфере экономики. Так, в Томской области Российской Федерации в 1992 г. экспериментально была внедрена единая информационная база данных «Компраэкономик», которая включала в себя сведения о всевозможных проверках фирм, сгруппированных по кодам обозначения различных нарушений. Использование данной базы позволило к 1998 г. обобщить результаты проверок отдела по борьбе с экономическими преступлениями, налоговых инспекций и полиции, а также экспертных заключений [12]. Следовательно, финансово-

экономические знания могут применяться для создания криминалистических учетов.

Еще одним разделом криминалистики, который, по нашему мнению, может содержать вопросы, относящиеся к финансово-экономическим знаниям, является криминалистическая тактика. В него входят: общие положения; учение о криминалистической версии; принципы взаимодействия между различными подразделениями правоохранительных органов; принципы использования данных, полученных из оперативных источников; общие рекомендации (по организации и планированию расследования, тактике проведения отдельных следственных действий, использованию на предварительном и судебном следствии специальных знаний, помощи специалистов и т. д.).

С учетом этого полагаем, что место финансово-экономических знаний – в тактике проведения процессуальных действий и использовании на предварительном и судебном следствии специальных знаний, помощи специалистов. Данное заключение основано на нескольких доводах.

Тактика проведения процессуальных действий включает в себя подготовку, производство, фиксацию и оценку результатов следственных действий. Применение знаний из различных отраслей наук в криминалистической тактике продемонстрируем на следующем примере. При осмотре документов может осуществляться их технико-криминалистическое исследование (для выявления материального подлога), а также анализ содержания с помощью финансово-экономических знаний (для обнаружения интеллектуального подлога). Особенности использования экономических знаний при проведении отдельных следственных действий (осмотр, допрос, назначение экспертизы и оценка заключения эксперта) изучены Г. А. Шумаком [13, с. 49–87].

Финансово-экономические знания также применяются при назначении экономических экспертиз и проверок, подготовке материалов для исследования и определения перечня вопросов в целях оценки экспертных заключений и актов проверки.

Исходя из содержания криминалистической тактики, финансово-экономические знания также можно рассматривать в ее рамках.

Частная криминалистическая методика изучает вопросы, связанные с использованием криминалистических знаний, в том числе знаний других наук, которые востребованы при решении специфических криминалистических задач.

Финансово-экономические знания применяются при расследовании широкого спектра преступлений, что не позволяет рассматривать их в рамках частной криминалистической методики какого-то одного вида (группы) преступлений. Например, Л. П. Климович, Т. В. Брыскова и М. А. Власова в статье «Возможности экономической и экономико-стоимостной экспертиз, назначаемых при расследовании уголовных дел о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков» [14] рассматривают возможность применения экономических знаний (частью которых являются финансово-экономические знания) при расследовании дел о незаконном обороте наркотиков для установления фактов получения незаконных доходов от совершенного преступления, а также выяснения дальнейшего использования этих доходов в легальных экономических операциях «на этапе предварительной проверки поступившей информации о совершенном преступлении», что в конечном итоге позволяет собрать доказательства о совершенном деянии [14, с. 111]. Кроме того, финансово-экономические знания могут быть применены при расследовании терактов в целях выявления источников финансирования лиц, совершивших преступление, и т. д.

В связи с этим логично предположить, что финансово-экономические знания могут входить в состав различных частных криминалистических методик.

Таким образом, финансово-экономические знания не концентрируются в криминалистике в виде понятий, дефиниций и категорий. Они существуют вне парадигмы системы криминалистических знаний, где многое подчинено решению идентификационных, диагностических, классификационных и профилактических задач. Финансово-экономические знания являются относительно новым направлением криминалистики, исследование и внедрение которого в данную науку позволит изменить и расширить содержание таких ее разделов, как криминалистическая теория, криминалистическая техника (криминалистическое исследование документов, криминалистические учеты), криминалистическая тактика (тактика проведения отдельных процессуальных действий, использование специальных знаний в раскрытии и расследовании преступлений, назначение и производство экспертизы) и криминалистическая методика (частная криминалистическая методика, расследования отдельных преступлений).

Библиографические ссылки

1. Леханова Е. С. Судебно-экономические знания в юридической науке / под ред. С. П. Голубятникова. Н. Новгород, 2011.
2. Аверьянова Т. А., Белкин Р. С., Бородулин А. И. и др. Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования / под ред. Т. А. Аверьяновой, Р. С. Белкина. М., 1997.
3. Хлус А. М. Криминалистика: курс интенсивной подготовки. Минск, 2007.

4. Дулов А. В., Грамович Г. И., Лапин А. В. и др. Криминалистика / под ред. А. В. Дулова. Минск, 1998.
5. Ермолович В. Ф. Криминалистическая характеристика преступлений. Минск, 2001.
6. Зорин Г. А. Теоретические основы криминалистики. Минск, 2000.
7. Шумак Г. А. Экономическая криминалистика в системе криминалистической науки [Электронный ресурс]. 2001. URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/23561/1/27_шумак.pdf (дата обращения: 02.02.2016).
8. Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. М., 2001.
9. Голубятников С. П., Дашков А. Т., Танасевич В. Г. Экономико-криминалистические средства борьбы с преступностью в сфере социалистической экономики. Горький, 1983.
10. Тимченко В. А. Концепция криминалистической диагностики преступлений на основе бухгалтерской информации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Н. Новгород, 2001.
11. Колпина Л. Г., Кондратьева Т. Н., Лапка А. А. Финансы предприятий / под общ. ред. Л. Г. Колпиной. 2-е изд. Минск, 2004.
12. Лейман Н. В. Бухгалтеры-криминалисты [Электронный ресурс]. URL: <http://www.buhgalteria.ru/article/1102> (дата обращения: 10.04.2016).
13. Шумак Г. А. Бухгалтерский анализ как метод расследования преступлений. Минск, 1985.
14. Климович Л. П., Брыскова Т. В., Власова М. А. Возможности экономической и экономико-стоимостной экспертизы, назначаемых при расследовании уголовных дел о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков // Вестн. Нижегород. ун-та им. Н. И. Лобачевского. 2015. № 2. С. 111–116.

References

1. Lekhanova E. S. [Judicial and economic knowledge in jurisprudence]. Nizhny Novgorod, 2011 (in Russ.).
2. Aver'anova T. A., Belkin R. S., Borodulin A. I., et al. [Criminalistic ensuring activities of criminal militia and bodies of preliminary inquiry]. Moscow, 1997 (in Russ.).
3. Khlus A. M. [Criminalistics: rate crash course subgoth]. Minsk, 2007 (in Russ.).
4. Dulov A. V., Gramovich G. I., Lapin A. V., et al. [Criminalistics]. Minsk, 1998 (in Russ.).
5. Ermolovich V. F. [Criminalistic characteristic of crimes]. Minsk, 2001 (in Russ.).
6. Zorin G. A. [Theoretical fundamentals of criminalistics]. Minsk, 2000 (in Russ.).
7. Shumak G. A. [Economic criminalistics in system of criminalistic science]. 2001. URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/23561/1/27_шумак.pdf (date of access: 02.02.2016) (in Russ.).
8. Belkin R. S. [Kriminalistika: problems of today. Burning issues of the Russian criminalistics]. Moscow, 2001 (in Russ.).
9. Golubyatnikov S. P., Dashkov A. T., Tanasevich V. G. [Economical and criminalistic means of fight against crime in the sphere of socialist economy]. Gorky, 1983 (in Russ.).
10. Timchenko V. A. [The concept of criminalistic diagnostics of crimes on the basis of accounting information] : dissertatsiya... kandidata yuridicheskikh nauk : 12.00.09. Nizhny Novgorod, 2001 (in Russ.).
11. Kolpina L. G., Kondrat'eva T. N., Lapko A. A. [Finance of the entities]. 2nd ed. Minsk, 2004 (in Russ.).
12. Leiman N. V. [Accountants-criminalists]. URL: <http://www.buhgalteria.ru/article/1102> (date of access: 10.04.2016) (in Russ.).
13. Shumak G. A. [Accounting analysis as method of investigation of crimes]. Minsk, 1985 (in Russ.).
14. Klimovich L. P., Bryskova T. V., Vlasova M. A. The potential of forensic economic and cost analysis in the investigation of criminal cases of illegal drug trafficking. *Vestnik of Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod*. 2015. No. 2. P. 111–116 (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 13.02.2017.
Received by editorial board 13.02.2017.

УДК 343.98

КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЕ ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ КОРРУПЦИОННЫМ ПРОЯВЛЕНИЯМ: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

А. М. ХЛУС¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет,
пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Анализируются фундаментальные, правовые, организационно-экономические, информационные, социальные и культурно-исторические факторы коррупции, одновременно рассматриваемые учеными в качестве ее причин. Сделан вывод о том, что эти факторы (причины) составляют одноименные группы условий для возникновения коррупции как негативного социального явления. Отмечается, что не все они характерны для любого государства: в зависимости от его устройства, размеров территории, особенностей национальной культуры и законодательства возможно формирование тех или иных условий для развития коррупции. Обосновывается, что причиной коррупции является обстоятельство, отражающее сущностное содержание возникающих между людьми отношений, складывающихся на взаимной выгоде, по принципу взаимного обмена «даю, чтобы и ты дал», на котором и основаны коррупционные отношения. Доказательством этого факта служат отношения взяточничества. Акцентируется роль криминалистики в выявлении и устранении условий для возникновения коррупции. Уточняется, что одна из функций данной науки – прогнозирование развития преступной деятельности. В целях обнаружения условий для появления коррупции криминалистическое прогнозирование должно осуществляться в процессе проведения экспертизы нормативных правовых актов, методами которой являются криминалистический анализ и матрицирование.

Ключевые слова: коррупция; факторы коррупции; условия коррупции; причины коррупции; принцип взаимного обмена; коррупционные отношения; криминалистика; криминалистическое прогнозирование; экспертиза нормативных правовых актов; криминалистический анализ; криминалистическое матрицирование.

CRIMINALISTICS COUNTERACTION TO CORRUPTION DISPLAYS: PROBLEMS AND PROSPECTS

A. M. KHLUS^a

^aBelarusian State University,
4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

In the article an author is analyse factors corruptions, simultaneously examined scientists and as its reasons. The short-story analysis of some fundamental, legal, organizational-economic, informative, social and cultural and historical factors (reasons) of corruption allowed to draw conclusion, that they make the of the same name groups of terms for an origin corruption as the negative social phenomenon. It is thus noticed that not all these terms are characteristic for any state. Depending on the device of the state, sizes of his territory, features of national culture and legislation and other circumstances forming of one or another terms is possible for a corruption. As reason of corruption an author sees a circumstance, reflecting essence maintenance of arising up between people relations, formed on a mutual benefit, on the basis of principle of mutual exchange «I give, that and you gave». On the basis of this principle there are corruption relations. It is possible to examine the relations of bribery proof of this fact. An author specifies on the role of criminalistics in an exposure and removal of terms of corruption. One of functions of this science is prognostication of development of criminal activity. With the purpose of

Образец цитирования:

Хлус А. М. Криминалистическое противодействие коррупционным проявлениям: проблемы и перспективы // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 88–97.

For citation:

Khлus A. M. Criminalistics counteraction to corruption displays: problems and prospects. *J. Belarus. State Univ. Law.* 2017. No. 3. P. 88–97 (in Russ.).

Автор:

Александр Михайлович Хлус – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры криминалистики юридического факультета.

Author:

Alexander M. Khлus, PhD (law), docent; associate professor at the department of criminalistics, faculty of law.
khлus.home@mail.ru

exposure of terms of corruption criminalistics prognostication must be carried out in the process of leadthrough of examination of normative legal acts. By methods which it is expedient to use during the leadthrough of such examination there are a criminalistics analysis and matrixing.

Key words: corruption; factors of corruption; terms of corruption; reasons of corruption; principle of mutual exchange; corruption relations; criminalistics; criminalistics prognostication; examination of normative legal acts; criminalistics analysis; criminalistics matrixing.

Коррупция в современных научных исследованиях рассматривается как сложное социальное, политическое, экономическое [1] и культурное [2] явление, затрагивающее все страны. Многие феномены, в том числе и коррупция, возникают как следствие одной или нескольких причин.

В российских научных публикациях встречается упоминание о факторах коррупции. Так, В. М. Полтерович разделил факторы коррупции на следующие группы: фундаментальные, правовые, организационно-экономические, информационные, социальные и культурно-исторические [3, с. 35]. При этом термин «фактор» в различных источниках трактуется по-разному. В «Словаре русского языка» С. И. Ожегова фактор – это «момент, существенное обстоятельство в каком-нибудь процессе, явлении» [4, с. 692]. Очевидно, что такое понимание термина «фактор» отражает внутреннюю составную часть коррупции, но не ее внешнюю сторону. Такая формулировка не позволяет выделить то, что служит основой для возникновения коррупции как общественного явления и на что должны быть направлены меры противодействия.

В Большой советской энциклопедии фактор представлен как «причина, движущая сила какого-либо процесса, определяющая его характер или отдельные его черты» [5, с. 458]. В свою очередь, причина рассматривается в качестве явления, вызывающего, обуславливающего возникновение другого явления, т. е. в нашем примере она порождает феномен коррупции.

При выделении причин коррупции следует иметь в виду, что в качестве таковых (или, правильнее, таковой) необходимо рассматривать те из них, которые лежат в основе любого коррупционного проявления.

По нашему мнению, главной причиной коррупции является обстоятельство, отражающее сущностное содержание межличностных отношений между людьми. Дело в том, что формирование общественных отношений происходит в процессе взаимодействия субъектов. Социальное взаимодействие представляет собой систему взаимообусловленных социальных действий, связанных циклической зависимостью, при которой действие одного субъекта одновременно является причиной и следствием ответных действий других субъектов [6, с. 83].

Фундаментом социального взаимодействия выступают как общественные, так и личные потреб-

ности индивидов. Разнообразие потребностей (материальных, духовных и др.) человека и постоянная необходимость их удовлетворения привели к исследованию возникающих между людьми отношений и поиску закономерностей. Лучшие и авторитетнейшие умы человечества выработали правила взаимоотношений между людьми, на основе которых две тысячи лет назад был сформулирован закон. Он выражается в простом, кратком и емком алгоритме: «Поступай с людьми так, как ты бы хотел, чтобы они поступали с тобой». Данный тезис стал золотым правилом в отношениях между людьми: давать другому то, что мы хотим получить от него. Межличностные общественные отношения на протяжении многих веков формируются на взаимной выгоде, по принципу взаимного обмена «даю, чтобы и ты дал», на основе которого при определенных условиях и возникают коррупционные отношения. Доказательством этого факта служат отношения взяточничества. В итоге правомерные общественные отношения искажаются в результате действий двух сторон: взяткодателя и взяткополучателя, которые нарушают нормы не только права, но и нравственности, так как нормы нравственности не допускают совершения действий на основе принципа взаимного обмена вопреки установленным нормам права.

Однако взяточничество, на которое в коррупции приходится львиная доля, не охватывает всех форм и видов коррупционных проявлений. Несмотря на их разнообразие (кроме взяточничества), все они обладают общим характерным признаком, который во всех случаях связан с личностью коррупционера, стремящегося «улучшить свое материальное положение». При этом всегда отсутствует внешний побуждающий фактор к осуществлению коррупционного деяния, как, например, при взяточничестве, где есть взяткодатель, провоцирующий получение взятки. Инициатива совершить преступление всегда принадлежит коррупционеру, испытывающему внутреннее корыстное побуждение. И хотя любому человеку свойственно стремление к материальному благополучию, в ситуации с коррупцией оно нередко превращается в навязчивую идею, реализация которой становится главной целью должностного лица, совершающего хищения путем злоупотребления должностным положением, а также иные преступления коррупционной направленности. Не этим ли объясняется наличие у бывших и действующих российских чиновников

недвижимости и валютных счетов в банках за пределами России [7]?

С некоторой интерпретацией рассматриваемый принцип представлен в психологии в виде правила взаимного обмена, которое гласит: мы должны постараться отблагодарить каким-либо образом человека за оказанную нам услугу [8, с. 48].

Правило взаимного обмена глубоко внедрилось в сознание людей благодаря социализации, которой они подверглись. Человек живет не сам по себе, а в обществе. Любое общество подразумевает сотрудничество: ты помогаешь мне в этом, я помогаю тебе в другом; ты делишься со мной мясом, я делюсь с тобой рыбой... По принципу «ты – мне, я – тебе» живут не только люди, но и животные, насекомые, растения и практически все живые существа. Стремление быть благодарным заложено в самой природе.

Белорусские исследователи рассматривают факторы коррупции, выделенные В. М. Полтеровичем, в качестве ее причин [9, с. 140]. Безусловно, знание этих причин коррупции позволяет определить направления противодействия данному негативному явлению. Однако мы считаем, что представленные ученым группы факторов коррупции не следует трактовать в качестве ее причин. Их содержательная сторона больше соответствует условиям для возникновения коррупции. Условие – это та среда, в которой формируется, существует и развивается явление (в данном случае – коррупция).

Рассмотрим подробнее факторы-условия возникновения коррупции в целях выявления их объективного существования в Беларуси.

В качестве *фундаментальных* условий для появления коррупции названы несовершенство экономических институтов и экономической политики, государственное вмешательство в экономику, контроль государства над ресурсной базой, монополизация отдельных отраслей экономики, неразвитость конкуренции, низкий уровень развития гражданского общества.

В экономической теории под институтом понимают систему правил, на основе которых действующие субъекты хозяйствования вступают в экономические отношения. Совокупность формальных и неформальных институтов образует экономическую систему. Формальные институты – это регламентированные нормативными правовыми актами правила, относящиеся к экономической деятельности. К числу неформальных институтов относятся традиции, а также правила, которые не предусмотрены нормативными правовыми актами, но практикуются субъектами хозяйствования [10]. Особенность экономического развития Республики Беларусь и иных постсоветских стран заключается в том, что, обретя четверть века назад независимость, молодые государства встали на путь

рыночных преобразований. Это повлекло за собой замену старых административно-командных институтов новыми экономическими институтами. Формирование последних происходит в условиях конкуренции между субъектами хозяйствования внутри страны и еще более жесткой конкуренции, нередко сопровождаемой политическими и экономическими санкциями западных государств, на международном рынке. В таких условиях о совершенстве экономических институтов речи не идет, что, конечно, может привести к появлению и развитию коррупции.

Говорить о совершенстве экономической политики белорусского государства также не приходится. Для достижения общественно значимых целей Беларусь реализует меры государственного воздействия на экономические процессы. Регулируя экономику, государство стремится к устойчивому экономическому развитию. Его усилия направлены на стабилизацию роста цен (в первую очередь это касается продуктов питания и товаров массового спроса), обеспечение внешнеторгового оборота. При этом экономика регулируется по многим направлениям: например, в сферах капиталовложений и сбыта продукции и услуг. Капиталовложения осуществляются за счет республиканского и местных бюджетов, а также частных внутренних и внешних инвестиций. Сбыт товаров и услуг контролируется через госзакупки. Указанные и иные направления государственного регулирования экономики не исключают коррупционных отношений, но неверно считать экономическую политику государства, пусть даже несовершенную, фундаментальным условием для возникновения коррупции.

Не вызывает сомнений тот факт, что политика и экономика должны развиваться как две самостоятельные сферы. Однако нельзя допустить беспредельного сокращения государственного вмешательства в экономику. Это приведет к увеличению политического влияния предприятий, в том числе входящих в транснациональные корпорации, и, следовательно, к снижению роли государства как важнейшего политического института. Можно согласиться с тем, что государственным органам не следует чрезмерно вмешиваться в экономику. Их основная задача должна состоять в выполнении функции наблюдателя за законностью отношений, возникающих и развивающихся в экономической сфере. В то же время государственный контроль над ресурсами, в том числе природными, необходим. В противном случае начнется их бесконтрольное расходование, что может породить другие, не менее серьезные проблемы.

Остальные указанные фундаментальные причины коррупции также нельзя считать условиями для ее появления. Например, образование монополии (за исключением государственной) может быть

следствием коррупции, а высокий уровень конкуренции способен породить коррупционные отношения, преследующие цель устранить конкурента. Низкий уровень развития гражданского общества не является условием для возникновения коррупции, поскольку этот феномен, как гласит история, характерен для всех времен и народов.

Анализ рассмотренных выше условий не позволяет отнести их к категории фундаментальных. Скорее, эту группу следует именовать экономическими условиями коррупции.

В числе *правовых* условий возникновения коррупции указаны отсутствие ясной законодательной базы и слишком частое изменение экономического законодательства, возможность влияния на судебные решения, несоблюдение норм международного права, неадекватные меры наказания за совершение коррупционных сделок, наличие норм, позволяющих субъективно трактовать нормативные акты.

Неотъемлемыми спутниками коррупции являются несовершенство и изъяны в законодательстве государства. По причине недоработок правотворческой деятельности в любом государстве нормативная база может иметь определенные дефекты.

На одном из заседаний коллегии Министерства юстиции Республики Беларусь было отмечено низкое качество разрабатываемых государственными органами проектов [11]. Более 40 % поступающих в указанное Министерство проектов согласовываются с замечаниями, без учета проектов, которые дорабатываются с участием специалистов данного ведомства. В числе основных недостатков упоминаются следующие: 1) обширная практика подготовки проектов актов президента для урегулирования отношений в различных сферах общественной жизни (а иногда и в качестве механизма согласования с президентом того или иного варианта действий), находящихся в исключительной сфере ответственности конкретного руководителя; 2) наличие нескольких нормативных правовых актов по одним и тем же вопросам, что приводит к правовой неопределенности, нарушает принцип стабильности и системности законодательства; 3) большое количество отсылочных норм и, как следствие, принятие множества подзаконных актов; 4) использование в проектах нормативных правовых актов неунифицированной терминологии, сложных правовых конструкций, делающих законодательство непонятным для людей без соответствующей квалификации; 5) проблемы, связанные с согласованием с другими нормотворческими органами, проведением экспертизы проектов нормативных правовых актов; 6) отсутствие у разработчиков проекта представления о целях, смысле и механизмах реализации предлагаемых подходов (они не могут обосновать и объяснить причины, по которым из-

бран предлагаемый вид нормативного правового акта, не говоря уже об анализе возможных последствий принятия такого документа).

Дефекты в нормативном правовом акте могут быть созданы специально, например в целях сдерживания развития предпринимательства. Из-за коррупции не получает должного развития малый и средний бизнес [12]. Столкнувшись с проблемами правового характера, предприниматели оказываются перед выбором правомерного или неправомерного (коррупционного) поведения. Решение этих и иных проблем вынуждает их обращаться к чиновникам, которые не всегда оказывают бескорыстную помощь даже в случаях своей правомерной деятельности. Если такой способ, как взятка, обеспечивает быстрое и эффективное разрешение проблем, не исключено, что предприниматели могут воспользоваться им вновь. По нашему мнению, устранение недостатков законодательства является главным условием противодействия коррупции.

Коррупция может приводить к разрушению экономики или ее одностороннему развитию, а также к созданию ситуации, когда государственный аппарат превращается в инструмент, служащий удовлетворению исключительно частных экономических потребностей. С экономической точки зрения коррупция рассматривается как незаконный вид деятельности, связанный с использованием служебного, должностного положения для получения дохода [13, с. 59].

Возможность влиять на судебные решения сама по себе относится к коррупционным проявлениям. Считать ее условием возникновения коррупции по крайней мере некорректно. Однако слабость судебной системы может претендовать на одну из причин коррупции, поскольку ее недостатки влекут за собой появление и развитие коррупционных отношений. Исторически борьба со взяточничеством велась в первую очередь среди судей. Например, одно из первых упоминаний о коррупционных преступлениях в судебной системе можно встретить в законах вавилонского царя Хаммурапи (XVIII в. до н. э.). В ст. 5 раздела, относящегося к правосудию, написано: «Если судья будет судить судебное дело, постановит решение, изготовит документ с печатью, а потом свое решение изменит, то этого судью должно изобличить в изменении решения и он должен уплатить (сумму) иска, предъявленного в этом судебном деле, в 12-кратном (размере), а также должен быть в собрании поднят со своего судейского кресла и не должен возвращаться и заседать с судьями на суде» [14, с. 56]. В данной статье не говорится непосредственно о подкупе судьи, но вполне вероятно, что одним из оснований для изменения судебного решения является получение судьей взятки.

Неоправданным было бы называть несоблюдение норм международного права условием возникновения коррупции. Во-первых, непонятно, нарушение каких норм международного права будет считаться созданием условий для развития коррупции. Далеко не все международные правовые акты являются совершенными. Что касается актов антикоррупционной направленности, то в них, например, даже определение термина «коррупция» сформулировано только в аспекте уголовного права [15], что представляется неверным. В действительности понятие «коррупция» гораздо шире. Оно охватывает различные деяния корыстной и некорыстной направленности: уголовно-правовые, административные, гражданско-правовые и дисциплинарные.

Во-вторых, нормы международного права в условиях жесткой конкурентной борьбы между государствами мирового сообщества выступают в качестве рекомендаций в регулировании межгосударственных отношений, но в большинстве своем не служат их основой.

В-третьих, нормы международного права содержатся в актах, принимаемых такими организациями, как, например, ООН, ВТО, ЮНЕСКО и др., которые, имея статус международных, все-таки открыто или завуалированно придерживаются интересов лидирующих западных держав. Следует помнить о том, что США и некоторые европейские государства находятся в состоянии информационной войны с Россией и ее союзниками, в том числе с Республикой Беларусь.

Неадекватные меры наказания за коррупционные сделки можно представить следующим образом. Например, чиновник, в течение длительного времени злоупотреблявший служебным положением, похитил большие денежные суммы, которые были переведены в офшорную зону. Обращение в доход государства арестованного имущества не компенсировало причиненный вред. Отбыв наказание, бывший чиновник благополучно выезжает на постоянное место жительства в другую страну, где легализует наворованные на родине деньги, которых достаточно для безбедной жизни. Такая ситуация вполне возможна, когда законодательство о государственной службе не содержит должных ограничений для госслужащих. На примере Российской Федерации можно видеть, что некоторые бывшие высокопоставленные чиновники после выхода в отставку проживают в элитных домах в Майами (США) на берегу Атлантического океана, а другие (действующие чиновники) имеют за рубежом недвижимость, стоимость которой составляет несколько миллионов евро [7]. В силу несовершенства законодательства многие чиновники могут стать на путь воровства. Поэтому обозначенное условие для возникновения коррупции в принципе возможно, но неприемлемо для нашей страны.

В нашей стране действует Закон «О государственной службе в Республике Беларусь», которым установлены ограничения, исключающие возможность для государственного служащего иметь за рубежом недвижимость и денежные средства [16].

Нормы, позволяющие субъективно трактовать нормативные акты, являются условием для появления коррупционных рисков. Избежать этого позволит криминологическая экспертиза нормативных актов, которая проводится в Республике Беларусь.

В качестве *организационно-экономических* условий возникновения коррупции выделены отсутствие государственного контроля или его недостаток, громоздкий и неэффективный бюрократический аппарат, трудности управления большой территорией, относительно низкая оплата труда государственных служащих, дискриминация в доступе к инфраструктурным сетям, установление жесткого торгового протекционизма.

Отсутствие государственного контроля или его недостаток сами по себе являются существенным условием для возникновения и развития коррупции. Это условие характерно для любой страны вне зависимости от ее масштабов и статуса на мировой арене. Вместе с тем слабость системы контроля над распределением государственных ресурсов чаще свойственна крупным государствам с большой территорией (США, Россия, Китай). Проконтролировать распределение национальных ресурсов в небольших государствах легче. В Республике Беларусь, которая имеет не слишком обширную территорию, функция государственного контроля возложена на Комитет государственного контроля (КГК) и подчиненные ему территориальные органы. В соответствии со ст. 7 Закона Республики Беларусь от 01.07.2010 г. «О Комитете государственного контроля Республики Беларусь и его территориальных органах» эти органы в пределах своей компетенции осуществляют контроль над эффективным и рациональным использованием организациями и индивидуальными предпринимателями бюджетных средств, государственной собственности и др. [17]. Можно с уверенностью говорить об эффективной деятельности КГК в Беларуси. Примером этого служат выявление государственными контролирующими органами фактов вывода физическими лицами капитала из страны и соответствующее реагирование [18]. Такие действия со стороны госслужащих недопустимы.

Громоздкий и неэффективный бюрократический аппарат может являться причиной недовольства управленческого аппарата и, как следствие, коррупции. В Республике Беларусь число госслужащих меньше, чем в аналогичных по территории и численности населения государствах. Они обходятся бюджету сравнительно дешевле, чем в других странах. Вместе с тем в Беларуси реализуется программа по оптимизации системы госаппарата, который

предполагается сократить на четверть [19]. Это позволит снизить расходы на его содержание, а также повысить мобильность и эффективность системы госаппарата. Решение этой проблемы не устранил коррупцию как таковую, но будет способствовать сокращению количества коррупционных проявлений.

Трудности управления большой территорией испытывают немногие государства, в числе которых Россия, США и Китай. Эти трудности создают условия для развития коррупции. Для Беларуси эта проблема нехарактерна.

Относительно низкая оплата труда госслужащих в целом может являться условием для возникновения коррупции. Недостаточное материальное обеспечение госслужащих, как причина феномена коррупции, носит частный характер. В соответствии с результатами изучения оценки общественного мнения, проведенного Исследовательским центром Института приватизации и менеджмента (ИПМ) среди руководителей малых и средних предприятий, невысокая заработная плата госслужащих является наименее важной причиной коррупции в Республике Беларусь. На первое место респонденты поставили корыстолюбие госслужащих, на второе – терпимость общества к коррупции, на третье – высокую степень государственного регулирования экономики [20]. Корыстолюбие – свойство людей низкого нравственного уровня. Оно проявляется при недостаточной материальной обеспеченности служащих. Поскольку в деятельности госслужащих много неоправданных рисков, страха и отрицательной мотивации, это препятствует самореализации способных специалистов и снижает их инициативность. Невысокая заработная плата приводит к естественному отрицательному отбору: в чиновники идут не самые способные [21] и, надо понимать, не наделенные высокими моральными качествами. С течением времени чиновник, не удовлетворенный своим материальным положением, проявляет негативное качество – корыстолюбие, что и порождает коррупционные отношения.

Дискриминация в доступе к инфраструктурным сетям – нетипичное для Беларуси условие, влекущее за собой возникновение коррупции. Дело в том, что объекты строительства подключаются к электрическим сетям и инфраструктуре городов на общих основаниях. Важным обстоятельством, препятствующим коррупционным злоупотреблениям в этой сфере, является установление фиксированной платы за пользование сетями инфраструктуры. В таком случае строительные организации могут планировать свои расходы на присоединение к сетям, а энергетики и коммунальщики не вправе требовать заключения дополнительных соглашений на выгодных для них условиях. Жесткий торговый протекционизм (тарифные и нетарифные барьеры) изначально призван обеспечить защиту

внутреннего рынка от иностранной конкуренции посредством введения различных ограничений, которые, однако, могут привести к возникновению коррупции с выходом на международный уровень.

К *информационным* условиям развития коррупции отнесены непрозрачность государственного механизма, информационная асимметрия, реальное отсутствие свободы слова и печати, наличие офшорных зон, отсутствие исследований проблемы коррупции.

Прозрачность государственного механизма предполагает возможность доступа представительских институтов к информации о деятельности органов госуправления. Непрозрачность государственного механизма следует рассматривать как условие формирования коррупционных тенденций в этой области. Данная проблема в большей степени характерна для России, где многие служащие являются открытыми или скрытыми противниками прозрачной модели государственной службы [22, с. 14]. Нельзя считать, что для Беларуси она неактуальна. В то же время действующая система законодательства Республики Беларусь позволяет нейтрализовать ряд негативных проявлений в государственном аппарате управления, связанных с его непрозрачностью. Например, исключена коммерческая деятельность госслужащих, ограничена возможность оказания ими платных услуг при распределении экономических льгот и финансовых кредитов, а также их участия в акционировании предприятий и др.

Рыночный механизм порождает асимметричную и неполную информацию. Возникают проблемы с применением ценового механизма регулирования доступа к благам или ресурсам. Коррупция выступает как форма замещения рыночного ценового механизма регулирования системой, основанной на создании привилегий для отдельных экономических субъектов, предоставлении им экономических льгот [23, с. 268]. Информационная асимметрия негативно влияет на рынок труда [24, с. 283], что влечет за собой дисбаланс в экономическом развитии государства. Как уже было отмечено, дефекты в экономике являются условием для возникновения коррупционных отношений.

Под свободой слова понимается право каждого человека публично выражать свои мысли, идеи и суждения, распространять их любыми законными способами, а также право на получение информации. Кроме того, в это понятие входит и свобода печати и средств массовой информации (СМИ). Вопрос о свободе слова и печати носит политический характер и является сложным для любой страны. Многие государства, считающие себя правовыми, не могут быть названы образцовыми в соблюдении свободы слова и печати. Не отвлекаясь на рассуждения о значении, особенности реализации права на свободу слова и печати в отдельных

государствах, отметим одну негативную тенденцию мирового сообщества. В условиях развития глобализационных процессов активизировались информационные войны, представляющие собой организованное на государственном уровне вмешательство в информационное пространство другой страны [25]. В настоящее время концепция свободного распространения информации работает в том числе и в интересах деструктивных (экстремистских, террористических) организаций. Поэтому вопрос о свободе слова и печати необходимо рассматривать с позиции безопасности государства и общества. Свобода слова и печати допустима при условии, что распространяемая информация позитивна, направлена на единение народа и укрепление государственности. В противном случае требуется контроль вплоть до цензуры. Особенно если это касается интернета, посредством которого нередко распространяется негативная информация.

Существование офшорных зон нельзя рассматривать в качестве условия возникновения коррупции. Скорее, наоборот, коррупция способствует появлению и развитию офшорных зон. Они привлекательны для бизнеса благодаря низким ставкам налога, упрощенному порядку регистрации компаний, конфиденциальности финансовых операций. В то же время офшорные зоны позволяют легализовать полученные от преступной деятельности доходы, в том числе коррупционной направленности.

Социальными условиями возникновения коррупции являются клановые структуры, nepoтизм и эксплуатация «дружеских связей», традиция «дарения» подарков-взятки.

Клановые структуры – распространенное историческое явление, основанное на глубоких биологических корнях в противопоставлении «свой – чужой». В обществе данный феномен рассматривается как пережиток прошлого, но эта практика существует до сих пор.

В широком смысле клановость предполагает протекционизм в управлении: с ключевых постов вытесняются лица, являющиеся для лидера чужаками; к руководству привлекаются близкие и дальние родственники, земляки, друзья и преданные люди. В Беларуси действуют законодательные ограничения на распространение этого феномена. Статья 33 Закона Республики Беларусь «О государственной службе в Республике Беларусь» предусматривает основание для отказа в приеме на госслужбу в случае «близкого родства или свойства (родители, супруги, дети, родные братья, сестры, а также родители, дети, родные братья и сестры супругов) с государственным служащим, если их служебная деятельность будет связана с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них» [16].

Иначе обстоят дела во многих других государствах, в том числе странах СНГ. В республиках

Средней Азии и Казахстане сохраняется влияние местных клановых и родо-племенных групп. В Узбекистане они концентрируются по географическому признаку (Ташкент, Бухара, Самарканд). Занятие должностей в госаппарате зависит от принадлежности к тому или иному клану.

Клановая структура в Казахстане основана на генеалогии жузов (Большой, Средней и Малой орды) [26]. В советский период главный пост в республике занял выходец из Большого жуза Д. Кунаев. Пользуясь связями и покровительством генерального секретаря ЦК КПСС, он постепенно расставил на ключевые должности своих соплеменников и родственников. Его брат возглавил Академию наук КазССР. При нем начал карьеру нынешний президент Казахстана Н. Назарбаев, который, придя к власти в 1989 г., отстранил от должности всех бывших и потенциальных конкурентов. Клановые позиции он укрепил путем выдвижения на различные государственные посты своих ближайших родственников [26].

В многонациональных республиках Российской Федерации также прослеживается влияние местных клановых и родо-племенных групп. Этот феномен в литературе получил название «местничество», «улусизм», «кумовство». Например, в Калмыкии подавляющее большинство городского и сельского населения идентифицирует себя с определенной племенной группой. Борьбу за власть ведут три главные племенные группировки: торгутская, дербентская и бузавская. Подобные процессы происходят и в других многонациональных субъектах России [26].

Непотизм и эксплуатация «дружеских связей» могут рассматриваться как проявление коррупционных отношений и условие для развития коррупции. Дело в том, что первопричина nepoтизма – коррупционное поведение высокопоставленного государственного чиновника, который использует свои служебные возможности и «дружеские связи» для предоставления близким родственникам должностей в госаппарате или крупных бизнес-структурах. Nepoтизм может служить основой развития коррупции, а его появление – результат коррупционной деятельности. При этом nepoтизм признается разновидностью коррупции и в современном мире присутствует в большинстве государств, где высшие чиновники не могут напрямую передать свою власть детям или иным родственникам. Вместе с тем есть исключения, касающиеся некоторых восточных государств бывшего СССР. Например, в Конституции Азербайджана отсутствует возрастная ценз для кандидата в президенты, а это означает, что на данный пост может претендовать сын действующего главы государства [27].

Традиция дарения подарков рассматривается как элемент культуры и норма деловых отношений. В высококонтекстных культурах (Япония, арабские

страны, Испания, Турция и др.) значительная часть коммуникации протекает на невербальном уровне, а успех в переговорах в большей степени зависит от дружеских отношений и доверия сторон друг к другу, чем от положений, содержащихся в контракте. Гарантией надежных деловых связей является дарение подарков. В отношениях низкоконтекстных культур (США, Германия, Швейцария) отсутствует элемент неформальности. Бизнес формализован и развивается на основе законов и договорных условий. В Беларуси также отсутствуют неформальные отношения, предшествующие сделкам. Частные случаи не могут свидетельствовать о системности данного явления.

Среди *культурно-исторических* условий возникновения коррупции названы сложившаяся система норм бюрократического поведения; массовая культура, формирующая снисходительное отношение к коррупции; особенности исторического развития; придание малого значения понятиям честности и чести.

Важным условием возникновения коррупционных отношений является система правил, сложившихся в определенной социальной общности. Даже очень нехороший чиновник, чья деятельность ограничена жесткими, тщательно продуманными рамками, будет вести себя вполне достойно. Напротив, человек вроде бы приличный (но слабый, как и многие из нас) при попадании в соответствующую среду быстро научится действовать по ее негласным правилам [28, с. 4].

Формирование системы определенных правил происходит под воздействием различных социальных условий. Среди них можно выделить процесс воспитания, сложившуюся в обществе систему культурных норм, принадлежность субъекта к социальной группе и др.

Ключевое место в системе социальных условий, создающих определенные правила, занимает воспитание. Воспитательный процесс многогранен и состоит из систем, которые можно разделить на внутреннюю и внешнюю. К внутренней в первую очередь относится семейное воспитание. Главной внешней системой является воспитание в рамках образовательного процесса. Именно она существенно влияет на становление личности и окончательно определяет ту систему правил, по которым в дальнейшем будет осуществляться практическая деятельность индивидуума.

С чем приходится сталкиваться молодежи в образовательных учреждениях многих постсоветских государств? С протекционизмом, поборам и взяточничеством. Незаконные отношения в сфере образования приобрели широкие масштабы. Сбор денег с представителей учащихся (родителей) превратился в систему и с молчаливого одобрения государства проходит под любым предлогом для удовлетворения различных интересов учреждения

образования: озеленения территории школы (гимназии), замены входной двери в здание, внешнего и внутреннего ремонта корпуса, ремонта классов (замена окон и дверей, смена покрытия пола, оклейка стен обоями и т. п.), замены сантехнического оборудования и т. д.

Эти негативные социальные явления снижают уровень образованности молодежи, воздействие идеологической работы на учеников школ и студентов. В сознании молодых людей, воспитанных на негативных и, более того, противоправных примерах, формируется система правил, которые в последующем привносятся в среду их социальной деятельности. На такой негативной воспитательной основе возвращаются личности, которые при определенных обстоятельствах могут оказаться готовы к совершению различных коррупционных преступлений.

Массовая культура связана с развитием средств массовой коммуникации, которыми являются СМИ (газеты, радио, телевидение и др.), средства массового воздействия (реклама, кино, массовая литература и др.) и технические средства коммуникации (интернет, телефон). Все они в той или иной степени оказывают влияние на общество. Особенно это проявилось в начале XXI в., когда оказалось, что, с одной стороны, широкие слои населения приобщены к достижениям культуры, с другой – средства коммуникации задействованы в механизме манипуляции общественным сознанием. Неуправляемый процесс развития массовой культуры может повлечь за собой негативные последствия, в том числе формирование снисходительного отношения к коррупции.

Анализ причин и условий коррупции позволяет сделать вывод о том, что большинство из них прямо или косвенно относятся к нормативному регулированию. Следовательно, многие причины объективного характера можно локализовать посредством принятия нормативных правовых актов, исключающих коррупционные риски. Большое значение имеет последовательная реализация таких документов.

По нашему мнению, определенную роль в выявлении и устранении условий для возникновения коррупции может сыграть криминалистика. Одна из функций данной науки – прогнозирование развития преступной деятельности.

В целях обнаружения условий для возникновения коррупции криминалистическое прогнозирование должно осуществляться в процессе экспертизы нормативных правовых актов. Методами, которые целесообразно использовать при этом, являются криминалистический анализ и матрицирование.

Криминалистический анализ подразумевает разработку и проведение познавательных процедур, направленных на наиболее полное изучение обще-

ственных отношений, складывающихся между субъектами (государственными и негосударственными организациями) в исследуемой сфере деятельности (например, в экономике), а также порядка формирования и обеспечения материально-технической основы взаимоотношений между ними. В первую очередь анализу должна быть подвергнута деятельность, приносящая доходы.

Метод криминалистического матрицирования используется в целях своевременного выявления противоправного поведения заинтересованных лиц, а также признаков коррупционных правонарушений (преступлений). Суть данного метода заключается в применении разработанных ранее матриц по различным направлениям деятельности должностного лица, подозреваемого в коррупции. В основе разработки таких матриц лежит система

нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения, складывающиеся в исследуемой сфере. Сопоставление матрицы с действительным состоянием дел в организации позволит обнаружить дефекты, изучение которых поможет выявить признаки коррупционного преступления и принять адекватные меры реагирования.

В ходе экспертизы может быть создана модель криминальной деятельности, на основе которой определяются отражательные возможности элементов материальной структуры преступления и его последствия, а также разрабатываются меры, направленные на его предотвращение. Только на таком фундаменте возможна подготовка обоснованных предложений по устранению выявленных в правовых актах или их проектах недостатков, ведущих к возникновению коррупционных рисков.

Библиографические ссылки

1. Деятельность УНП ООН по борьбе с коррупцией и экономическими преступлениями [Электронный ресурс]. URL: www.unodc.org/unodc/ru/corruption/index.html?ref=menuse (дата обращения: 07.08.2017).
2. Сорокинова В. И. Коррупция как культурный феномен [Электронный ресурс]. URL: <https://www.mail.ru/events/sfiro/articles/sec2/sorokovikova.doc> (дата обращения: 07.08.2017).
3. Полтерович В. М. Факторы коррупции // Экономика и матем. методы. 1998. Т. 34, № 3. С. 30–39.
4. Ожегов С. И. Словарь русского языка. 20-е изд. М., 1988.
5. Большая советская энциклопедия : в 30 т. 3-е изд. М., 1977. Т. 27.
6. Фролов С. С. Взаимодействие социальное // Словарь ключевых социологических терминов. М., 1999.
7. Метры «элиты» // АиФ в Белоруссии. 2015. № 49. С. 4.
8. Чалдини Р. Б. Психология влияния. 5-е изд. СПб., 2001.
9. Рак А. В. Коррупция и государство: причины, следствия, меры противодействия // Актуальные вопросы экономики строительства и городского хозяйства : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (Минск, 23–24 апр. 2013 г.). Минск, 2014. С. 136–145.
10. Рынок как экономическая система институтов [Электронный ресурс]. URL: www.ekonomika-st.ru/ekonomika/ekon-teorija/ekon-teorija-18.html (дата обращения: 07.08.2017).
11. Минюст хочет ограничить количество нормативных актов президента [Электронный ресурс]. URL: <https://news.mail.ru/politics/28662672/> (дата обращения: 07.08.2017).
12. Социально-экономические аспекты [Электронный ресурс]. URL: <http://www.sociodoc.ru/sdocs-143-1.html> (дата обращения: 07.08.2017).
13. Суховарова Е. Л., Нестеров А. В. Трансформация коррупции в условиях перехода к рынку // Коррупция в России: состояние и проблемы. М., 1996. С. 59–65.
14. Сборник Законов царя Хаммурапи // Источники права. Тольятти, 1996. Вып. 1.
15. Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции : принята Генеральной Ассамблеей ООН 31 окт. 2003 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=382 (дата обращения: 07.08.2017).
16. О государственной службе в Республике Беларусь [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь от 14 июня 2003 г. № 204-З // Эталон. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
17. О Комитете государственного контроля Республики Беларусь и его территориальных органах [Электронный ресурс] : Закон Респ. Беларусь от 1 июля 2010 г. № 142-З // Эталон. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.
18. КГК: участились случаи вывода средств белорусами из страны [Электронный ресурс]. URL: <https://news.mail.ru/economics/28507260/> (дата обращения: 23.08.2017).
19. О некоторых мерах по оптимизации системы государственных органов и иных государственных организаций, а также численности их работников : Указ Президента Респ. Беларусь от 12 апр. 2013 г. № 168 [Электронный ресурс]. URL: http://president.gov.by/ru/official_documents_ru/view/ukaz-168-ot-12-aprelja-2013-g-4813/ (дата обращения: 23.08.2017).
20. Бизнес назвал самые коррумпированные государственные службы [Электронный ресурс]. URL: <https://news.mail.ru/economics/28384550/> (дата обращения: 07.08.2017).
21. Почему демотивированы белорусские чиновники? [Электронный ресурс]. URL: <https://news.mail.ru/politics/28461958/> (дата обращения: 07.08.2017).
22. Комаровский В. С., Тимофеева Л. Н. Конфликты граждан с чиновниками: почему и зачем? // Государство и право. 1997. № 10. С. 14–18.

23. Рак А. В. Несовершенство рынка и коррупция // Наука – образованию, производству, экономике : материалы 11-й Междунар. науч.-техн. конф. (Минск, 13–14 марта 2013 г.) : в 4 т. Минск, 2013. Т. 2. С. 268–273.
24. Рак А. В. Влияние информационной асимметрии на рынок труда Беларуси // Наука – образованию, производству, экономике : материалы 12-й Междунар. науч.-техн. конф. (Минск, 23 янв. 2014 г.) : в 4 т. Минск, 2014. Т. 2. С. 283–285.
25. Почепцов Г. Г. Информационные войны: базовые параметры [Электронный ресурс]. URL: psyfactor.org/psyops/infowar9.htm (дата обращения: 07.08.2017).
26. Клановая структура [Электронный ресурс]. URL: allrefs.net/c9/3sp5t/p56/?ful (дата обращения: 07.08.2017).
27. Барова Е. Дети – тоже лидеры // АиФ в Белоруссии. 2016. № 41. С. 4.
28. Мошковиц М. В поисках гена коррупции // ЭЖ-Юрист. 2009. № 10. С. 4–5.

References

1. [Activity of UNP OON on a fight against a corruption and economic crimes]. URL: www.unodc.org/unodc/ru/corruption/index.html?ref=menu (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
2. Sorokovikova V. I. [Corruption as cultural phenomenon]. URL: https://www.mail.ru/events/sfiro/articles/sec2/sorokovikova.doc (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
3. Polterovich V. M. [Factors of corruption]. *Ekonomika i matem. metody*. 1998. Vol. 34, No. 3. P. 30–39 (in Russ.).
4. Ozhegov S. I. [Dictionary of Russian]. 20th ed. Moscow, 1988 (in Russ.).
5. [Large soviet encyclopaedia] : in 30 vol. 3rd ed. Moscow, 1977. Vol. 27 (in Russ.).
6. Frolov S. S. [Co-operation is social]. *Dictionary of key sociol. terms*. Moscow, 1999 (in Russ.).
7. [Meters of «elite»]. *Arguments and facts in Byelorussia*. 2015. No. 49. P. 4 (in Russ.).
8. Chaldini R. B. [Psychology of influence]. 5th ed. Saint Petersburg, 2001 (in Russ.).
9. Rak A. V. [Corruption and state: reasons, consequences, measures of counteraction]. *Aktual'nye voprosy ekonomiki stroitel'stva i gorodskogo khozyaistva* : materialy Mezhdunar. nauchn.-prakt. konf. (Minsk, 23–24 April, 2013). Minsk, 2014. P. 136–145 (in Russ.).
10. [A market as economic system of institutes]. URL: www.ekonomika-st.ru/ekonomika/ekon-teoriya/ekon-teoriya-18.html (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
11. [Minyust wants to limit the amount of normative acts of president]. URL: https://news.mail.ru/politics/28662672/ (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
12. [Socio-economic aspects]. URL: http://www.sociodoc.ru/sdocs-143-1.html (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
13. Sukhovarova E. L., Nesterov A. V. [Transformation of corruption in the conditions of passing to the market]. *A corruption is in Russia: state and problems*. Moscow, 1996. P. 59–65 (in Russ.).
14. [Collection of Laws reigning Khammurapi]. *Istochniki prava*. Tolyatti, 1996. Issue 1 (in Russ.).
15. [Convention of United Nations against a corruption : accepted General Assembly of UNO of 31 Oct., 2003]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=382 (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
16. About government service in Republic of Belarus : Law of Repub. of Belarus, 14 June, 2003, No. 204-3. *Etalon. Zakonodatel'stvo Resp. Belarus*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
17. About the Committee of state control of Republic of Belarus and his territorial organs : Law of Repub. of Belarus, 1 July, 2010, No. 142-3. *Etalon. Zakonodatel'stvo Resp. Belarus*. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).
18. [KGK: the cases of conclusion of facilities became more frequent by Belarus from a country]. URL: https://news.mail.ru/economics/28507260/ (date of access: 23.08.2017) (in Russ.).
19. About some measures on optimization of the system of public organs and other state organizations, and also quantity of their workers : Decree of President of Repub. of Belarus, 12 April, 2013, No. 168. URL: http://president.gov.by/ru/official_documents_ru/view/ukaz-168-ot-12-aprelja-2013-g-4813/ (date of access: 23.08.2017) (in Russ.).
20. [Business named the corrupted government services]. URL: https://news.mail.ru/economics/28384550/ (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
21. [Why demotivirovany the Belarusian officials?]. URL: https://news.mail.ru/politics/28461958/ (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
22. Komarovskii V. S., Timofeeva L. N. [Conflicts of citizens with officials: why and why?]. *Gosudarstvo i pravo*. 1997. No. 10. P. 14–18 (in Russ.).
23. Rak A. V. [Imperfection of market and corruption is]. *Nauka – obrazovaniyu, proizvodstvu, ekonomike* : materialy 11-j Mezhdunar. nauchn.-tekhn. konf. (Minsk, 13–14 March, 2013) : in 4 vol. Minsk, 2013. Vol. 2. P. 268–273 (in Russ.).
24. Rak A. V. [Influence of informative asymmetry on a labour-market Belarus]. *Nauka – obrazovaniyu, proizvodstvu, ekonomike* : materialy 12-j Mezhdunar. nauchn.-tekhn. konf. (Minsk, 23 January, 2014) : in 4 vol. Minsk, 2014. Vol. 2. P. 283–285 (in Russ.).
25. Pochepcov G. G. [Informative wars: base parameters]. URL: psyfactor.org/psyops/infowar9.htm (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
26. [A clan structure]. URL: allrefs.net/c9/3sp5t/p56/?ful (date of access: 07.08.2017) (in Russ.).
27. Barova E. [Children – also leaders]. *Argumenty i facty v Belorussii*. 2016. No. 41. P. 4 (in Russ.).
28. Moshkovich M. [In search of gene of corruption]. *EZh-Yurist*. 2009. No. 10. P. 4–5 (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 15.08.2017.
Received by editorial board 15.08.2017.

УДК 343.241

ВЛИЯНИЕ СРЕДНЕВЕКОВЫХ ПАМЯТНИКОВ УГОЛОВНОГО ПРАВА БЕЛАРУСИ И ГЕРМАНИИ НА ДИФФЕРЕНЦИАЦИЮ НАКАЗАНИЯ В СОВРЕМЕННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

А. В. ШИДЛОВСКИЙ¹⁾

¹⁾Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 220030, г. Минск, Беларусь

Доказывается, что нормы исторических памятников уголовного права Беларуси и Германии позднего Средневековья составляют основу дифференциации наказания в современном законодательстве. Исследуется история системообразующих факторов формирования уголовных санкций за преступления. Анализируются правовые подходы к применению наказаний в виде лишения свободы и смертной казни. Делается вывод об историко-правовом трансфере главных видов наказаний из римского, средневекового белорусского и немецкого уголовного права в современное национальное уголовное законодательство. Выделены общие черты и законодательные традиции современного белорусского и немецкого уголовного права, обусловленные влиянием фундаментальных исторических памятников права XV–XVI вв. Выявляются различия в подходах к установлению дифференциации наказания и уголовной ответственности с учетом особенностей национального правообразования и сложившейся правоприменительной практики по действующим уголовным кодексам Республики Беларусь и Федеративной Республики Германия.

Ключевые слова: наказание; система наказаний; дифференциация наказания; вина; тяжесть проступка; смертная казнь; лишение свободы; статуты ВКЛ; уголовно-судебное уложение «Каролина».

THE INFLUENCE OF THE MEDIEVAL MONUMENTS OF THE CRIMINAL LAW OF BELARUS AND GERMANY ON THE DIFFERENTIATION OF PUNISHMENT IN MODERN LEGISLATION

A. V. SHIDLOVSKY^a

^aBelarusian State University, 4 Niezaliežnasci Avenue, Minsk 220030, Belarus

It is proved that the norms of historical monuments of the criminal law of Belarus and Germany in the late Middle Ages form the basis for the differentiation of punishment in modern legislation. The history of system-forming factors of the formation of criminal sanctions for crimes is investigated. Legal approaches to the use of punishments in the form of deprivation of liberty and the death penalty are analyzed. The conclusion is made about the historical and legal transfer of the main types of punishment from Roman, medieval Belarusian and German criminal law into modern national criminal legislation. The general features and legislative traditions of modern Belarusian and German criminal law are generalized due to the influence of fundamental historical monuments of the XV–XVI centuries. Differences in approaches to the establishment of differentiation of punishment and criminal responsibility, taking into account the peculiarities of national law formation and the established law enforcement practice under the current Criminal Code of the Republic of Belarus and the Criminal Code of the Federal Republic of Germany, are revealed.

Key words: punishment; system of punishments; differentiation of punishment; guilt; the severity of the offense; the death penalty; imprisonment; the GDL Statutes; «Carolina».

Образец цитирования:

Шидловский А. В. Влияние средневековых памятников уголовного права Беларуси и Германии на дифференциацию наказания в современном законодательстве // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 98–104.

For citation:

Shidlovsky A. V. The influence of the medieval monuments of the criminal law of Belarus and Germany on the differentiation of punishment in modern legislation. *J. Belarus. State Univ. Law*. 2017. No. 3. P. 98–104 (in Russ.).

Автор:

Андрей Викторович Шидловский – кандидат юридических наук, доцент; доцент кафедры уголовного права, заместитель декана по учебно-воспитательной работе юридического факультета.

Author:

Andrei V. Shidlovsky, PhD (law), docent; associate professor at the criminal law, deputy of dean for educational work, faculty of law.
shidlovsky_a@mail.ru

Введение

Исследуя нормы отечественного уголовного права позднего Средневековья (XIV–XVI вв.), вначале отметим, что территория белорусского государства входила в состав Великого княжества Литовского (ВКЛ). Первые законодательные шаги на пути к установлению целостной системы уголовно-правовых норм и категорий были сделаны уже в середине XV в.

В Судебнике Казимира 1468 г. – первом на территории Беларуси уголовном и уголовно-процессуальном кодексе – были закреплены минимальный возраст уголовной ответственности (семь лет), квалифицирующие признаки и их влияние на меру наказания, а также определены виды наказаний за имущественные преступления и обозначено представление о целях наказания (устрашение и компенсация нанесенного вреда). Белорусские ученые Т. И. Довнар и И. А. Юхо, изучающие развитие институтов уголовного права феодальной Беларуси, пишут в своих работах о существенном влия-

нии при назначении меры наказания классово-сословной принадлежности лица [1, с. 145–148; 2; 3, с. 194–199; 4, с. 201–202, 205–206].

Дальнейшее развитие уголовно-правовые нормы получили в более поздних памятниках права ВКЛ. Так, в артикуле 4 Витебской грамоты 1503 г. предусматривалась зависимость наказания от степени вины лица: «...ино нам их по вине казнити»; аналогичные положения находим и в Полоцкой грамоте 1511 г. [5, с. 69–71, 76–80].

Первая попытка законодательного закрепления идеи об индивидуализации наказания была сделана еще в артикуле 3 привилея Казимира 1447 г., который обязывал назначать наказание, во-первых, в судебном порядке; во-вторых, согласно правовым нормам и обычаю; в-третьих (что для нас важно), в соответствии с тяжестью проступка. Похожие положения отражены в § 2 привилея Александра 1492 г., согласно которому наказание назначается в зависимости от «велічыні і якасці сваіх учынкаў» [5, с. 46–53].

Основная часть

Важнейшим этапом в становлении главных институтов белорусского уголовного права являлось общегосударственное статутное законодательство Великого княжества Литовского [6–8]. Анализ уголовно-правовых норм статуты ВКЛ 1529¹, 1566 и 1588 гг., написанных на белорусском языке и размещенных в нескольких разделах, свидетельствует о закреплении принципов законности, равенства всех перед законом, индивидуализации наказания, справедливости, а также об использовании ряда таких юридических терминов, как «вина», «преступное деяние», «необходимая оборона», «крайняя необходимость», «соучастие», «рецидив», «наказание», «цели наказания».

С первых дней существования ВКЛ на правовую культуру оказывали влияние немецко-католическая идеология и западноевропейская экспансия (прежде всего – германских императоров) в отношении территории и населения белорусско-литовского и польского государств. Подтверждением этого служит государственно-правовой союз ВКЛ с Польшей, заключенный в 1385 г. в Кревском замке (Кревская уния) [4, с. 79–85].

Особое место в истории отечественного права занимают городские грамоты и привилеи на Магдебургское право, выдававшиеся на протяжении XV–XVI вв. крупным городам Беларуси. Анализ грамот, предоставлявших белорусским городам Маг-

дебургское право, указывает на введение немецкого права, правда без отсылки к конкретным уголовным кодексам, законам и сборникам, которые следовало применять. Родоначальник школы изучения истории белорусского права И. А. Юхо не без оснований называет такое право не немецким, а городским (мещанским) правом Беларуси. Свое утверждение ученый аргументирует отсутствием в грамотах норм собственно уголовного права, а также тем, что в них содержались лишь нормы местного обычного права (особенно в части льгот и обязанностей горожан) и нормы, определявшие правовой статус отдельного феодального сословия – мещан [4, с. 160]. Это доказывает, что суды руководствовались общегосударственным и местным обычным (а не Магдебургским) правом при совершении уголовного правосудия.

Однако полностью отрицать трансфер немецкого уголовного права в белорусско-литовское феодальное законодательство было бы неверно. В связи с этим обратимся к изучению опыта рецепции немецкого уголовного права при разработке уголовно-правовых норм в законодательстве Беларуси позднего Средневековья.

Возникновение немецкого уголовного права связано с историей становления государственно-сти и правовой системы Германии в целом и Баварии в частности.

¹Статут 1529 г. разработала комиссия под руководством канцлера ВКЛ А. Гаштольда и при непосредственном участии Ф. Скорины [4, с. 163–165]. Его источниками являлись нормы местного обычного права, Судебник Казимира 1468 г., общеземские и областные привилеи, нормы церковного права (римско-католического и греко-православного). Основными положениями-принципами выступали суверенность государства, приоритет писаного права, деление норм на общие и специальные, систематизация правовых норм по отраслевой принадлежности, публичность правосудия, право обвиняемого на защиту, личная виновная ответственность и др.

Среди наиболее известных уголовно-правовых источников XV–XVI вв. признаны следующие: Тирольский уголовный устав 1498 г., Бамбергское уложение 1507 г. (впоследствии стало справедливо именоваться *mater Carolinae*), Бранденбургское уложение 1516 г. (*soror Carolinae*). Кроме названных, в период позднего Средневековья на формирование общегерманского уголовного права оказали влияние и другие уложения, определявшие круг наказуемых деяний.

Заимствованные уголовно-правовые нормы германского происхождения отличались от римского права и послужили основой принятия в 1532 г. первого систематизированного уголовно-судебного уложения «Священной Римской империи германской нации» «Каролина» (далее – уложение «Каролина»)¹. Его системообразующее правовое значение заключалось в следующих подходах:

1) объединение норм римского и германского обычного права;

2) введение базового принципа уголовно-правовой законности: преступлением является только то, что содержится в законе;

3) закрепление четкого определения преступления и соответствующего ему наказания;

4) применение классификации преступлений, существование вариантов совершения одного и того же вида преступления, разделенных общими и специальными нормами;

5) базирование правовых норм на идеологии презумпции вины (доказывание невиновности возлагалось на самого обвиняемого);

6) регламентация обстоятельств, исключавших преступность деяния. Например, в ст. CXL говорится о необходимой обороне. Обвиняемый сам должен был доказать правомерность ее применения и свою невиновность, в противном случае он нес ответственность;

7) отражение характерной для Средневековья системы наказаний, в которой главная роль отводилась смертной казни в различных формах ее применения: повешение, четвертование, колесование, отсечение головы мечом, утопление, сожжение, погребение заживо, сажание на кол, забивание кольями (например, за измену мужчину наказывали четвертованием, а женщину казнили путем утопления). К основным видам наказаний также относились телесные наказания (выкалывание глаз, отрезание ушей, отсечение одной руки или пальцев, высечение розгами, терзание калеными клещами, волочение к месту казни), штраф, возмещение потерпевшему причиненного ущерба (обычно в 2–4-кратном размере), конфискация имущества, выставление к позорному столбу, изгнание из страны, тюремное заключение. Лишение свободы имело небольшое значение;

8) установление наказания малолетним преступникам (т. е. лицам, не достигшим возраста 14 лет). Они не могли быть осуждены к смертной казни, к ним применялись только телесные наказания (ст. CLXIV);

9) укоренение принципа личной виновной ответственности. В тексте уложения подчеркивалось, что наказание полагалось только виновным, совершившим преступление умышленно, по злой воле, злоумышленно или по небрежности, невежеству, легкомыслию, неумышленно (ст. CCXIX);

10) появление вопроса (в ст. CXLVII) об установлении причинной связи как обязательного условия уголовной ответственности применительно к ранению или смерти;

11) дифференциация ответственности за отдельные виды преступлений по тяжести содеянного. Например, кражи в зависимости от способа, размера ущерба, повторности, статуса виновного подразделялись на несколько видов: ничтожная (мелкая), совершенная тайно (ст. CLVII); более тяжелая, совершенная впервые открыто (ст. CLVIII); более тяжелая опасная, совершенная путем вторжения или взлома (ст. CLIX); повторная (ст. CLXI); совершенная в третий раз (ст. CLXII). Наказание ранжировалось по виду кражи и статусу виновного. Так, знатым людям назначалось более легкое наказание, поскольку считалось, что в их отношении «можно надеяться на исправление». Воры отпускались на свободу, если кража была совершена «по голодной нужде». Истец, который обвинял вора, не должен был «отвечать перед ним за предъявленное по сему поводу обвинение» (ст. CLXVI);

12) обозначение круга религиозных преступлений: богохульство (ст. CVI), клятвопреступление (ст. CVII), колдовство (ст. CIX);

13) уделение большого внимания охране чести и нравственности, половых отношений (карались противоестественный разврат, кровосмешительство, изнасилование, совращение малолетних, супружеская измена, двоебрачие и т. д.). Среди преступлений против собственности упоминались кража, разбой, мошенничество, поджог. Выделялось большое количество видов убийств (ст. CXXX–CLV). Смертной казнью каралась личная месть. Суровые наказания предполагались за мятеж, участие в крестьянских восстаниях, написание памфлетов.

Заметим, что уложение «Каролина» включало в себя свод норм реципированного римского права и в определенных случаях признавалось военно-уголовным законом, который был интересен для исследования многим европейским государствам, в том числе Великому княжеству Литовскому и Российской империи. Например, Петр I лично изучал положения этого документа и использовал некоторые из них при подготовке сборника законов

¹«Каролина» – один из самых полных кодексов уголовного законодательства XVI в., утвержденный рейхстагом в г. Регенсбурге при царствовании Карла V.

«Артикул воинский». В последующем все учебники по уголовному праву в дореволюционной России и в СССР упоминали уложение «Каролина» в контексте как криминализации деяний, так и их наказуемости.

При разработке статута ВКЛ 1566 г.¹ и 1588 г.², несомненно, учитывались положения этого авторитетного немецкого уголовно-правового документа, памятника эпохи Реформации, применительно к целям наказания, наказанию и его видам (особенно об установлении и использовании различных форм смертной казни), криминализации религиозных преступлений и целому ряду иных общественно опасных деяний.

В Статуте ВКЛ 1588 г. используются выражения «мают быти горлом караны», «головщизну платити винен», «шкоду платити», «отправу учинити» (разделы XI–XIV) [10, с. 470–611]. Для обозначения наказания законодатель использовал различные термины: «каранье», «вина», «скарание», «покута», «казнь» и т. п. При этом в каждом конкретном случае название отражало определенные признаки наказания. Так, термин «вина» означал «имущественные наказания» либо «тюремное заключение», термин «покута» – «телесные наказания» и «ганьбаванне» [1, с. 145]. При определении меры наказания прежде всего учитывалось сословное положение лица.

Из содержания этих правовых документов следует, что законодатель определял минимальный возраст наступления уголовной ответственности (по Статуту 1566 г. – с 14 лет, по Статуту 1588 г. – с 16 лет), решал вопросы о вменяемости или невменяемости субъекта, устанавливал систему наказаний (основными видами являлись штраф, лишение свободы, телесные наказания, смертная казнь, лишение чести и прав, конфискация имущества; дополнительными видами считались месть, изгнание, лишение наследственных прав, покаяние и пр.), предусматривал основания для освобождения от уголовной ответственности [7; 10].

Изначально (и вплоть до середины XVI в.) в средневековом белорусском уголовном праве лишение

свободы практиковалось в форме выдачи преступника потерпевшему в рабство либо для казни. В Судебнике Казимира 1468 г. была сделана первая попытка ограничить выдачу преступника или его жены и детей потерпевшему. Статут 1588 г. закрепил норму, допускающую передачу преступника или его жены и детей потерпевшему не в качестве «нявольника», а для отработки определенной суммы денег [4, с. 207].

Лишение свободы в феодальном уголовном праве Беларуси применялось в двух основных видах: легкое – в верхней части замка, тяжкое – в подземелье с цепью на шее. Кроме того, тюремное заключение предусматривалось и для содержания подозреваемого до суда. Под тюрьмы могли временно приспособлять любые помещения.

Содержание осужденного оплачивалось им самим или его близкими либо потерпевшим, по обвинению которого преступник был приговорен к тюремному наказанию [4, с. 207]. Подобное требование было юридически оформлено еще в тексте уложения «Каролина». Так, порядок применения тюремного заключения, согласно ст. 176 данного документа, предусматривал, что заключенный должен содержаться при том суде, которым был обвинен и изобличен. Если он не мог содержать себя в этой тюрьме за счет собственных средств, то караульные деньги, полагающиеся тюремщику, должен был выдавать истец наличными в размере, определяемом судьей. В случае невозможности возместить издержки эта миссия возлагалась на государство (органы власти) [11]. Статья 157 уложения «Каролина» предписывала, что при освобождении из тюрьмы вор должен был оплатить стоимость своего кормления в тюрьме и заплатить тюремщикам за их труды и усердие или предоставить обычное поручительство [11].

Лишение свободы как самостоятельный вид наказания получает распространение в XVI в. Официально срок лишения свободы мог назначаться в пределах от трех недель до одного года и шести недель. Фактически заключенного могли держать до тех пор, пока он не выплачивал штраф, не воз-

¹Статут 1566 г. подготовлен комиссией во главе с канцлером Н. Радзивиллом Черным при участии маршалка дворного О. Б. Воловича, епископа Я. Доманевского, а также правоведов П. Астровицкого, М. Володковича, С. Ножуского, «дактароў праў чужаземскіх» П. Раизия, А. Ратондуса и др. [3, с. 27; 4, с. 166]. Документ развивал уголовно-правовые категории и институты, углублял основы дифференциации и индивидуализации наказаний за преступления с учетом накопленной местной практики и определенного влияния уголовного права европейских государств, и прежде всего Германии.

²Статут 1588 г. разработан при непосредственном участии подканцлера ВКЛ, могилевского старосты Льва Сапеги и издан за его личные средства в Виленской типографии могилевских купцов Мамоницей [9, с. 637; 4, с. 172–174]. Документ соединял местное право с юридической практикой, основами римского и западноевропейского права, в том числе с учетом действовавших правовых норм уложения «Каролина». Его главными принципами являлись следующие: законность, презумпция невиновности, справедливость наказания, ренессансный гуманизм (устанавливались небольшие сроки тюремного заключения: от трех недель до одного года и шести недель; запрещалось применять смертную казнь к беременным женщинам). Законодатель стал выделять формальные и материальные составы преступлений, решал вопросы причинной связи между деянием и наступившими последствиями (например, для вменения убийства требовалось, чтобы срок между ранением и смертью не превышал 24 дней). Появились новые объекты уголовно-правовой охраны: природа и ее ресурсы, их рациональное использование. Более четко систематизированы традиционные объекты охраны: государство и порядок управления, правосудие, религия и церковь, общественная нравственность, человек, собственность, феодал и его статус.

мещал ущерб либо не представлял своего поручителя. Тюрьмы делились на обыкновенные, земляные и каменные [9, с. 653]. Как справедливо отмечает Т. И. Довнар, «кримінальная палітыка дзяржавы ў адносінах да турэмнага зняволення праяўляецца ў законе вельмі выразна: акрамя таго, што колькасць адпаведных санкцый у Статуце 1588 г. павялічваецца ў паўтары разы адносна папярэдняга Статута і ў шаснаццаць разоў адносна Статута 1529 г., закон абавязвае кожны гродскі суд мець турмы, прычым рэгламентуе парадак іх пабудовы і рэжым утрымання зняволеных (Статут 1588 г., р. IV, арт. 31; р. XI, арт. 29)» [1, с. 146].

Изучение норм о назначении наказания дает основания утверждать, что индивидуализация наказания оформляется как принцип, обязательный для соблюдения всеми судебными инстанциями ВКЛ. Однако в статутах раскрывалось содержание компонентов этого принципа посредством разбросанных по всем разделам уголовно-правовых норм о вынесении наказания: суд должен был назначать наказание с учетом характера и степени общественной опасности преступного деяния, личности виновного, смягчающих и отягчающих обстоятельств.

В более позднее время в западноевропейской правовой цивилизации особую нишу занял Баварский уголовный кодекс, принятый 16 мая 1813 г., автором-создателем которого являлся Пауль Ансельм Фейербах, назначенный в 1805 г. министром юстиции Баварии. В работе «Пересмотр уголовного права», вышедшей в 1799 г., П. А. Фейербах описал единую теорию уголовного права, базирующуюся на постулате *nullum poena sine lege* и ставшую фундаментом разработанного им УК [12, с. 43–44]. Данный кодекс, основанный на богатой традициями средневековой истории уголовно-правовых норм, оказал влияние на формирование уголовного законодательства многих германских государств, а также образованного в XIX в. общегерманского государства, в частности на Германское уголовное уложение 1871 г.¹

Германское уголовное уложение 1871 г. (историческое название действующего УК ФРГ) соответствует концепциям классической школы уголовного права (провозглашает принцип законности;

вводит трехчленную классификацию преступных деяний: преступления, проступки и нарушения; закрепляет в системе наказаний два главных вида наказания: лишение свободы (тюрма, заключение в крепости, арест) и штраф наряду с такими наказаниями, как смертная казнь (до ее отмены в 1949 г.), конфискация имущества и лишение прав).

В 1975 г. немецкий законодатель изложил УК ФРГ в новой редакции, действующей до сих пор [14]. Важным новшеством здесь стал переход от трех-к двухчленной классификации преступных деяний. В настоящее время они делятся на преступления (за них законом предусмотрено лишение свободы на один год или больше) и проступки (наказываются лишением свободы на срок менее одного года или штрафом). Введена дуалистическая система уголовных санкций: наказания и меры исправления и безопасности. Выделены два основных вида наказания: лишение свободы и штраф. В качестве дополнительного наказания предусмотрен запрет на управление автотранспортным средством на срок от одного до трех месяцев. Лишение свободы может назначаться либо на срок до 15 лет, либо пожизненно. В систему мер исправления и безопасности вошли меры, связанные с лишением свободы: помещение в психиатрическую лечебницу, изолятор для алкоголиков и наркоманов, превентивное «интернирование в целях безопасности», применяемое к опасным преступникам.

Уложения Российской империи о наказаниях уголовных и исправительных 1845 и 1885 гг. предусматривали главы «Об определении наказаний по преступлениям» [15; 16, с. 10]. Во многом это объясняет появление в учебной литературе по уголовному праву XIX в. разделов, посвященных определению наказания [17–19].

Таким образом, уголовно-правовые нормы уложения «Каролина» 1532 г. в Германии и параллельно действовавших статутах Великого княжества Литовского 1529, 1566 гг., а позднее Статута 1588 г. стали общеевропейским достоянием и имели руководящее значение при разработке законодательства и правоприменительной практики многих государств Европы – Беларуси, Литвы, Латвии, России, Польши, Украины, Эстонии и др. – до XIX в.

Заключение

Выделим общие черты и законодательные традиции современного белорусского и немецкого уголовного права, которые обусловлены влиянием фундаментальных исторических памятников права XV–XVI вв.:

- формирование уголовно-правовых норм и институтов в лоне романо-германской правовой

семьи, несмотря на различные политические, идеологические и социально-экономические преобразования в истории развития государственности;

- наличие писаного кодифицированного уголовного законодательства;
- выделение в законодательстве Общей и Особенной частей;

¹Первая половина XIX в. в Германии характеризуется кодификацией уголовного права. Уголовное законодательство Германской империи разрабатывалось на базе норм уголовного права Баварии, Саксонии и Пруссии. Основой Германского уголовного уложения 1871 г. стало Прусское уголовное уложение 1851 г. [13, с. 159–161, 164–167].

- закрепление в уголовных законах одинаковых правовых принципов, терминов, дефиниций, категорий (понятия преступления, вины, наказания и пр.);

- определение задач уголовных кодексов, целей наказания/ответственности;

- реализация в национальном уголовном законодательстве идей, зарождавшихся в правовых документах времен позднего Средневековья и систематизированных классической школой уголовного права (конец XVIII – XIX в.), базирующейся на учении немецких представителей (И. Кант, Г. Гегель, П. А. Фейербах, И. Бентам), в частности о преступности, составе преступления, вине, свободе воли, основаниях уголовной ответственности, покушении, соучастии, наказуемости, целях наказания;

- установление в законе объективного (*Actus reus*) и субъективного (*Mens rea*) оснований уголовной ответственности;

- разработка системы наказаний в действующем белорусском УК с учетом историко-правового трансфера главных видов наказаний из римского, средневекового белорусского и немецкого уголовного права;

- разделение видов наказаний внутри системы на основные и дополнительные;

- обособление в отдельном законодательном блоке лестницы наказаний и мер уголовной ответственности для несовершеннолетних;

- применение принудительных мер безопасности и лечения (к невменяемым, лицам с уменьшенной вменяемостью, а также страдающим алкоголизмом, наркоманией);

- признание преступным исключительного (закрытого) перечня деяний (*nullum crimen, nullum poena sine lege*);

- большая схожесть объектов уголовно-правовой охраны, в том числе иерархии охраняемых уголовным законом ценностей (мир, безопасность человечества, человек, собственность, природная среда и экологическая безопасность, общественная безопасность, здоровье населения, общественная нравственность, информационная безопасность, государство, власть и управление и др.).

Отличия действующего УК Республики Беларусь от УК Федеративной Республики Германия в подходах к установлению дифференциации оснований и условий уголовной ответственности и наказания заключаются в следующем:

- Уголовный кодекс Республики Беларусь является единственным документом уголовного права, действующим на территории страны. Новые законы, предусматривающие уголовную ответствен-

ность, подлежат включению в УК (ч. 2 ст. 1 УК) [20]. Уголовный кодекс ФРГ (*Strafgesetzbuch*) – не единственный источник, наряду с ним действует «дополнительное» уголовное право (*Nebenstrafrecht*);

- в ст. 11 УК Республики Беларусь закреплено формально-материальное определение понятия «преступление» (противоправность, виновность, наказуемость, общественная опасность деяния), которое законодательно выработано под влиянием социологической школы уголовного права (XIX–XX вв.) и учения ее сторонников (криминалисты Ф. Лист, А. Принс, Ван Гамель, И. Я. Фойницкий) об «общественной опасности деяния», «опасном состоянии личности преступника». Теория «общественной опасности деяния» была весьма популярна в советском уголовном праве. В § 12 УК ФРГ заложено понятие преступного деяния с указанием только его формальных признаков (противоправность и наказуемость деяния) [14];

- в белорусском УК дана четырехчленная классификация преступлений (ст. 12), в основе которой находятся два критерия: характер и степень общественной опасности, а также форма вины (преступления, не представляющие большой общественной опасности; менее тяжкие; тяжкие и особо тяжкие) [20]. При этом УК ФРГ базируется на двучленной классификации преступных деяний, а именно: преступлениях (за них законом предусмотрено лишение свободы на один год или больше) и проступках (наказываются лишением свободы на срок менее года или штрафом) [14];

- в перечне видов наказаний в ст. 48 УК Республики Беларусь присутствует десять основных видов, два дополнительных и три смешанных [21]. В § 38–44 УК ФРГ – два основных вида (лишение свободы и штраф), один дополнительный (запрет на управление транспортным средством) и дополнительные последствия (§ 45) [14];

- по объектам уголовно-правовой охраны в УК Беларуси, например, преступным признается посягательство на авторитет государства (ст. 369-1 «Дискредитация Республики Беларусь»), а в УК ФРГ – экзгибиционистские действия (§ 183), нарушающие сложившиеся устои общественной нравственности.

Таким образом, континентальная (романо-германская) уголовно-правовая философия, сформированная многовековыми правовыми традициями (со времен позднего Средневековья – эпохи Возрождения до Новейшего времени), основывается на общих ключевых законодательных принципах и подходах к созданию правовых институтов уголовного права.

Библиографические ссылки

1. Доўнар Т. І. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі. Мінск, 2014.
2. Доўнар Т. Караць нельга памілаваць // Судовы весн. 1993. № 1. С. 62–64.
3. Доўнар Т. І. Развіццё асноўных інстытутаў грамадзянскага і крымінальнага права Беларусі ў XV–XVI стагоддзях. Мінск, 2000.

4. Юхо Я. А. Кароткі нарыс гісторыі дзяржавы і права Беларусі. Мінск, 1992.
5. Вішнеўскі А. Ф., Юхо Я. А. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі ў дакументах і матэрыялах (са старажытных часоў да нашых дзён). Мінск, 2003.
6. Статут Великого княжества Литовского 1529 г. / под ред. К. И. Яблонского. Минск, 1960.
7. Статут Великого княжества Литовского 1566 года. М., 1855.
8. Статут Вялікага княства Літоўскага, 1588. Тэксты. Даведнік. Каментарыі / гал. рэд. І. П. Шамякін. Мінск, 1989.
9. Ахраменка Н. Ф., Бабий Н. А., Барков Н. А. и др. Уголовное право. Общая часть / под ред. И. О. Грунтова, А. В. Шидловского. Минск, 2014.
10. Статут Вялікага княства Літоўскага, 1588 : юбілейнае выданне / транскрыпцыя тэксту падрыхт. С. А. Балашэнкам [і інш.]. Мінск, 2010.
11. Каролина. Средневековые исторические источники Востока и Запада [Электронный ресурс]. URL: <http://www.vostlit.info/Texts/Dokument> (дата обращения: 20.05.2017).
12. Есаков Г. А., Крылова Н. Е., Серебrenникова А. В. Уголовное право зарубежных стран. М., 2010.
13. Решетников Ф. М., Сухарев А. Я. Правовые системы стран мира : энцикл. справ. / отв. ред. А. Я. Сухарев. М., 2001.
14. Уголовный кодекс ФРГ : текст по состоянию на 17 авг. 1999 г. : пер. с нем. М., 2000.
15. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. С разъяснениями по решениям кассационных департаментов Правительствующего Сената. СПб., 1873.
16. Непомнящая Т. В. Назначение уголовного наказания: теория, практика, перспективы. СПб., 2006.
17. Спасович В. Учебник уголовного права. СПб., 1863.
18. Сергиевский Н. Д. Русское уголовное право. Часть общая. СПб., 1896.
19. Есипов В. В. Очерк русского уголовного права. Часть общая. М., 1904.
20. Уголовный кодекс Республики Беларусь. Минск, 1999.
21. Уголовный кодекс Республики Беларусь : принят Палатой представителей 2 июня 1999 г. : одобр. Советом Респ. 24 июня 1999 г. : в ред. Закона Респ. Беларусь от 19 июля 2016 г. № 407-3 (с изм. и доп., вступившими в силу с 1 июля 2017 г.) // Эталон – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2017.

References

1. Dounar T. I. [History of state and law of Belarus]. Minsk, 2014 (in Belarus.).
2. Dounar T. [Execute can not be pardoned]. *Sudovy vesnik*. 1993. No. 1. P. 62–64 (in Belarus.).
3. Dounar T. I. [Development of main institutes of civil and criminal law of Belarus in XV–XVI centuries]. Minsk, 2000 (in Belarus.).
4. Yuho J. A. [The short essay on the history of the state of law in Belarus]. Minsk, 1992 (in Belarus.).
5. Vishneusky A. F., Yuho J. A. [History of state and law of Belarus in documents and materials (from ancient times to our days)]. Minsk, 2003 (in Belarus.).
6. Yablonskis K. I. (ed.). [Statut of Grand Principality of Lithuania of 1529]. Minsk, 1960 (in Russ.).
7. [Statut of Grand Principality of Lithuania of 1566]. Moscow, 1855 (in Russ.).
8. Shamiakin I. P. (ed.). [Statut of Grand Principality of Lithuania of 1588. Texts. Reference. Comments]. Minsk, 1989 (in Belarus.).
9. Akhramenka N. F., Babii N. A., Barkov N. A., et al. [Criminal law. Part of the total]. Minsk, 2014 (in Russ.).
10. [Statut of Grand Principality of Lithuania of 1588] : jubilejnae vydanne. Minsk, 2010 (in Belarus.).
11. [Carolina. Medieval Historical sources of East and West]. URL: <http://www.vostlit.info/Texts/Dokument> (date of access: 20.05.2017) (in Russ.).
12. Esakov G. A., Krylova N. E., Serebrennikova A. V. [Criminal law of foreign countries]. Moscow, 2010 (in Russ.).
13. Reshetnikov F. M., Sukharev A. Y. [Legal systems of foreign countries] : encycl. guide. Moscow, 2001 (in Russ.).
14. Criminal code of FRG : as of 17 August, 1999. Moscow, 2000 (in Russ.).
15. [Ordinance on the penalties criminal and correctional. With explanations on the decisions of the cassation departments of the Governing Senate]. Saint Petersburg, 1873 (in Russ.).
16. Nepomnyaschaya T. V. [Appointment of criminal punishment: theory, practice, prospects]. Saint Petersburg, 2006 (in Russ.).
17. Spasovich V. [Textbook of criminal law]. Saint Petersburg, 1863 (in Russ.).
18. Sergievskii N. D. [Russian criminal law. Part of the total]. Saint Petersburg, 1896 (in Russ.).
19. Esipov V. V. [Essay on Russian criminal law. Part of the total]. Moscow, 1904 (in Russ.).
20. [The criminal code of the Republic of Belarus]. Minsk, 1999 (in Russ.).
21. The criminal code of the Republic of Belarus : adopted by the House of representatives 2 June, 1999 : s. Council of Repub. 24 June, 1999 : by the Law of the Repub. of Belarus, 19 July, 2016, No. 407-3 (revis. and ext., with effect from 1 July, 2017). *Etalon – Belarus* [Electronic resource]. Natl. center of the legal inf. of the Repub. of Belarus. Minsk, 2017 (in Russ.).

Статья поступила в редколлегию 10.07.2017.
Received by editorial board 10.07.2017.

UDC 341:342

THE CRISIS OF DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW IN SOME NEW MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION

ANGELA DI GREGORIO^a

^aUniversity of Milan, 7 via Conservatorio, Milan 20122, Italy

The paper analyses one of the hot topics of the constitutional debate in Europe, that is democratic backslidings in some new EU Members States. Although many works in the international literature have been devoted to this subject, a general analysis of the political and constitutional causes of this regression is lacking. It is therefore necessary to analyze the characteristics of the transition to democracy; the EU “rule of law” mechanisms and their failure, including the failure of the system of democratic conditionality; the cultural and constitutional framework of the new EU Member States, including some defects in their constitutional engineering.

Key words: rule of law; European conditionality; constitutional engineering; constitutional courts.

КРИЗИС ДЕМОКРАТИИ И ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНА В НЕКОТОРЫХ НОВЫХ ГОСУДАРСТВАХ – ЧЛЕНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

АНЖЕЛА ДИ ГРЕГОРИО¹⁾

¹⁾Миланский университет, 7 via Conservatorio, 20122, г. Милан, Италия

Рассматривается одна из горячих тем конституционной дискуссии в Европе, а именно демократический кризис в некоторых новых государствах – членах Европейского союза. Несмотря на то что в международной литературе этому вопросу посвящено много работ, общий анализ политических и конституционных причин этого кризиса от-

Образец цитирования:

Ди Грегорио Анжела. Кризис демократии и верховенства закона в некоторых новых государствах – членах Европейского союза // Журн. Белорус. гос. ун-та. Право. 2017. № 3. С. 105–111 (in Engl.).

For citation:

Di Gregorio Angela. The crisis of democracy and the rule of law in some new Member States of the European Union. *J. Belarus. State Univ. Law.* 2017. No. 3. P. 105–111.

Автор:

Анжела Ди Грегорио – профессор сравнительного публичного права.

Author:

Angela Di Gregorio, full professor of public comparative law.
angela.digregorio@unimi.it

существует. Исследуются характеристики перехода к демократии; механизмы защиты правового государства в ЕС и их неудачи, включая недостаточность системы демократической обусловленности; культурный и конституционный контекст новых стран – членов ЕС, в том числе некоторые дефекты в их конституционной инженерии.

Ключевые слова: верховенство закона; европейская обусловленность; конституционная инженерия; конституционные суды.

Introduction

One of the hot topics of constitutional discussion in Europe during the last few years is the non-compliance with the principle of the “rule of law” in a number of European Union Member States. The situation has become particularly worrying in the last 2 years, as the “constitutional backslidings” or “constitutional crises”, included a shining example of the “new” European nations, one rated as first-in-class for economic progress and democratic stability, namely Poland.

Of these constitutional crises and the threat they pose to the preservation of European values much has been written. Opinions more or less agree in acknowledging a regression of democratic and constitutional culture in the new EU Member States owing mainly to the absence of constitutional traditions and the haste of their admission into the Union [1–3].

A broader classification also includes Italy and Greece because of the general inefficiency of public administration, the high rate of corruption, the slow pace of justice, the pervasiveness of organized crime, or, as in the case of France, regarding the treatment of Roma (in 2010) [4]. The first concerns about the compliance with democratic values within the EU arose, as is well known, in connection with the electoral success of a far-right party in Austria in the 1999 parliamentary elections. In this case, as for Italy, France and Greece, concerns have faded away because of electoral turnover, or the shelving of the more controversial projects. However, the question remains unresolved for Hungary and Poland.

The most serious “constitutional crises” among the new EU Member States are in fact those of Hungary and Poland. There is also the case of Romania which however is treated, depending on the commentator, as further proof of the weakness of the rule of law in the country or as an example of successful post-access compliance, given the “happy” resolution of the confrontation between the Government, the President and the Constitutional Court in the crisis during the summer of 2012 (concluded with a political solution in an institutional context forever at risk of permanent stalemate). Therefore, there are important similarities between Hungary and Poland while the Romanian case, despite some common features (the Constitutional Court has been under attack) is very different for the political situation (at the time of the crisis there was political cohabitation between the Government and the President in Romania). My comments will be focused on a series of issues:

- 1) how to frame and limit the principle of the “rule of law”, being mindful of the different concepts at both national and international levels;
- 2) similarities and differences in the constitutional crisis in Hungary, Romania and Poland;
- 3) the role of Constitutional Courts in the former communist countries;
- 4) the failure of European democratic conditionality;
- 5) problems and perspectives for the constitutional crisis.

The “European” rule of law

We must first delimit the rule of law principle, since we could have a broad or narrow, formal or substantial definition of it. There are different cultural traditions on the subject including a past notion of “socialist rule of law” or socialist legality, which continues to influence to some measure former communist countries. However, as academics have amply demonstrated, thanks to the role of constitutional and international courts, a broad convergence on the content of the principle has been reached over time to the point of mitigating the original differences.

In recent years several publications have appeared, which are dedicated to the topic of the international or European rule of law [5–9] which seems to derive more

from a sum of elements of different traditions rather than being a summary or synthesis of them.

This is clearly not the place for a thorough examination of this pillar of the liberal-democratic State. However, I would like to state that the concept to which we currently refer in Europe to measure the extent or fact of the violation of the rule of law is based on some documents that merely summarize the characteristics of the principle. These have been “produced” by the Venice Commission of the Council of Europe, by a number of European Union institutions and by the OSCE. So when we speak of violations of the rule of law by new EU Member States, we refer to the reconstruction of the principle carried out by the European institutions

and used as a benchmark for democratic conditionality prior to admission to the EU, the Council of Europe or the OSCE [10; 11].

However, a too broad notion of the rule of law (as evidenced in the Venice Commission's Rule of Law Checklist which contains 6 different requirements each of which is subdivided into further sub principles) is likely to distort this concept thus making full compliance with it impossible, even for well-established democracies. In fact, the definition is vague as evidenced by some authors and ends up being a summation of other principles. When called upon to give

a comprehensive summary and definition researchers are struggling to find a general consensus.

If we examine the application of the principle to the events of Hungary, Poland and Romania where the breach of the rule of law occurred, we notice that it is mainly about the violation of the division of powers and particularly the interference by political powers in the activity of the courts. Thus delimited, the principle of the rule of law regains its autonomy from similar principles despite being closely related to them. In sum, the Hungarian and Polish events help us to reflect on concepts that until now were quite abstract.

Constitutional crises in some new EU Member States

As mentioned, constitutional scholars cite a number of reasons for the constitutional "backsliding" in some new EU Member States. There are two main reasons offered; the first is the inability of the countries of Central and Eastern Europe to achieve full democratic maturity because of their communist past and the second is the absence of constitutional traditions. The responsibilities of European institutions for the framework of the application criteria for entry into the EU and the complex procedures put in place to prevent or to correct democratic deficiencies in the candidate countries have not been extensively analysed.

The seriousness of the ongoing processes in Hungary and Poland lies in the fact that through the tool of constitutional law the role of important checks and balances such as constitutional courts is in the process of changing or has already changed, and mainly for the worse. Generally, the institutions that naturally counterbalance the power of the political majority are currently being weakened (ombudsman, self-governing bodies of the judiciary, authority for the media or the press, prosecutors, etc.). Looking at the wider context, we notice a crisis of the very principle of majoritarian democracy, one which is justified in the name of governability. Other important defects in this context are the limits of post-communist constitutional "engineering". In fact, certain choices, which were appropriate for a transitional context in which checks and balances were still fluid, proved to be unsustainable in the current super-majority scenery.

The Polish and Hungarian constitutional crises have many common features. The principle of separation of powers has been undermined against the backdrop of a right-wing populist and demagogic political vision, intolerant of democratic checks and in favour of a plebiscite-majoritarian idea of institutions. In both cases, the right-wing nationalist parties, who are in Government, challenge the manner in which the transition to democracy took place in 1989 although they came from the opposition to the old communist regime. The position of the Hungarian FIDESZ is clear on

this point. Whereas the communists reformists have played a key role in the transition from the communist system of government and despite the fact that the heir to the Hungarian Socialist Workers' Party, namely the socialists (MSZP), has ruled several times since the first free elections of 1990, officially bringing the country into the EU, the new Hungarian Fundamental Law is expressly directed against this political force.

In the case of Poland, the Law and Justice Party, or PiS, created by the Kaczyński twins in 2001 is a fragment of the Solidarity movement that promoted, along with other actors (including the Catholic Church), the transition from communism. At that time the Kaczyński's were opposed to the policy of "tabula rasa" with the past but in the end just such a policy prevailed. In 2006–2007, when Jarosław Kaczyński was the prime minister in a coalition Government, the twins attempted to make the lustration mechanism more severe as it was originally designed, but the Constitutional Tribunal in 2007 rejected this attempt, making the lustration law virtually unenforceable [12; 13].

The intolerance towards the new post-communist and pro-European course was expressed openly once PiS obtained an absolute majority of seats in the parliament in the 25 October 2015 elections. Following the Hungarian model the new Polish leadership has gradually and systematically started to bring back the main counter-majoritarian powers under the control of the governing majority, starting with the Constitutional Tribunal¹ and continuing with the media. Ordinary judges and prosecutors have been also affected by negative changes in both countries. One of the most negative aspects of the Polish Government's initiative is the refusal to publish (some) judgments of the Constitutional Tribunal, and the general disrespect towards it (which has also happened in Hungary, where the provisions declared unconstitutional by the Constitutional Court, however, have been included in the Constitution). In the meantime, other laws restricting fundamental rights have been adopted (concerning media, prosecution, police, civil service, immigration, etc.).

¹For an up to date constitutional information both in Poland and Hungary please refer to www.verfassungsblog.de.

However, there are relevant political and institutional differences between the two countries. In Hungary the FIDESZ, together with the small centre-right ally KDNP, obtained 133 seats, accounting for 66.83 % of the National Assembly in the 2014 elections, which is precisely the two-thirds majority threshold they enjoyed in the previous 2010–2014 legislature. Such a huge majority, favoured by the electoral system (which was changed to the advantage of the ruling coalition in 2011) allowed the majority to adopt a new constitution with subsequent amendments thereto, and to carry out further changes to the system of checks and balances through the passing of “cardinal” laws. Opinions about the current situation of the rule of law in Hungary are contradictory and depend on interpretation. Some believe that as a result of the reforms carried out by the Government and especially the replacement of the ordinary and constitutional judges, the courts have now been “housebroken”. Others believe that as a result of the opinions of the Venice Commission and of the European Commission infringement procedures, some of which led to the ECJ decisions, the most controversial provisions have been amended or shelved entirely (For the first position see, Z. Szente [14]. For the second one, F. Hoffmeister [15, p. 231] and also J. Nergelius [16, p. 307–308]).

The Polish case is different as until October 2015 it was difficult to find a stable and cohesive ruling majority because of the political framework and the electoral system. In fact this was the first time in the history of the former communist Poland that a one-party Government was formed. Another political aspect that is worth noting is that the centre-left forces are completely unrepresented in parliament (which has not happened in Hungary).

Despite the differences in party and electoral systems, in both countries there is a majority conservative Government with overwhelming power. But while FIDESZ has had a constitutional majority since 2010, the PiS could limit itself to implement its legislative program and take advantage of some mistakes of the old laws regulating the activity and composition of the Constitutional Tribunal, such as the election of constitutional court judges by a simple majority of the Sejm (this is a communist heritage as the election by a simple majority was provided for in the Sejm Regulation of 1986). As we know, this procedure had many negative consequences.

The case of Romania is very peculiar. The Romanian constitutional crisis – with the involvement again of European institutions, primarily the European Commission and the Venice Commission – “exploded” rather suddenly between June and July 2012. The crisis

was resolved almost immediately even though it was preceded (and followed) by unresolved problems of political and institutional nature.

Let us just summarize the main events. In February 2012 a political crisis occurred, which led to the resignation of Prime Minister Boc belonging to the same party as President Basescu (i.e. PDL, the democratic-liberal party). After a failed attempt to appoint a caretaker Government pending elections scheduled for December 2012, the centre-left parties (USL, Social Liberal Union) managed to form a new Government headed by Victor Ponta in May 2012. The new Government, while continuing the same austerity policies as the previous one, soon found itself in open conflict with President Basescu and tried to invoke his suspension by Parliament and then by popular recall.

The new Government very rapidly introduced a number of measures affecting the principle of separation of powers. It adopted a series of emergency orders circumventing parliamentary procedures, ignored the Constitutional Court’s ruling that prohibited the Prime Minister to represent the Government in the European Council without the express authorisation of the President (justifying it with the excuse that the ruling had not been officially published), removed the ombudsman and replaced him with an individual loyal to the ruling part¹, limited the Constitutional Court’s competences through an emergency order², withdrew the right of Parliament to manage the Official Gazette, openly criticized the Constitutional Court, etc. These are behaviours and acts directly or indirectly targeted against the President (and against the Constitutional Court, perhaps not entirely incorrectly perceived as favourable to the President), which was suspended by Parliament at the end of this “crusade”. To defend themselves against these acts Basescu (who considered himself a victim of a real coup d’état) and the Court have invoked the protections provided by European institutions.

Even in this case we must consider the constitutional crisis of the summer of 2012 in a wider context. We must examine the limits of the transition to democracy and the flaws of the 1991 Romanian Constitution, adopted in haste by former communists suddenly recycled in a democratic “revolution” and with a highly unbalanced institutional system. Despite the constitutional amendments of 2003, the political and institutional balance between the President on the one hand and the Prime Minister, the Government and the parliamentary majority on the other hand, continued to be uncertain, as evidenced by the involvement of the Constitutional Court on several occasions even before the summer of 2012. To all this we must add a very different political context from that of Hungary and Poland. Romanian politics has

¹The ombudsman is the only institution allowed to challenge a priori the emergency orders of the cabinet before the Constitutional Court.

²This would be excluded by the Romanian Constitution as outlined in the opinion of the Venice Commission adopted at its 93rd Plenary Session (Venice, 14–15 December, 2012), in [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)026-e).

never had the problem of “tyranny by the majority”. In fact, because of the electoral system, the party system, the ethnic composition of the population, a political climate marked by corruption scandals, transformism and general instability, the shelf life of Romanian cabinets has always been short and unstable. Under President Basescu (head of State from 2004 to 2014) the political situation became more complicated because of the President’s strong leadership, coinciding in the summer of 2012 with the involvement of European institutions. The latter tried to settle what looked like a real struggle for political power with no holds barred. The Constitutional Court itself, while painted as the last bulwark of democracy and the rule of law, has over the years issued contradictory rulings, been often in favour of the head of State without clear legal grounds. But in the case of Romania the pressure levers of the EU were much more effective. Considering the political and democratic immaturity of the country, after its hasty admission into the Union in 2007, a post-admission monitoring mechanism, the “Cooperation and Verification Mechanism”, has been put in place for both Romania and Bulgaria. This will especially target the fight against corruption and the independence of the judiciary and mandates six-monthly verification reports.

The role of the constitutional courts in the post-communist transition

Considering that in all three countries constitutional courts have been under attack by the political majority, it is worth reflecting on their role in the post-communist transition. Most of them had a very active role, which has repeatedly brought them into conflict with the Government in office.

This strong role has been possible for a number of reasons. First, some of these courts have been super-equipped and have often delivered judgments on the relationship between the branches of government, so determining the real functioning of the form of government, thereby counterbalancing the shortcomings of the constitutional text and of the political system. The access to the courts is very broad. In some cases the constitutional courts have been forced to work with interim or otherwise incomplete constitutional texts, or with constitutional “patchworks” (as in Poland until 1997) so they had a great deal of freedom of action (and made free use of international standards on human rights). The “moral” legitimacy of constitutional judges has been a relevant factor in some countries in order to increase the authoritativeness of the courts [17].

The powerful role of the courts has been criticized by some commentators because it was perceived they had overshadowed the legitimacy of new parliaments [18, p. 22]. In fact such a leading role was acceptable and necessary perhaps only in the first few years following the transition.

The common features of the so-called “fourth generation” constitutional courts, however, should not overshadow the differences between countries. The Polish

The three countries examined are not comparable in terms of their historical and democratic development. However, from a constitutional perspective each has specific defects of its own in terms of their constitutional engineering. In Hungary, the procedure for amending the Constitution and for adopting a new Constitution is the same. The process is easy to implement not only in terms of the majority required but also because the initiative for amendments is easy to put forward as it only requires a request from a single deputy and there are no explicit limits to the constitutional amendments. Yet, there is an excessive use of cardinal laws and the rules for the election of constitutional judges have been simplified for the benefit of the ruling majority. In Poland the constitutional judges are elected by one house of the Parliament based on a simple majority (the proceeding is required by law but not by the Constitution). Also, the requirements to elect judges provided by the Constitution are quite vague. In Romania the roles of the President and the Prime Minister are not well demarcated and this causes problems even outside of cohabitation (a distorted and incomplete copy of the French model). There is also an excessive use of emergency decrees by the Government.

Constitutional Tribunal arises from a communist concession to the opposition forces and had a series of functional limitations until 1997. Only after 1997–1999 was there a definitive consecration of *res judicata* for the judgments of unconstitutionality of laws. The Constitutional Tribunal was therefore of fundamental importance in the terminal phase of the communist period, especially from the symbolic point of view, but it was not as disruptive an institution as in the Hungarian case.

The Hungarian Constitutional Court was even called a “Supreme moral authority analogous to a Politburo” (in an interrogative form [19, p. 44]), both with reference to its width of competence, and to the fact that through the principle of human dignity extrapolated from the “invisible Constitution”, the Court addressed and resolved many sensitive issues from the perspective of human rights. The Court ensured that the transition to democracy was not monopolized by a particular interest group. All this despite (or perhaps because of) the absence of a complete Fundamental Law as a basis for a wide and stable national unit.

The Romanian Constitutional Court, according to the original version of the 1991 Constitution, had few competences and the parliament was the final arbiter on the constitutionality of laws. Although the situation has improved since the 2003 constitutional amendments, the Romanian Court had never had powers or authority comparable to the Hungarian and Polish ones and it also had various responsibilities in the 2012 constitutional crisis.

Advantages and drawbacks of European democratic conditionality

Coming to the issue of European Union democratic conditionality, with the admission of the post-communist States the peculiarities of these countries have not been taken into account, especially the welfare state crisis. Instead values and conditions have been imposed. The “negative” liberal constitutional model, adopted in reaction to the communist past, was not suitable for this context, at least not initially. The great sacrifices required to “join Europe” were not rewarded with a treatment equal to that reserved to the other member States. This has encouraged, in many cases, a jealous attitude to national sovereignty. The importing of Western models has not proved successful in all respects. While for the catalogues of rights there was no alternative, more gradualism in the dismantling of social benefits and a measured transition to a market economy would have been preferable.

As for the membership in the Council of Europe (and the influence of the Venice Commission and the Court of Strasbourg), conditionality was less stringent than in the EU, because of the different purposes of this regional organization, meant primarily during the last 26 years to promote in general terms “rule of law, democracy and human rights” in the new members of the communist tradition.

A limit observed during the conditionality process is the fact that the difference between democracy and

rule of law has not been sufficiently explained. The triad “rule of law, democracy and human rights” have not been perceived as inseparable since in Romania, Hungary and Poland the Governments have invoked the principle of democracy as a means of using the majority will of the voters to contest a legalistic approach to the rule of law.

As for the involvement of European institutions, as authoritatively argued [15, p. 231] in Hungary, Romania and Poland there have been grounds for the application of Article 7 TEU, the so called “nuclear option” which could entail the suspension of voting rights¹ of the Member States. But the EU has adopted different solutions in the three cases as a result of purely political considerations. All of this emphasises the weakness of the EU, especially when combined with the many legal and political problems that art. 7 raises (e. g. it is not clear what is meant by “serious and persistent”, i. e. “systemic”, risk of violation of the rule of law). Furthermore, in all three cases the approach of the European institutions was different and this is likely to weigh against the EU’s credibility in actively protecting and upholding EU values¹. There is also a problem of competences, because the principle of the rule of law is not part of the Union’s powers despite being a “supposed” acquis.

Conclusions

As we have tried to demonstrate so far, an out-of-context analysis may not show all aspects of the question of “the rule of law violation in new EU Member States”. An analysis that includes a diachronic (historical development) and synchronic comparison (relative to other countries in the region), combined with the inconsistencies and limitations of European conditionality could help answer the main question which is: Is what happened to or is happening in the new EU members the effect of a failed transition or is there a case to be made for the concurrence of guilt on the part of European bodies?

Secondly, we must avoid making general remarks given that Hungary and Poland were considered first-in-class until recently. If the Polish case is so striking even more so than the Hungarian one, it is because its democratic stability was taken for granted. We must also distinguish the inconsistencies in the constitutional text from those of the political system (including the electoral system) and the “resilience” of the constitutional culture that has arisen so far, an aspect that is very well described by Solyómi in the Hungarian case [1].

We must therefore look back at the modalities and protagonists of the transition and the following period. Some negative things come out of the transition period such as certain opaque institutional mechanisms whose danger over time is compounded if left in the wrong hands. As mentioned above, the hostility towards the role of constitutional courts, both in Poland and in Hungary, is based on their counter-majoritarian role and in particular on their potential threat to the parties currently in power. But if it is easy to identify the reasons for this offensive against the court in the Hungarian case given, as mentioned earlier, its high prestige and the fact that it virtually dictated the constitutional law of the transition period (Solyómi), it is less obvious in the Polish case. Here, the roots of the conflict are to be found not so much in the authoritativeness of the Tribunal but rather in a series of rulings that it delivered in 2006–2007 during the first Government ruled by PiS.

This leads us to a number of further reflections concerning the post-communist constitutionalism in general, and that of the most advanced countries, such as Poland and Hungary, in particular. Firstly, we need to

¹*Hungary*: Infringement procedures for individual violations of the EU law; *Romania*: Strong pressure thanks to the Cooperation and Verification Mechanism or the CVM. Sanctions applicable under the CVM mechanism do not carry out, such as those provided for by the art. 7, the suspension of the voting rights in the European Council; *Poland*: rule of law mechanism.

consider the limits of post-communist constitutional engineering. Secondly, the mistakes due to the haste of post-communist constituent legislatures. Finally, the clauses for the protection of democracy and the rules on anti-constitutional parties: post-communist constituents took into account a way of precluding a return to the past, but such remedies, although strong, remain in the hands of constitutional courts.

Given this complex context, the peculiarities of the countries of Central and Eastern Europe particularly from a constitutional point of view, will remain for a long period, because they are based on the “differential aspects” of an ethnic-national, institutional and social nature. In addition, their economic transition was based on a great injustice, i. e. the appropriation of public assets by the old nomenclature that is, by those who already enjoyed significant privileges in the past. Also individualism and egalitarianism are not good for a society so socially and ethnically fragmented.

How can these countries get over these crises? I do not believe they are insoluble. We need to wait for the

electoral turnover, and hope (paradoxically) in the reunification of the leftist (former communist) forces, while continuing with moral and perhaps economic persuasion.

If there is a crisis of constitutional democracy in new EU Member States, this is as much due to the limits of the EU itself and of the entry criteria for admission into the Union. The role of the Council of Europe proves to be equally weak, unless you consider it, as it indeed is, a venue for the continuous promotion of democratic development. But you cannot promote democracy by force, or with the threat of sanctions or constant criticism. Applying or threatening to apply sanctions is likely to create new cleavages in Europe. Undoubtedly it takes time for the “sedimentation” of democratic values. But we are talking about European countries where, in spite of a troubled history and earlier periods of authoritarian rule, constitutional development is generally solid and in some cases was started before the actual collapse of the communist regime.

References

1. Von Bogdandy A., Sonnevend P. (eds). *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*. Oxford ; Portland, 2015.
2. Perju V. The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis. *Int. J. Const. Law*. 2015. Vol. 13, No. 1. P. 246–278.
3. Di Gregorio A. Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell'Unione? *DPCE online*. 2016. No. 4. P. 173–202.
4. Kochenov D., Pech L. Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rethoric and Reality. *Eur. Const. Law Rev.* 2015. Vol. 11, issue 3. P. 512–540.
5. Costa P., Zolo D. (eds). *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. [Netherlands], 2007.
6. Pech L. *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*. Jean Monnet Working Paper 04/2009.
7. Sellers M., Tomaszewski T. (eds). *The Rule of Law in Comparative Perspective*. [Netherlands], 2010.
8. Krygier M. Rule of Law. In: Rosenfeld M., Sajó A. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford, 2015. P. 233–249.
9. Adams M., Meuwese A., Hirsch Ballin E. (eds). *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*. Cambridge, 2016.
10. Venice Commission. *Report on the rule of law*, 25–26 March, 2011. URL: [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e) (date of access: 30.07.2017).
11. Venice Commission. *Rule of Law Checklist* CDL-AD(2016)007, 18 March, 2016. URL: www.biicl.org/documents/897_vc_rol_checklist_-_cdl-ad2016007-e.pdf?showdocument=1; ODIHR and the Rule of Law, www.osce.org/odihr/103448?download=true (date of access: 30.07.2017).
12. Massias J. P. *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est*. Paris, 2008.
13. Di Gregorio A. *Epurazioni e protezione della democrazia*. Milano, 2012.
14. Sente Z. Challenging the basic values-problems in the Rule of Law in Hungary and the failure of the European Union to tackle them. In: Jakab A., Kochenov D. (eds). *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*. 2017.
15. Hoffmeister F. Enforcing the EU Charter in Member States. In: von Bogdandy A., Sonnevend P. (eds). *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*. Oxford ; Portland, 2015.
16. Nergelius J. *The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania*. Oxford ; Portland, 2015. P. 307–308.
17. Di Gregorio A. *La giustizia costituzionale in Russia*. Milano, 2004.
18. Holmes S. *Back to the Drawing Board*. *East Eur. Const. Rev.* 1992. Vol. 2, No. 1. P. 22.
19. Klingsberg E. Safeguarding the Transition. *East Eur. Const. Rev.* 1993. Vol. 2, No. 2. P. 44.

Received by editorial board 24.06.2017.

АННОТАЦИИ ДЕПОНИРОВАННЫХ В БГУ РАБОТ INDICATIVE ABSTRACTS OF THE PAPERS DEPOSITED IN THE BSU

УДК 349.232(476)(075.32)

Гаврутикова О. А. **Зарботная плата** [Электронный ресурс] : пособие для спец. 2-24 01 02 «Правоведение» / О. А. Гаврутикова ; Юрид. колледж БГУ. Электрон. текстовые дан. Минск, 2017. 42 с. : ил. Библиогр.: с. 39–42. Режим доступа: <http://elib.bsu.by/handle/123456789/177010>. Загл. с экрана. Деп. 17.07.2017, № 005417072017.

В пособии раскрыты вопросы понятия заработной платы, ее отличия от иных видов доходов, методов правового регулирования заработной платы, минимальной заработной платы, индексации заработной платы, тарифной системы и ее элементов, гибких систем оплаты труда, норм труда и сдельных расценок, особенностей оплаты труда при отклонении от обычных условий работы, доплат и надбавок, премирования, условий и порядка выплаты заработной платы, правовой охраны заработной платы, приведены выдержки из нормативных правовых актов, пример расчета заработной платы, контрольные вопросы.

Предназначено для учащихся Юридического колледжа БГУ, может быть полезно преподавателям.

УДК 349.6+620.92

Ванькович Е. Э. **Общая характеристика правовой категории «обеспечение экологической безопасности при использовании возобновляемых источников энергии»** [Электронный ресурс] / Е. Э. Ванькович ; БГУ. Электрон. текстовые дан. Минск, 2017. 18 с. Библиогр.: с. 16–18. Режим доступа: <http://elib.bsu.by/handle/123456789/181345>. Загл. с экрана. Деп. 06.09.2017, № 005606092017.

В статье детально проанализировано содержание понятия «обеспечение экологической безопасности при использовании возобновляемых источников энергии». На основе проведенного исследования автором выдвинуты предложения по дальнейшему совершенствованию законодательства в области обеспечения экологической безопасности.

УДК 349.6+620.92

Ванькович Е. Э. **Правовое обеспечение ресурсосбережения за счет использования возобновляемых источников энергии** [Электронный ресурс] / Е. Э. Ванькович ; БГУ. Электрон. текстовые дан. Минск, 2017. 19 с. Библиогр.: с. 16–19. Режим доступа: <http://elib.bsu.by/handle/123456789/181346>. Загл. с экрана. Деп. 06.09.2017, № 005706092017.

В статье классифицированы природные ресурсы, являющиеся возобновляемыми источниками энергии, а также выявлены особенности реализации права природопользования при получении вторичной энергии из возобновляемых природных ресурсов. На основе проведенного исследования автором выдвинуты предложения по дальнейшему совершенствованию законодательства в области обеспечения экологической безопасности.

УДК 342.56(476)(06)+347.97/.99(476)(06)

Развитие судебной власти в Республике Беларусь [Электронный ресурс] : материалы Междунар. круглого стола (Минск, 20 апр. 2017 г.) / редкол.: А. А. Данилевич (отв. ред.) [и др.] ; БГУ. Электрон. текстовые дан. Минск, 2017. 125 с. Библиогр. в конце отд. ст. Режим доступа: <http://elib.bsu.by/handle/123456789/181536>. Загл. с экрана. Деп. 18.09.2017, № 005818092017.

В сборнике содержатся материалы выступлений участников Международного круглого стола, посвященного проблемам развития судебной власти и системы правоохранительных органов.

Сборник адресован научной юридической общественности, практическим работникам, преподавателям и студентам юридических специальностей, а также всем, кто интересуется вопросами развития судебной системы в Республике Беларусь.

УДК 341.45:343.43

Емельянович О. В. **Международно-правовое сотрудничество государств по противодействию торговле женщинами и детьми** [Электронный ресурс] / О. В. Емельянович ; БГУ. Электрон. текстовые дан. Минск, 2017. 218 с. Библиогр.: с. 148–218. Режим доступа: <http://elib.bsu.by/handle/123456789/182509>. Загл. с экрана. Деп. 03.10.2017, № 007003102017.

Монография посвящена комплексному анализу международно-правового сотрудничества государств по противодействию торговле женщинами и детьми на универсальном и региональном уровнях, выявлению его специфики, изучению особенностей участия в нем Республики Беларусь, правовой оценке такого преступления, как торговля женщинами и детьми, в международном уголовном праве.

Адресуется научным и практическим работникам, преподавателям, студентам, магистрантам и аспирантам УВО.

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

<i>Ханкевич О. И.</i> Политико-правовое устройство полисного государства европейской Античности.....	3
--	---

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

<i>Матье Бертран.</i> Правительственная власть в Пятой Французской Республике.....	13
<i>Василевич Д. Г.</i> О праве человека на добровольное голодание в контексте права на жизнь.....	17

ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

<i>Новикова С. И.</i> Определение понятий, связанных с инвалидностью, на современном этапе развития законодательства Республики Беларусь.....	23
---	----

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Мещанова М. В.</i> Коллизионное регулирование вопросов заключения, расторжения брака и признания брака недействительным: сравнительно-правовой аспект.....	32
<i>Скобелев В. П.</i> О подведомственности третейским судам индивидуальных трудовых споров ...	41
<i>Шилко В. В.</i> Понятие и виды вспомогательных репродуктивных технологий.....	52

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

<i>Лещенко С. К.</i> Многосторонняя налоговая конвенция от 7 июня 2017 г. и новые механизмы предотвращения уклонения и ухода от уплаты налогов в аспекте их перспективного применения в Республике Беларусь.....	60
--	----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Бибило В. Н.</i> Свойства судебного приговора как проявление легитимации правосудия.....	75
<i>Ковган Ж. И.</i> Место финансово-экономических знаний в структуре криминалистической науки.....	83
<i>Хлус А. М.</i> Криминалистическое противодействие коррупционным проявлениям: проблемы и перспективы	88
<i>Шидловский А. В.</i> Влияние средневековых памятников уголовного права Беларуси и Германии на дифференциацию наказания в современном законодательстве.....	98

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Ди Грегорио Анжела.</i> Кризис демократии и верховенства закона в некоторых новых государствах – членах Европейского союза	105
Аннотации депонированных в БГУ работ.....	112

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF LAW AND STATE

<i>Khankevich O. I.</i> Political and legal structure of a polis state of European Antiquity	3
--	---

CONSTITUTIONAL LAW AND ADMINISTRATIVE LAW

<i>Mathieu Bertrand.</i> Governmental power under the Fifth French Republic.....	13
<i>Vasilevich D. G.</i> About the human rights on voluntary hunting in the context of the right to life	17

LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY LAW

<i>Novikova S. I.</i> Definition of concepts of disability at the present stage development of the legislation of the Republic of Belarus.....	23
--	----

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

<i>Miashchanava M. V.</i> Conflict regulation of marriage, divorce and recognition of a marriage as invalid: comparative law aspects.....	32
<i>Skobelev V. P.</i> On the right of arbitration courts to consider individual labor disputes	41
<i>Shylko V. V.</i> The concept and types of assisted reproductive technologies.....	52

FINANCE LAW AND TAX LAW

<i>Leshchanka S. K.</i> Multilateral Tax Convention as of 7 June 2017 and new mechanisms to combat tax evasion and avoidance in the aspect of their prospective application in the Republic of Belarus.....	60
---	----

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS

<i>Bibilo V. N.</i> Characteristics of judicial sentence as display of justice legitimation.....	75
<i>Kovgan Z. I.</i> The place of financial and economic knowledge in structure of criminalistic science	83
<i>Khilus A. M.</i> Criminalistics counteraction to corruption displays: problems and prospects	88
<i>Shidlovsky A. V.</i> The influence of the medieval monuments of the criminal law of Belarus and Germany on the differentiation of punishment in modern legislation	98

INTERNATIONAL LAW

<i>Di Gregorio Angela.</i> The crisis of democracy and the rule of law in some new Member States of the European Union.....	105
Indicative abstracts of the papers deposited in the BSU.....	112

Журнал включен Высшей аттестационной комиссией Республики Беларусь в Перечень научных изданий для опубликования результатов диссертационных исследований по юридическим наукам.

Журнал включен в библиографическую базу данных научных публикаций «Российский индекс научного цитирования» (РИНЦ).

**Журнал Белорусского
государственного университета. Право.
№ 3. 2017**

Учредитель:
Белорусский государственный университет

Юридический адрес: пр. Независимости, 4,
220030, г. Минск.
Почтовый адрес: ул. Кальварийская, 9, каб. 636, 637,
220004, г. Минск.
Тел. (017) 259-70-74, (017) 259-70-75.
E-mail: vestnikbsu@mail.ru
vestnikbsu@bsu.by

«Журнал Белорусского государственного
университета. Право» издается с января 1969 г.
До 2017 г. выходил под названием «Веснік БДУ.
Серыя 3, Гісторыя. Эканоміка. Права»
(ISSN 2308-9172).

Редактор *О. Л. Диброва*
Технические редакторы *Т. А. Караневич, Ю. А. Тарайковская*
Корректор *Л. А. Меркуль*

Подписано в печать 24.10.2017.
Тираж 100 экз. Заказ 624.

Республиканское унитарное предприятие
«Издательский центр Белорусского
государственного университета».
ЛП № 02330/117 от 14.04.2014.
Ул. Красноармейская, 6, 220030, г. Минск.

© БГУ, 2017

**Journal
of the Belarusian State University. Law.
No. 3. 2017**

Founder:
Belarusian State University

Registered address: Niezaliežnasci Ave., 4,
220030, Minsk.
Correspondence address: Kal'varyjskaja Str., 9, office 636, 637,
220004, Minsk.
Tel. (017) 259-70-74, (017) 259-70-75.
E-mail: vestnikbsu@mail.ru
vestnikbsu@bsu.by

«Journal of the Belarusian State University. Law»
published since January, 1969.
Until 2017 named «Vesnik BDU.
Seryja 3, Gistoryja. Jekanomika. Prava»
(ISSN 2308-9172).

Editor *O. L. Dibrova*
Technical editors *T. A. Karanovich, Y. A. Taraikouskaya*
Proofreader *L. A. Merkul'*

Signed print 24.10.2017.
Edition 100 copies. Order number 624.

Publishing Center of BSU.
License for publishing No. 02330/117, 14 April, 2014.
Čyrvonaarmiejskaja Str., 6, 220030, Minsk.

© BSU, 2017