

шения новационных для общества проблем (миграция трудовых ресурсов, эмансипация женщин, труд несовершеннолетних и пенсионеров, сексуальные меньшинства и многие др.).

Серьезный дефект заключается в неопределенности юридической силы цензов. В одном случае ценз становится на уровень руководящего императива, в другом остается лишь декларацией.

Порой ценз выступает непреодолимым психологическим и фактическим препятствием («отсутствие судимости близких родственников», «наследственные физиологические дефекты», «половая ориентация»). Отсюда низкий общественный интерес к их реализации, что становится источником различных форм злоупотребления цензами, использование существующих цензовых предписаний в антиправовых, антисоциальных целях.

Сохраняется практика игнорирования, медлительности и неполноты воплощения в российском законодательстве цензов, содержащихся в международных конвенциях (договорах, соглашениях), ратифицированных или подписанных Российской Федерацией. Отсутствие согласованности цензов международного права и российского за-

конодательства вызывает противоречия между миграционной и интеграционной сферами внешней политики государства на постсоветском и европейском пространстве, оказывает дестабилизирующее воздействие на сферу трудовой занятости, культурно-образовательных и иных форм межгосударственного обмена, объединения усилий в области координации правоохранительной деятельности.

Примечания

1. Ильин И.А. О сущности правосознания. — М., 1993. — С. 47.
2. СЗ РФ. — 1997. — № 9. — Ст. 1011.
3. Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации О.О. Миронова в 2002 году // Российская газета. — 2003. — 15—18, 23—25, 30 июля, 5, 7 августа.
4. СЗ РФ. — 2002. — № 1. — Ч. I. — Ст. 3.
5. См.: Антонян Ю.М., Вережагин В.А., Калма-нов Г.Б. Тюремная субкультура и нейтрализация ее негативных проявлений // Государство и право. — 1996. — № 10. — С. 72—79.

В.В. Любенко

Любенко Владимир Владимирович — соискатель кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России

E-mail: anrc@rambler.ru

К вопросу об использовании судебного контроля в процедуре, предусмотренной главой 40¹ УПК РФ

В статье рассматриваются вопросы о **пределах вмешательства суда** в отношения сторон, которые заключают **досудебное соглашение о сотрудничестве**. В принципиальном плане дается отрицательный ответ на вопрос о правомерности обжалования в судебном порядке процессуальных решений следователя, руководителя следственного органа, прокурора об отказе заключить соглашение о сотрудничестве. Судебному контролю подлежат только односторонние решения органов предварительного расследования, прокурора о прекращении соглашения о сотрудничестве.

Согласно части 4 статьи 317¹ УПК РФ постановление следователя об отказе в удовлетворении ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве может быть обжаловано подозреваемым или обвиняемым, его защитником руководителю следственного органа.

В пункте 1.3 приказа Генеральной прокуратуры РФ от 15 марта 2010 года № 107 «Об организации

In the article there are discussed **the limits of the interference of the court** in the relationship between the sides, which make **a pre-trial agreement on collaboration**. In essence there is given a negative answer on the question of the appropriateness of the court appeal of the procedural decisions of the investigator, the head of the investigation department or the prosecutor to refuse making a pre-trial agreement on collaboration. The court can control only unilateral decisions of the institutions of primary investigation and the prosecutor on the cessation of the pre-trial agreement on collaboration.

работы по реализации полномочий прокурора при заключении с подозреваемыми (обвиняемыми) досудебных соглашений о сотрудничестве по уголовным делам»¹ при поступлении жалобы на решение следователя об отказе в заключении досудебного соглашения о сотрудничестве или на решение руководителя следственного органа об отказе в согласовании ходатайства следователя, представ-

Леднева Т.В. К вопросу о дефектах юридических цензов в современной России

ленного в соответствии с частью 3 статьи 317¹ УПК РФ на решение нижестоящего прокурора об отказе в заключении такого соглашения, а также по иным вопросам, связанным с заключением и исполнением досудебного соглашения о сотрудничестве, прокурорам надлежит руководствоваться требованиями, предусмотренными статьями 123 и 124 УПК РФ.

Таким образом, действующее законодательство не предполагает возможности обжаловать в судебном порядке решения органов предварительного расследования и (или) прокурора об отказе на заключение досудебного соглашения о сотрудничестве с обвиняемым. Между тем в научной литературе распространено мнение о том, что такого рода решения могут стать предметом судебного контроля, то есть обжаловаться в суд в порядке статьи 125 УПК РФ². В связи с этим некоторые авторы предлагают внести в часть 4 статьи 317¹ УПК РФ изменение: «в порядке, предусмотренном главой 16 настоящего Кодекса»³.

Полагаем, что такого рода рассуждения ошибочны. Запрет на вмешательство суда в данном случае не является случайным решением законодателя: нельзя принудить сторону к заключению сделки, если к этому ее не обязывает специальное обязательство. Надо понимать договорную, диспозитивную природу института, о котором идет речь. Никто не может принудить стороны к заключению соглашения — такова природа сделки. Стороны должны обладать свободой воли при заключении соглашения. Поскольку сторонами в соглашении являются прокурор и обвиняемый с защитником, постольку они и решают сами, заключать или не заключать его. Суд не может принудить ни прокурора, ни обвиняемого с его защитником к заключению соглашения о сотрудничестве.

Правильную позицию по данному вопросу занимает Г.В. Абшилава, по мнению которого негативно следует оценить и предложения наделить обвиняемого, его защитника правом на обжалование решения следователя, руководителя следственного органа, прокурора по поводу заявленного ходатайства о заключении соглашения о сотрудничестве. На наш взгляд, законодательный запрет на обжалование в суд решения (бездействия) следователя, руководителя следственного органа, прокурора, которые не позволяют состояться соглашению, совершенно оправдан⁴.

То, что обжалованию в суд постановление следователя об отказе в удовлетворении ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве не подлежит, является важным моментом в понимании механизма заключения соглашения между стороной защиты и обвинения. Следователь не обязан удовлетворять ходатайство обвиняемого. Суд не может принудить следователя, руководителя следственного органа ходатайствовать перед прокурором о заключении соглашения о сотрудничестве. Но прокурор может заставить следственный орган выполнять соглашение о со-

трудничестве, которое он заключил с обвиняемым, прокурору в данной процедуре в процессуальном плане подчиняются следователь и руководитель следственного органа.

Недопустим инструмент судебного контроля для разрешения противоречий между прокурором и органом следствия по поводу заключения досудебного соглашения. Ни следователь, ни прокурор, ни руководитель следственного органа не могут использовать механизм судебного контроля, чтобы обжаловать бездействие или действия друг друга в связи с заключением или реализацией соглашения о сотрудничестве. Правомерно в данной ситуации использование только процедуры, предусмотренной частью 4 статьи 221 УПК РФ.

Полагаем, что ссылки А.В. Смирнова⁵, Г.Ю. Якушева⁶ в обоснование своей позиции на статью 46 Конституции РФ в данном случае несостоятельны. Позиция Конституционного Суда РФ, который неоднократно высказывался в пользу абсолютного права на судебную защиту своих прав, в данном случае также вряд ли может быть принята в качестве основания для аргументации, поскольку разъяснения Конституционного Суда РФ касались принципиально других ситуаций⁷. В случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве речь идет о сделке, заключаемой двумя равноправными субъектами. Обе договаривающиеся стороны могут заключить сделку, если преследуют одну общую цель, добровольно, без принуждения. Отказ одной стороны от заключения сделки не может быть расценен как ограничение права другой стороны. Предметом судебного контроля является защита конституционных прав граждан, которые нарушены или могут быть нарушены незаконными, необоснованными решениями правоохранительных органов. При этом отношения государственных органов и участников процесса, чьи права гарантируются судебной властью, являются императивными, а не диспозитивными, договорными.

Г.Ю. Якушев свой вывод о том, что подозреваемый (обвиняемый), его защитник вправе обжаловать постановления следователя и прокурора об отказе в удовлетворении ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве в суд аргументирует ссылкой на пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 года № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»⁸ (ред. от 23 декабря 2010 года) (далее — Постановление). На наш взгляд, он неправильно толкует смысл положений, которые в нем содержатся. Действительно, в пункте 2 данного Постановления говорится о том, что помимо постановлений дознавателя, следователя и руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела и о прекращении уголовного дела судебному обжалованию в соответствии с частью 1 статьи 125 УПК РФ подлежат иные решения и действия (бездействие) должностных лиц, принятые на досудебных стади-

ях уголовного судопроизводства, если они способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства или иных лиц, чьи права и законные интересы нарушены, либо могут затруднить доступ граждан к правосудию.

Далее, в абзаце третьем данного пункта говорится буквально следующее: «К затрудняющим доступ граждан к правосудию следует относить такие действия (бездействие) либо решения должностных лиц, ограничивающие права граждан на участие в досудебном производстве по уголовному делу, которые создают гражданину препятствие для дальнейшего обращения за судебной защитой нарушенного права. К ним относятся, например, отказ в признании лица потерпевшим, отказ в приеме сообщения о преступлении либо бездействии при проверке этих сообщений, постановление о приостановлении предварительного следствия и другие».

Как нам представляется, ни о каком затруднении доступа к правосудию в случае, когда сторона обвинения в лице того или иного государственного органа, ведущего уголовное дело, прокурора отказывается заключать соглашение со стороной защиты о сотрудничестве по уголовному делу, говорить нельзя.

Стороны не могут быть принуждены насильно к заключению соглашения, в том числе судом, через механизм досудебного судебного контроля. Нельзя принудить субъекта через суд заключить гражданско-правовую сделку, аналогичным образом нельзя этого сделать и применительно к сделке о признании уголовного иска. Однако если сторона обвинения нарушит свои обязательства, взятые по соглашению, то обвиняемый или его защитник могут обратиться с жалобой в суд на следователя, прокурора.

В соответствии с частью 4 статьи 317¹ УПК РФ следователь вправе выносить постановление об отказе в удовлетворении ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве. По мнению Г.Ю. Якушева, позиция законодателя, допустившего возможность рассмотрения данного ходатайства следователем, ошибочна, поскольку ходатайство рассматривается неправомочным лицом⁹.

Данное суждение — неверное ни по сути, ни по форме. Во-первых, следователь входит в число лиц, уполномоченных на разрешение ходатайств (ч. 2 ст. 119, ст. 122 УПК РФ). Во-вторых, в анализируемой процедуре следователь выступает в качестве процессуальной инстанции, которая уполномочена дать ход ходатайству обвиняемого, подозреваемого о заключении досудебного соглашения. Следователь, ведущий уголовное дело, лучше всех осведомлен о следственной ситуации, возможных перспективах сотрудничества и т. п. Поэтому его предварительное согласие на заключение соглашения принимает форму постановления о возбуждении ходатайства перед прокурором о заключении такого соглашения. Постановление

следователя об отказе в удовлетворении ходатайства обвиняемого о заключении соглашения выражает только точку зрения следователя, не является окончательным. Только прокурор решает заключать или не заключать досудебное соглашение с подозреваемым, обвиняемым, поэтому как отрицательное решение следователя относительно заключения соглашения подлежит обжалованию прокурору, но также руководителю следственного органа. Более того, заинтересованное лицо вправе напрямую обратиться к прокурору с ходатайством о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, а прокурор или направляет его следователю для рассмотрения по существу или вызывает следователя, руководителя следственного органа для выработки совместной позиции о целесообразности заключения подобного соглашения.

В части 3 статьи 317¹ УПК РФ не содержится положения, обязывающего следователя согласовывать отказ на удовлетворение ходатайства обвиняемого о заключении досудебного соглашения со своим руководителем. Путем обжалования сторона защиты ставит в известность о позиции следователя руководителя следственного органа и (или) прокурора. Однако постановление следователя о возбуждении ходатайства перед прокурором о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве требует согласования. Руководитель следственного органа вместе со следователем формируют совместную позицию органа следствия относительно целесообразности заключения досудебного соглашения с конкретным подозреваемым, обвиняемым. Отсутствие такого согласия руководителя следственного органа лишает юридической силы постановление следователя. Отказ руководителя следственного органа дать согласие следователю на возбуждение ходатайства перед прокурором о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве может быть обжалован участниками стороны защиты надзирающему прокурору в порядке статьи 124 УПК РФ.

Прокурор уполномочен заключать досудебное соглашение, поэтому он может потребовать от руководителя следственного органа поддержать ходатайство следователя. В исключительном случае (когда руководитель следственного органа отказывается пересмотреть свою позицию) прокурор сам заключает досудебное соглашение и ставит перед фактом следственный орган, создавая для него обязанность сотрудничать с обвиняемым.

Мы разделяем мнение В.Г. Абшилавы о том, что ни следователь, ни прокурор, ни руководитель следственного органа не могут использовать механизм судебного контроля, чтобы обжаловать бездействие или действия друг друга в связи с заключением или реализацией соглашения о сотрудничестве. Суд не может быть посредником в отношениях между представителями обвинительно-следственной власти. Это разрушает позицию обвинения перед лицом защиты. Применение судебного контроля здесь (как, впрочем, и в других спорных

случаях, возникающих по ходу заключения и реализации досудебного соглашения) недопустимо¹⁰.

На наш взгляд, вмешательство суда в отношения сторон по поводу досудебного сотрудничества будет правомерным только тогда, когда между сторонами возникает спор относительно оценки результатов сотрудничества и в том числе, когда сторона обвинения в одностороннем порядке прекращает сотрудничество, выходит из договора. В таком случае обвиняемый или его защитник могут обратиться с жалобой в суд на следователя, прокурора. Таким образом, предметом судебного контроля в рамках статьи 125 УПК РФ могут быть постановление прокурора о прекращении досудебного соглашения о сотрудничестве, постановление следователя о возбуждении перед прокурором ходатайства о прекращении сотрудничества, а также отказ прокурора вынести представление в порядке статьи 317⁵ УПК РФ.

Примечания

1. Законность. — 2010. — № 6. — С. 55.
2. См.: Апостолова Н.Н. Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного согла-

шения о сотрудничестве необходимо совершенствовать // Российский судья. — 2010. — № 1. — С. 16.

3. Головинская И.В., Головинский М.М. Досудебное соглашение о сотрудничестве. — Владимир, 2011. — С. 78.

4. См.: Абшилава Г.В. Некоторые вопросы взаимодействия следователя, руководителя следственного органа и прокурора при заключении и реализации досудебного соглашения о сотрудничестве // Пробелы в российском законодательстве. — 2011. — № 4. — С. 160—163.

5. См.: Смирнов А.В. Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовный процесс. — 2009. — № 10. — С. 10.

6. См.: Якушев Г.Ю. Порядок заявления ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Российское правосудие. — 2011. — № 12. — С. 66.

7. См.: Смирнов А.В. Указ. соч. — С. 10.

8. Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2009. — № 4.

9. См.: Якушев Г.Ю. Указ. соч. — С. 63.

10. См.: Абшилава Г.В. Актуальные проблемы производства по уголовному делу при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве: Монография. — М., 2009. — С. 51.

Д.Е. Маслов

Маслов Дмитрий Евгеньевич — аспирант кафедры теории и истории государства и права Нижегородской правовой академии (института)

E-mail: na-mvd@yandex.ru

Юридическая рекомендация как объект общеправового анализа

В статье предпринята попытка раскрытия **правовой природы юридических рекомендаций**. С позиции общеправового анализа показано современное состояние **бытия юридических рекомендаций**. Выделены наиболее значимые **направления дальнейших исследований** феномена «юридическая рекомендация».

The article attempts to disclose the **legal nature legal advice**. From a position of general legal analysis shows the current **state of being legal advice**. Identified the most important **directions for further research** of the phenomenon of «legal advice».

В современных условиях модернизации социального устройства, развития и укрепления рыночной экономики возрастает роль государства в реализации функций стимулирования, поддержки, стабилизации производства и роста благосостояния, повышения качества жизни населения. Для этого государство не только обеспечивает все необходимое для нормального функционирования рыночной конкуренции, но и предлагает наиболее оптимальные либо апробированные практикой поведенческие варианты, помогает, консультирует граждан, что позволяет им более спокойно адап-

тироваться к изменениям рыночной конъюнктуры, динамике изменений законодательства. Используя различные методы гибкого регулирования, государство нацелено на создание благоприятных, безопасных условий для развития производственно-финансовой деятельности компаний. Все чаще наряду с обязательными и необходимыми условиями и требованиями государство легализует допустимые и рекомендательные правила поведения.

И.Л. Брауде справедливо отмечал, что «подразделение актов по форме их изложения на повеления и запрещения теоретически и практически