

*Светлой памяти профессора  
Пиджакова Александра Юрьевича  
посвящается...*

## **ВВЕДЕНИЕ**

*Есть старый юридический  
анекдот еще царских времен. Раз-  
говор купца и юриста:*

*«— Скажите, я имею право?*

*— Да, имеете.*

*— А могу?*

*— Нет. Не можете».*

Проблема злоупотребления правом имеет давнюю историю. Еще римские юристы сталкивались с тем, что управомоченный субъект реализовал предоставленное ему законом право в ущерб другим лицам. Например, собственник земельного участка, построив дом, затенял тем самым часть сада соседа или воспрепятствовал проходу через свою территорию, не разрешал отводить воду по границам своего владения. Создавалась такая ситуация, при которой собственник, реализуя предоставленное ему законом право владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом, ущемлял интересы других лиц. Однако римские правоведы отрицали саму возможность злоупотребления правом, утверждая, что «*nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur*» (никто не считается поступающим злоумышленно, если он пользуется своим правом).

Вопрос о том, можно ли употребить право во зло (особенно учитывая известный тезис Ульпиана: «Право есть искусство добра и справедливости»), до сих пор остается спорным. Хотя термин «злоупотребление правом» используется довольно долгое время в законодательстве многих стран (начиная с французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. и германского Гражданского уложения 1896 г.), некоторые правоведы (С. Н. Братусь, М. В. Самойлова) считают его лишенным юридического смысла. Неприемлющие данное понятие апеллируют к словам французского юриста Планиоля, утверждавшего, что право кончается там, где начинается злоупотребление правом.

Какова бы ни была в действующем законодательстве степень детализации и конкретизации запретов, устанавливающих пределы осуществления субъективных гражданских прав, они не могут исчерпать всех возможных проявлений социально неугодных способов, средств и целей осуществления субъективных гражданских прав. Иначе говоря, несмотря на самую тщательную законодательную проработку вопроса о пределах осуществления того или иного гражданского права, невозможно исключить случаи, когда субъект, осуществляя свое право, опираясь на него, совершает действия, прямо не запрещенные законом, но находящиеся в противоречии с целью осуществляемого права, санкционированной законодателем.

Злоупотребление правом — частный случай положения, когда у лица есть право, но воспользоваться этим правом не может. В действительности возможны весьма разнообразные действия, обладающие признаками злоупотребления правом. Все их невозможно описать в форме конкретных запретов. Поэтому правило п. 1 ст. 10 ГК РФ сформулировано в виде руководящего положения, определяющего общее требование к субъектам не злоупотреблять правом, то есть как принцип осуществления права.

В самом общем виде злоупотребление правом можно представить как основанное на корыстных побуждениях поведение управомоченного субъекта, противоречащее природе субъективного права, закрепленной в его нормах цели, либо связанное с привлечением неправовых (незаконных) средств для ее достижения. Злоупотребление правом связано с привлечением управомоченным таких средств, форм, способов для осуществления принадлежащего ему права, которые выходят за пределы объема данного права. Особенность злоупотребления правом проявляется в том, что оно возникает в связи с осуществлением субъективных прав; субъект выходит за установленные законом пределы реализации права; при употреблении права во зло наносится ущерб интересам общества, государства, правам и законным интересам граждан. Что очень важно, при злоупотреблении правом зло, в конечном счете, обращено и на самого правопользователя, поскольку такое поведение всегда вызывает по отношению к нему нежелательную правовую реакцию.

В науке теории государства и права четко закреплен принцип недопустимости (недозволенности) злоупотребления правом и определены общие границы (пределы) осуществления прав и обязанностей. Суть этого принципа заключается в том, что каждый субъект прав волен свободно осуществлять права в своих интересах, но не должен при этом нарушать права и интересы других лиц. Действия в пределах предоставленных прав, но причиняющие вред другим лицам, являются в силу этого принципа недозволенными (неправомерными). Эти действия признаются злоупотреблением правом.

# **Глава 1. Злоупотребление правом как теоретико-правовая категория**

## **1.1. Теория злоупотребления правом в правовых системах современности**

Согласно сложившемуся мнению, злоупотребление субъективными правами или должностными полномочиями (в дальнейшем — злоупотребление правом) представляет самостоятельный вид отклоняющегося поведения. Как специфическое неправоное деяние, оно заключается в действиях, которые хотя по внешним признакам не выходят за границы субъективного права или полномочия, однако прямо противоречат той цели, ради достижения которой оно устанавливается законом, объективно ущемляет права, свободы и интересы других лиц<sup>1</sup>. Злоупотребление правом, как следует из самого понятия, означает осуществление субъективного права одним лицом во зло (в противоречие) интересам другого лица или общества. Субъективное право трактуется в литературе как вид и мера возможного поведения участников правового отношения, определенного и гарантированного юридически<sup>2</sup>. Очевидно, что для злоупотребления субъективным правом лицо должно обладать таковым, поскольку всякое иное злоупотребление при отсутствии права есть поведение вопреки праву и, соответственно, подпадает под ординарное правонарушение. Проблема запрета злоупотребления правом напрямую связана с установлением определенных юридических пределов, обозначающих границы допустимого поведения лица при реализации права. И здесь следует согласиться с отмеченной в литературе позицией, что основным критерием для установления пределов реализации (удовлетворения) интересов определенного лица служат интересы других лиц, в том числе общественные и государственные<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Фаткуллин Ф. Н. Основы учения о праве и государстве: Учебное пособие. Казань, 1997. С. 142.

<sup>2</sup> Там же. С. 135.

<sup>3</sup> Курбатов А. Недопустимость злоупотребления правом как способ установления пределов реализации (удовлетворения) интересов // Хозяйство и право. 2000. № 12. С. 37.

Следует отметить, что в романо-германском правовом семействе о злоупотреблении правом упоминается в трудах уже римских юристов, однако, в то время не было выработано целостной теории злоупотребления правом. В отдельных правовых памятниках средневековой Европы (Каролина, Прусское земельное уложение и др.) содержались нормы о запрете злоупотребления правом, однако данный запрет в качестве общего принципа был закреплен во французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. (ст. 4), которая гласит: «Свобода состоит в возможности делать все, что не наносит вреда другому: таким образом, осуществление естественных прав каждого человека ограничено лишь теми пределами, которые обеспечивают другим членам общества пользование теми же правами. Пределы эти могут быть определены только законом». Ст. 11 Декларации закрепляла важнейший принцип: «Свободное выражение мыслей и мнений есть одно из драгоценнейших прав человека; каждый гражданин поэтому может свободно высказываться, писать, печатать, отвечая лишь за злоупотребления этой свободой в случаях, предусмотренных законом»<sup>4</sup>.

Следует отметить, что впервые целостную теорию злоупотребления субъективными правами в континентальной Европе выработала французская судебная практика в XIX в., основываясь на нормах права об ответственности за ущерб, хотя в Гражданском кодексе 1804 г. не содержалось прямых запретов злоупотребления правами. В 1915 г. Кассационным судом Франции было принято правило, согласно которому устанавливалась ответственность собственника, который использует свое субъективное право в ущерб другому и без пользы для себя, хотя многочисленные постановления принимались судом в течение всего XIX в.<sup>5</sup> Классический случай из французской судебной практики, когда впервые было ограничено абсолютное право собственности, приводится в литературе: в 1855 году в г. Кольмаре владелец на крыше своего дома соорудил большую печь без отвода дыма, чтобы заслонить соседу свет. Суд своим решением постановил разрушить ложный очаг по следующему основанию: поскольку личное право кого-либо

---

<sup>4</sup> Хрестоматия по Всеобщей истории государства и права: Учебн. пособие / Под ред. проф. З. М. Черниловского. Сост. В. Н. Садилов. М., 1994. С. 206–207.

<sup>5</sup> *Atlas Christian. Le droit civil. Paris, 1989. P. 18–19.*

является абсолютным, собственник вправе использовать свое имущество по собственному усмотрению, но это право может осуществляться в границах серьезного и оправданного интереса. А если моральные принципы противоречат какому-то действию, то суд признает это действие как инспирированное злобой, совершенное под действием страсти, которая не оправдана никаким личным интересом, но другому наносит ущерб<sup>6</sup>.

В дальнейшем, на рубеже XIX–XX вв., законодательство континентальной Европы закрепило так называемую «шикану» (или «запрет придинок»), т. е. злоупотребление правом с единственной целью — причинить вред другому лицу (параграф 226 Германского гражданского уложения 1896 г.; ст. 2 Швейцарского гражданского уложения 1907 г. и ряд аналогичных актов других государств Европы). Немецкая правовая доктрина ограничивает принцип свободы заключения договора с целью запрета злоупотребления свободой договора. В частности, как отмечает немецкий профессор Г.-Й. Муселяк, чтобы охранить принцип свободы договора от злоупотреблений и защитить высшие интересы, вытекающие из основ социального государства, должны быть введены ограничения принципа свободы договора. Свободу заключения договора могут ограничивать: принуждение к заключению договора, запрещение заключения договора и запрещение злоупотребления свободой договора, которые предусмотрены в действующем законодательстве<sup>7</sup>.

Теория злоупотребления правом известна российской правовой системе, входящей, как известно, в орбиту романо-германского правового семейства. В законодательстве досоветского периода не было специальных норм о запрете злоупотребления правом, однако судебная практика того периода выработала единый подход по данному вопросу, что отмечается исследователями той эпохи. Так, В. П. Доманжо, исследовавший проблему злоупотребления правом, отмечал, что, несмотря на устойчивый принципиальный взгляд кассационной практики, исходившей из того, что в законе «нет правила, чтобы лицо, действовавшее по праву, законом ему предоставлен-

---

<sup>6</sup> M. Marcovitch. La theorie de l'abus des droits en droit compare. Lyon, 1936. P. 62.

<sup>7</sup> Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 376.

ному, могло подвергаться за деяние свое какой бы то ни было ответственности», в практике 70-х гг. XIX в. встречается несколько случаев, когда при нарушении так называемых «соседских прав» Сенат допускал возмещение вреда по мотивам «превышения законного права». Довольно четкое выражение правовой формулы злоупотребления правом, причем с расширением судебного усмотрения при рассмотрении подобного рода вопросов, обнаруживается в решении Сената 1902 г., в котором записано: «Никто не свободен пользоваться его правом. Положить точно определенную грань между свободой пользоваться своим правом и обязанностью уважать право соседа теоретически нельзя; грань эта в каждом спорном случае должна быть определена судом»<sup>8</sup>. Аналогично Французскому ГК 1812 г., в российском праве досоветского периода отсутствовали законодательные нормы о запрете злоупотребления правом, данный пробел восполнялся кассационной практикой высших судебных инстанций.

Советская правовая доктрина рассматривала злоупотребление правом как использование субъективного права в противоречии с его социальным назначением, влекущее за собой нарушение охраняемых законом общественных и государственных интересов или интересов другого лица<sup>9</sup>.

Советский законодатель вместо термина «злоупотребление правом» использовал «осуществление права в противоречии с его назначением»<sup>10</sup>. Социальное назначение, если оно прямо не обозначено в соответствующей норме, устанавливалось методом толкования данной нормы путем соотнесения ее с общими принципами права<sup>11</sup>. В общем виде запрет злоупотребления правом устанавливала ст. 39 Конституции СССР 1977 г., согласно которой использование гражданами прав и свобод не должно наносить ущерб интересам общества и государства, правам других граждан. В частности, к злоупотреблению субъективными гражданскими правами закон относил заключение

---

<sup>8</sup> Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 38.

<sup>9</sup> Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 115.

<sup>10</sup> Ст. 5 Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик 1961 г., ст. 5 ГК РСФСР 1964 г.

<sup>11</sup> Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 116.

фиктивного брака с целью уклонения от выполнения обязанностей молодого специалиста (ответственность как таковая за регистрацию фиктивного брака не была предусмотрена действующим законодательством, закон лишь предусматривал признание такого брака недействительным).

В различных отраслях действующего российского законодательства, а также в юридической практике сложная проблема злоупотребления правом (полномочиями) находит свое законодательное и правоприменительное воплощение. Это основано на постулате: «моя свобода заканчивается там, где начинается свобода другого», а выражаясь юридическим языком, свобода осуществления субъективных прав (должностных полномочий) не может быть безграничной и ограничивается интересами других лиц и общества в целом. В национальном законодательстве вышеуказанный принцип, прежде всего, получил закрепление в п. 3 ст. 17 Конституции РФ: осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. Правовые нормы о запрете злоупотребления субъективными правами получили правовое закрепление в отрасли гражданского права (как указывалось выше, теория злоупотребления правом была сформулирована именно на опыте применения гражданско-правовых норм). Это связано с тем, что большинство гражданско-правовых норм носит диспозитивный характер (принцип диспозитивности имеет наиболее широкое юридическое закрепление именно в отрасли гражданского права). Так, ст. 10 ГК РФ закрепляет следующее положение: не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. В случае несоблюдения указанных требований суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права. Такая норма, определяющая пределы осуществления гражданских прав, введена в российское гражданское право впервые<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Исагилов Р. Р. Злоупотребление правом или право злоупотребления // Право и политика. Международный научный журнал. 2000. № 7. С. 8.



Исходя из смысла содержания п. 1 ст. 10 ГК РФ, можно сделать вывод, что при осуществлении любых гражданских прав запрещаются: действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу (в литературе таковые действия именуется «шиканой»); злоупотребление правом в любой иной форме, не относящейся к шикане; использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции; злоупотребление доминирующим положением на рынке. Однако в данном случае законодатель не дал четкого определения понятия «злоупотребление гражданскими правами». В судебной практике (в актах официального нормативного толкования высших судебных органов) данное понятие также пока не сформулировано (как, например, определение понятия «злоупотребление родительскими правами»). Исходя из этого, суды весьма осторожно подходят к применению данной нормы. Тем не менее, арбитражная практика (в отличие от судов общей юрисдикции по гражданским делам) уже пошла по пути применения ст. 10 ГК РФ, хотя отдельной статистики по делам этой категории, к сожалению, не ведется.

Проблема злоупотребления правом известна также англосаксонскому правовому семейству и регулируется такими источниками права, как судебные прецеденты, законодательные акты и др. В сфере права собственности злоупотребление правом называется «зловредностью» (Nuisance) и определено в ст. 857 Свода английского гражданского права: «Зловредностью считается действие или бездействие, в силу которого для лица незаконно создается надоедание, помеха или беспокойство при пользовании недвижимостью путем причинения последней физического ущерба либо иного вмешательства в пользование недвижимостью, угождениями, выгодами или иными подобными правами, либо путем воздействия на здоровье лица, его комфорт и удобства. Если такое надоедание, помеха или беспокойство создают нарушения владения, то это не препятствует иску о зловредности». Как частные случаи подобной зловредности в указанном Своде приводятся: распространение вредных газов, чрезмерный и необычный шум, создание затруднений в пользовании угождениями или сервитутами, направление

воды на участок истца<sup>13</sup>. В сфере обязательственного права англосаксонская правовая доктрина выделяет следующие виды злоупотребления правом: контракты, направленные на совершение незаконных действий или на причинение вреда, противоречащие добрым нравам и публичному порядку, предусматривающие торговлю с враждебным государством, направленные на ограничение торговли, а также незаконный способ исполнения сделок. Свод английского гражданского права регулирует также злоупотребление правом в сфере отправления правосудия: злонамеренное судебное преследование (Malicious Prosecution) и злоупотребление гражданским процессом (Abuse of Civil Process), суть которых заключается в злонамеренных судебных преследованиях с целью подорвать репутацию другого лица и прочих действиях<sup>14</sup>.

Теория злоупотребления правом известна также странам мусульманского правового семейства. В частности, данная проблематика была предметом труда мусульманского ученого-правоведа Махмуда Фатиха, опубликовавшего в 1913 г. свою работу «Мусульманское учение о злоупотреблении правом»<sup>15</sup>. Следует подчеркнуть, что данный вопрос весьма детально урегулирован в мусульманском праве. Собственник земельного участка не имеет права рыть колодец в таком месте, где тот может нанести ущерб собственнику уже существующего соседнего: вокруг каждого колодца есть свой «харим» — расстояние от него, на котором запрещается рыть новые колодцы. Мусульманская правовая доктрина, основываясь на хадисе о воздержании от всякого пользования, способного нанести ущерб другому, полностью запрещает собственнику злоупотреблять своим правом собственности или использовать его во вред «умме», бесцельно уничтожать имущество, без повода грубо обращаться со своими рабами или животными. В сфере семейного права мужу запрещается злоупотреблять правом на развод. Разведенной супруге причитается доля имущества, равная той, которую обычно получает вдова. Известны случаи, когда

---

<sup>13</sup> Свод английского гражданского права. Обязательственное право / Под ред. проф. Э. Дженкса. М., 1941.

<sup>14</sup> Цитир. по: Белов А. П. Злоупотребление правом во внешнеэкономической деятельности // Право и экономика. — 2000. № 3. С. 55–56.

<sup>15</sup> Medunarodnaconferenciazloupotrebaprava. — Nis, 1996. Str. 11.

муж, злоупотребляя своим правом вернуть к себе отвергнутую жену до истечения указанного в предписании срока, вновь отвергал ее, принуждая тем самым к новому периоду ожидания. Делалось это в расчете на то, что она в конце концов откажется от своей доли имущества. Такое злоупотребление правом предупреждается аятами 229–230 суры «Корова»<sup>16</sup>. Опекуну запрещается злоупотреблять правом опекунства, что предупреждается аятами 2, 5, 6 и 10 суры «Женщины»<sup>17</sup>. Если это лицо учинит подобное в отношении своего подопечного, оно освобождается от опекунства в соответствии с процедурой отстранения недобросовестного опекуна. Следует отметить, что мусульманское право все же в некоторой степени допускает злоупотребление правом: известны случаи, когда соседи имеют право обрубать ветви деревьев чужого сада, нависающие над их садом. Таким образом, можно констатировать, что мусульманская правовая доктрина признает, что без нанесения вреда другим лицам при осуществлении ряда прав нельзя обойтись. Как следствие этого, с X в. наблюдается расширение функций шариатского суда в связи с развитием института надзора за злоупотреблениями («назрал-мазалим»)<sup>18</sup>.

Таким образом, учитывая вышеизложенное, следует отметить, что как иностранный, так и российский законодатель не дают четкого понятия «злоупотребление правом» в формулировках закона. Содержание этого понятия определяется в судебной практике (которая весьма обширна за рубежом и только начинает формироваться в современной России) и правовой доктрине, которые имеют между собой тесный взаимоувязанный характер и основываются на оценке подобных действий с позиций добрых нравов, разумности и справедливости. Применительно к России, представляется, что в ближайшее время будет обобщаться судебная практика с целью унификации применения норм о запрете злоупотребления правом, что, в свою очередь, послужит материалом для дальнейшего развития отечественной теории злоупотребления правом.

---

<sup>16</sup> Коран / Пер. с араб. акад. И. Ю. Крачковского. М., 1990. С. 52.

<sup>17</sup> Там же. С. 81–82.

<sup>18</sup> Исмагилов Р. Р. Злоупотребление правом или право злоупотребления // Право и политика. Международный научный журнал. 2000. № 7. С. 9.

## 1.2. Понятие и правовая природа злоупотреблением правом

Современная российская правовая наука наряду с национальным правом изобилует множеством оценочных понятий, применение которых предполагает относительную свободу действия правоприменителя при их толковании и применении к конкретным правовым ситуациям. И как справедливо отмечает Р. О. Опалев одним из таких терминов является «злоупотребление правом»<sup>19</sup>. Несмотря на то, что он все еще довольно редко используется непосредственно в нормативных текстах, резко возросшее число юридических исследований в сфере недобросовестного осуществления прав, содержащих доктринальное толкование данного термина, показывает, что он прочно вошел в современный российский правовой оборот.

Вместе с тем в доктринальной юридической литературе и судебной практике отсутствует единое комплексное понимание данного термина, равно как и правового явления, которое он выражает. Более того, на протяжении длительного времени в научных кругах идет непрерывная дискуссия о точности и правильности используемого термина, который этимологически часто истолковывается как употребление права во зло<sup>20</sup>. Весьма точным выглядит замечание О. А. Поротиковой о том, что «трудно привести в пример хотя бы одно иное правовое явление, которое так настойчиво отрицается и одновременно вызывает к себе научный интерес», причиной чего является в том числе «неясность используемого термина»<sup>21</sup>.

Обсуждение проблемы злоупотребления неизбежно сводится к постоянному доказыванию действительного существования предмета обсуждения. Трудно привести в пример хотя бы одно иное правовое явление, которое так настойчиво отрицается и одновременно вызывает к себе научный интерес. Одной из главных причин такого положения служила неясность используемого термина.

---

<sup>19</sup> Опалев Р. О. Оценочные понятия в арбитражном и гражданском процессуальном праве. М., 2008. С. 33.

<sup>20</sup> Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 43.

<sup>21</sup> Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. 2-е изд. М., 2008. С. 127.

«Юрист, как юрист, не обязан, конечно, быть филологом. Но, если мыслить, как говорил Кант, значит говорить с самим собою, и если, не умея выражать точно своих понятий, мы не можем сделаться понятными ни себе самим, ни другим, — очевидно, что вопрос о языке науки, о ее терминах, становится первостепенным. Не решив этого вопроса, мы не можем сделать ни одного надежного шага в какой-либо отрасли философии. Если мы мыслим словами, мы должны подобрать подходящие слова»<sup>22</sup>.

В словаре В. И. Даля находим следующее толкование слова «злоупотреблять»: «Употреблять во зло, на худое дело, ко вреду, во вред себе или другому, извращать, обращать хорошее средство на худое дело»<sup>23</sup>. Если перевести вышесказанное на юридический язык, то деяние, которое можно назвать злоупотреблением и не нарушить при этом лексического значения слова, должно отвечать ряду необходимых признаков. Оно предполагается активным поведением лица, с достаточной степенью осознания того, что подобное поведение порицаемо обществом. Этот вид поведения должен быть направлен на причинение вреда себе или иным лицам либо объективно причинять вред при отсутствии изначальной цели навредить.

Злоупотребить можно, имея в наличии какое-либо доступное (приобретенное), предоставленное средство. Особенно показательна характеристика «хорошее средство». Предполагается, что назначение у средства позитивное, его надлежащее применение общеплезно. Индивид приобретал его, руководствуясь стремлением удовлетворить вполне допустимые потребности. При злоупотреблении чем-либо происходит процесс подмены целей использования вещи или права. Исконный смысл пользования посредством злоупотребления искажается субъектом осознанно или небрежно. При этом само по себе искажение целеполагания предмета, используемого лицом, не может осуждаться обществом, за исключением случаев, когда это приводит к вредному, опасному последствию для окружающих.

---

<sup>22</sup> Катков В. Д. К анализу основных понятий юриспруденции. Харьков, 1903. С. 72.

<sup>23</sup> Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1989. Т. 1. С. 685.

Лексический анализ слова «злоупотребление» имеет целью показать, что в контексте рядом с ним может и должно стоять существительное, положительная смысловая нагрузка которого беспорна. Употребляют «во зло» то, что предоставлялось во благо и не несет в себе отрицательного заряда. С точки зрения языковой логики, негативные свойства предмета, очевидные для всех, не требуют того, чтобы дополнительно подчеркивать глаголом намерение их применения.

Опираясь на эту посылку, можно заключить, что субъективное право, благодаря своей изначальной положительной направленности, может выступать средством для злоупотребления. С точки зрения языкового анализа, в словосочетании «злоупотребление правом» отсутствует противоречие.

Думается, главное, чего следует избегать при уяснении сути злоупотребления правом, это выход за предмет правового регулирования, к чему может подтолкнуть этимология термина, включающая в себя корень «зло». В пример можно привести следующее высказывание: «Злоупотребление правом зачастую носит характер нарушения норм нравственности. Нравственность — такой способ регулирования человеческого поведения, который основан на противопоставлении добра и зла, требовании следовать добру, обобщенно выражающий представление о безнравственном, заслуживающим осуждения»<sup>24</sup>.

Предпринимая попытку дать этимологический анализ слову «злоупотребление», нужно отдавать отчет в том, что считать себя способным определить «зло» как философскую или правовую категорию есть утопия. Здесь следует согласиться с тем, что «дальнейшая смысловая конкретизация неизбежно упирается в необходимость толкования категорий «зла» и «права». Законодательная практика сегодня не останавливается перед специфическим («юридическим») определением самых обыденных и, казалось бы, самоочевидных явлений (вода, пожар, уголь и т. д.). Тем не менее хочется верить, что в текстах нормативно-правовых актов не появятся вскоре дефиниции «зла» — «для целей настоящего закона». Понятие права (онто-

---

<sup>24</sup> Цыбулевская О. И. Моральный аспект злоупотребления правом // Актуальные вопросы частного права: Межвузовский сборник научных трудов / Отв. ред. Ю. С. Поваров, В. Д. Рузанова. Самара, 2004. С. 266.

логическое) и даже понятие права позитивного также вряд ли будут окончательно определены и легализованы»<sup>25</sup>.

Благодаря тому, что в последнее время проблемой злоупотребления правом стали заниматься не только цивилисты, но и специалисты других отраслевых юридических дисциплин и теоретики права, сразу же появились попытки обобщить эту конструкцию, сделать ее универсальной, подвести общую теоретическую базу. При этом выявленные различия в подходах к квалификации того, что называется злоупотреблением правом в УК РФ и ГК РФ, а также в других актах, не поставили под вопрос саму возможность применения одного термина к столь различным явлениям, а напротив, подтолкнули теоретиков права к тому, чтобы ввести трудно применяемые и понимаемые дефиниции, не годящиеся для отраслевых дисциплин вообще. В частности, определение злоупотребления правом как отклонения от нормального поведения, но не правонарушения, или переноса злоупотребления правом в морально-этическую плоскость, не смущаясь полным отсутствием прикладного юридического значения такого понятия. Распространенным подходом сегодня стало определение сущности злоупотребления правом не столько от слова «употребление», сколько от слова «зло», через социально-этическую призму<sup>26</sup>.

Однако наши рассуждения о смысле словосочетания «злоупотребление правом» имеют цель лучше уяснить природу правового института, особенно в той связи, что термин нередко загромождаёт собой суть данного явления. Для закрепления же в норме, скорее всего, следует использовать дефиницию не «зла» и «права», а злоупотребления правом как юридического деяния, и не через философское или лингвистическое его наполнение, а через перечисление юридически значимых признаков состава указанного деяния.

Учитывая, что юридический язык отличается от повседневного и даже литературного языка вполне определенными нюансами используемых терминов, следует сразу оговориться,

---

<sup>25</sup> Бородин В. В., Крусс В. И. О злоупотреблении правами и свободами // Правоведение. 2002. № 6. С. 37.

<sup>26</sup> Алимов Р. Н. Конструкция «злоупотребления правам» как способ ограничения частного интереса: Межотраслевое исследование. Интерес в частном и публичном праве. М., 2002. С. 93.

что, по нашему мнению, в словосочетании «злоупотребление правом» только в отношении первого понятия можно использовать обыденное толкование. Остальные составляющие представляют собой единицы специального языка.

Еще один аспект проблемы заключается в том, что законодатель может и не использовать сам термин «злоупотребление правом». Вместе с тем, анализ других правовых категорий (таких как добросовестность, разумность и др.) и запретов на осуществление права, причиняющего вред другим лицам, позволяют говорить о применении в той или иной степени данной категории. Например, сам термин «злоупотребление правом» не закреплен в Конституции России, однако ч. 3 ст. 17 предписывает, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц<sup>27</sup>. В связи с этим обращают на себя внимание также следующие обстоятельства: во-первых, комментируемое предписание обращено к гражданам (и иным лицам, находящимся на территории РФ), пользующимся установленными правами и свободами; во-вторых, речь идет именно об использовании прав и свобод, ибо в противном случае имело бы место злоупотребление правом; в-третьих, в данной формуле содержится критерий правомерного поведения лица в процессе осуществления своих прав и свобод — до тех пор, пока такое осуществление не нарушает права и свободы лиц<sup>28</sup>.

Правомерное поведение и правонарушение как основные виды правового поведения не исчерпывают всего многообразия поведения в правовой сфере. Особое место здесь занимает злоупотребление правом. Причем, несмотря на то, что количество подобных случаев все более возрастает, в юридической науке эта проблема остается неразрешенной, во многом дискуссионной. Термин «злоупотребление правом» в его буквальном понимании означает употребление права во зло в тех случаях, когда управомоченный субъект обладает субъективным

---

<sup>27</sup> Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г.) // Российская газета (далее РГ) от 25 декабря 1993 г. № 237.

<sup>28</sup> Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В. Д. Зорькина и Л. В. Лазарева. М.: Эксмо, 2010. — 1056 с.



правом, действует в его пределах, но наносит какой-либо ущерб правам других лиц или обществу в целом.

По мнению А. В. Колегова злоупотребление правом необходимо рассматривать как основанное на корыстных побуждениях поведение управомоченного субъекта, противоречащее природе субъективного права, закрепленной в его нормах цели, либо связанное с привлечением неправовых (незаконных) средств для ее достижения. Злоупотребление правом связано с привлечением управомоченным таких средств, форм, способов для осуществления принадлежащего ему права, которые выходят за пределы объема данного права. Особенность злоупотребления правом проявляется в том, что оно возникает в связи с осуществлением субъективных прав; субъект выходит за установленные законом пределы реализации права; при употреблении права во зло наносится ущерб интересам общества, государства, правам и законным интересам граждан<sup>29</sup>.

Весьма интересное мнение о проблеме понимания сущности злоупотребления субъективным правом как конкретной разновидности правового поведения высказал А. А. Малиновский. Который считает, что злоупотребление правом не является ни самостоятельным видом правового поведения, ни разновидностью исключительно противоправного либо правомерного поведения<sup>30</sup>. При этом ученый справедливо утверждает, что противоправное злоупотребление правом отличается от правонарушения в традиционно понимаемом смысле тем, что субъект в данном случае совершает противоправное деяние посредством осуществления своего субъективного права (правомочия). Субъектом противоправного злоупотребления правом может быть только управомоченное лицо, т. е. лицо, наделенное конкретным субъективным правом. Злоупотребляя правом, субъект не присваивает не принадлежащие ему права (полномочия) и не превышает их. Свое мнение ученый подтверждает, указывая на пример совершения убийства при превышении пределов необходимой обороны, что, по сути, представляет собой превышение права на

---

<sup>29</sup> Колегов А. В. Без адвоката слова не скажу. М. 2012. С. 63.

<sup>30</sup> Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование) / А. А. Малиновский. М.: Юрлитинформ, 2007. С. 252.

необходимую самооборону, а не противоправное злоупотребление данным правом, поскольку оно не осуществляется в противоречии с его назначением<sup>31</sup>.

В целях предупреждения и пресечения злоупотреблений, а также наказания лиц, злоупотребляющих правом, законодательство предусматривает достаточно широкий круг неблагоприятных последствий. Как отмечает В. Н. Протасов, при наличии конкретных запретов злоупотребления правом являются правонарушениями, и за них наступают меры юридической ответственности. В остальных случаях злоупотребление правом не может рассматриваться как правонарушение, и к лицу, злоупотребляющему своим правом, могут быть применены лишь те правовые санкции, которые не связаны с юридической ответственностью. Например, отказ в судебной защите того права, которым субъект злоупотребляет<sup>32</sup>.

Следует отметить, что для привлечения лица к юридической ответственности за злоупотребление правом, совершенное деяние должно быть не только противоправным, но и наказуемым. Именно наличие данного признака превращает злоупотребление правом в правонарушение. В исключительных случаях, когда степень общественной опасности злоупотребления правом велика, законодатель определяет его как правонарушение, вводя императивное правило о запрещении подобных деяний и устанавливая юридическую санкцию за несоблюдение данной нормы.

В качестве примера, можно выделить уголовное законодательство России, которое в ст. 201 УК РФ предусматривает, что злоупотребление полномочиями представляет собой использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства.

---

<sup>31</sup> Малиновский А. А. Указ. соч. С. 287–288.

<sup>32</sup> Протасов В. Н. Теория государства и права. Проблемы теории государства и права. М., 1999. С. 241–242.

Статья 285 УК РФ предусматривает, что злоупотребление должностными полномочиями представляет собой использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства<sup>33</sup>.

Следует отметить, что любые злоупотребления и системные недостатки в сфере уголовного правосудия наносят наибольший ущерб основным правам и свободам человека, гарантированным международным правом и российской конституцией: на жизнь и физическую целостность, на собственность, на неприкосновенность частной жизни, на доступ к правосудию и на защиту. Вместе с тем, в уголовно-процессуальном законе нет нормы, аналогичной ст. 10 ГК РФ<sup>34</sup>, которая не допускает действий, осуществляемых «исключительно с намерением причинить вред другому лицу», а равно «злоупотребление правом в иных формах».

Согласно ч. 1 ст. 35 ГПК РФ<sup>35</sup> и ч. 2 ст. 41 АПК РФ<sup>36</sup> участвующие в гражданском или арбитражном процессе лица обязаны добросовестно пользоваться принадлежащими им процессуальными правами. Злоупотребление указанными правами влечет предусмотренные законом последствия: возможность взыскания компенсации за потерю времени (ст. 99 ГПК РФ), возможность отнесения судебных расходов на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами (ст. 111 АПК РФ), и др.

---

<sup>33</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации (далее СЗ РФ) от 17 июня 1996 г. № 25 ст. 2954.

<sup>34</sup> Здесь и далее ГК РФ: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1. От 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации (далее СЗ РФ) от 5 декабря 1994 г. № 32 ст. 3301.

<sup>35</sup> Здесь и далее ГПК РФ: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ от 18 ноября 2002 г. № 46 ст. 4532.

<sup>36</sup> Здесь и далее АПК РФ: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // РГ от 27 июля 2002 г. № 137.

Конституционный Суд РФ относит требование «недопустимости злоупотребления правом» к числу общеправовых<sup>37</sup> и считает «добросовестное пользование процессуальными правами важнейшим условием реализации конституционных принципов судопроизводства, осуществляемого «на основе состязательности и равноправия сторон»<sup>38</sup>. Используя данную правовую позицию, Конституционный Суд РФ объяснил право органов предварительного расследования, прокурора и суда своими мотивированными решениями отклонить ходатайство, если материалами дела будет подтверждаться, что такое ходатайство явилось результатом злоупотребления правом<sup>39</sup>.

Подводя итог в контексте исследуемого вопроса, автор считает необходимым согласиться с мнением Д. А. Казацкера<sup>40</sup>, который под злоупотреблением правом понимает форму реализации прав участниками уголовного процесса законными приемами и способами, но влекущими нарушение целостности и порядка процесса, что выражается в воспрепятствовании нормальной процессуальной деятельности участников процесса, в существенном усложнении реализации их законных прав и интересов, необоснованном усложнении (затягивании) процесса, а также в воспрепятствовании законной деятельности суда, прокурора, защитника и иных участников.

---

<sup>37</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 14 декабря 2004 г. № 384-О «По жалобе гражданина Григорянца Рубена Анушавановича на нарушение его конституционных прав положениями частей третьей и четвертой статьи 448 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации (далее Вестник КС РФ), 2005 г., № 2.

<sup>38</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 14 декабря 2000 г. № 269-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Костина Александра Федоровича на нарушение его конституционных прав статьей 213.1 ГПК РСФСР» // Вестник КС РФ, 2001 г., № 2

<sup>39</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 20.06.2006 № 243-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Череповского Михаила Васильевича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 18 УПК РФ» // Документ официально опубликован не был (система информационно-правового обеспечения «ГАРАНТ» по состоянию на январь 2013 г.).

<sup>40</sup> Казацкер Д. А. Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты // Воронежский адвокат № 7 (104), 2012. С. 47.

## **Глава 2. Злоупотребление правом как уголовно-правовая категория**

### **2.1. Классификация злоупотребления правом в уголовном процессе**

Проблема классификации тех или иных правовых явлений зачастую представляется трудноразрешимой. Особенно это касается тех случаев, когда возникает необходимость в классификации сложных и разнообразных правовых явлений. Эти явления в силу своей многоаспектности по-разному отражаются в правовой действительности, что и предопределяет трудность в понимании их сущности, а, следовательно, и вычленении оснований для их деления на виды. Поэтому любая классификация будет неполной, поскольку лишь частично охватывает анализируемое явление<sup>41</sup>.

По мнению О. А. Папковой<sup>42</sup> к процессуальным злоупотреблениям необходимо относить следующие действия, совершенные участниками процесса:

1. Злоупотребление правом на обращение в суд.
2. Злоупотребление правом на установленный порядок возбуждения, рассмотрения, разрешения определенных групп дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах.
3. Искусственное изменение подсудности дела.
4. Умышленное затягивание процесса.
5. Злоупотребление правом на предоставление доказательств, заявление ходатайств.

В науке разработаны и более детальные критерии классификации. Так, например, в основу классификации всевозможных злоупотреблений процессуальными правами в гражданском судопроизводстве А. В. Юдин считает, что должны быть положены следующие критерии:

- 1) По стадиям гражданского процесса злоупотребления правом делятся на совершаемые в суде первой инстанции, апелляционной, кассационной, надзорной инстанций, при пересмотре

---

<sup>41</sup> Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Юрлитинформ, 2007. С. 302.

<sup>42</sup> См. подробнее: Папкова О. А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 125–152.

дела по вновь открывшимся обстоятельствам и в ходе производства, связанного с исполнением судебных актов. В свою очередь злоупотребления правом в суде первой инстанции можно подразделить на совершаемые при возбуждении дела, при подготовке дела к судебному разбирательству и в самом судебном разбирательстве.

2) По предметному признаку злоупотребления процессуальным правом делятся на общие и институциональные. Общие злоупотребления характерны для гражданского судопроизводства в целом. Институциональные злоупотребления совершаются в сфере отношений, регулируемых процессуальными нормами отдельного института гражданского процессуального права (например, злоупотребления в сфере подведомственности и подсудности гражданских дел).

3) По объекту, которому причиняется вред можно выделить злоупотребления правом, посягающие только на интересы правосудия (основной объект) и посягающие как на интересы правосудия, так и на права лиц, участвующих в деле (дополнительный объект).

4) По последствиям процессуальные злоупотребления делятся на причинившие незначительный, средний и существенный вред гражданским процессуальным правоотношениям. Незначительный вред может состоять, например, в срыве судебного заседания. Средний вред может выразиться в увеличении срока судебного разбирательства. Существенный вред наступает вследствие постановки в результате злоупотребления правом неправосудного решения, которое будет реально исполнено.

5) По степени влияния на исход гражданского процесса злоупотребления правом делятся на повлиявшие и не повлиявшие на исход дела.

6) По качественному признаку злоупотребления могут быть простые и сложные.

7) По количественному признаку злоупотребления делятся на единичные и множественные. Единичные злоупотребления сопряжены с одним действием, представляющим осуществление одного субъективного гражданского процессуального права. Множественные злоупотребления складываются из ряда процессуальных действий, пронизанных единым умыслом недобросовестного лица.

8) По характеру поведения различаются активные (совершаемые действиями) и пассивные (совершаемые бездействием) злоупотребления.

9) По составу лиц, совершающих злоупотребления различаются злоупотребления, совершаемые одним лицом и несколькими лицами<sup>43</sup>.

Определив назначение уголовного судопроизводства как защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления, и защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод, законодатель вполне последовательно расширил перечень прав данных участников уголовного судопроизводства и при этом фактически не ограничил реализацию данных прав какими-то определенными рамками, не определил основания и условия их реализации, не разработал четкого порядка применения содержащих данные права норм. Данное положение привело к тому, что на практике, перед органами дознания, следствия и перед судом возникают различные проблемы, связанные с реализацией обвиняемым, подозреваемым, подсудимым предусмотренных законом прав. Например, в судебном заседании обвиняемым было заявлено 14 ходатайств об отводе поочередно и неоднократно состава суда, государственного обвинителя, секретаря судебного заседания<sup>44</sup>. Рассмотрение каждого ходатайства, принятие по нему решения (решения были об отказе в удовлетворении заявленного ходатайства), письменного обоснования данного решения в соответствии со ст. 122 УПК РФ неоправданно затянули судебное заседание, что в свою очередь в целом существенно увеличило срок производства по данному делу.

Сходные проблемы присутствуют и на стадии предварительного расследования, например при реализации прав участниками процесса на обжалование действий либо бездействий должностных лиц органов расследования (дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, начальника

---

<sup>43</sup> Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005. С. 128–132.

<sup>44</sup> Даровских О. И. К вопросу о проблемах, возникающих при реализации прав участниками уголовного судопроизводства // Проблемы права № 5 (36), 2012. С. 140–142.

подразделения дознания, органа дознания, прокурора, суда). Из текста статьи 123 УПК РФ можно сделать однозначный вывод, что право на обжалование любых действий (либо бездействий) и решений должностных лиц имеют все участники уголовного судопроизводства и также иные лица, но в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы. Из смысла текста статьи следует также, что лицо, права которого каким-либо образом затронули действия либо бездействия должностного лица, может не только принести жалобу на это решение, но и приносить ее неоднократно, по тому же основанию и тем же лицам.

Также следует указать, что отсутствие в уголовно-процессуальном законе условий, оснований и порядка заявления, рассмотрения и разрешения повторных ходатайств об исключении доказательств создает ситуации, когда многократное повторение одних и тех же ходатайств такого рода может привести не только к затяжному характеру судебного производства в суде первой инстанции, но и к его нескончаемости. Так, первоначально ходатайство о недопустимости доказательства может быть заявлено уже в подготовительной части судебного разбирательства в суде первой инстанции, а затем его повторение возможно в ходе судебного следствия, в прениях и репликах сторон, в последнем слове подсудимого. При этом на каждой из стадий судебного разбирательства оно может быть заявлено многократно, без каких-либо ограничений. Уголовно-процессуальный кодекс РФ не содержит никаких запретов для неоднократного повторения указанного рода ходатайств об исключении доказательств в случае отказа в их удовлетворении. Не предотвращает возможность повторения подобных ходатайств и то, что они заявляются по одним и тем же обстоятельствам. Практически возможности заявления повторных ходатайств об исключении доказательств ничем не ограничены, что может привести на практике к так называемому злоупотреблению правом — в данном случае правом на повторение указанного ходатайства. Например, имея намерение затянуть процесс, тот или иной участник уголовного судопроизводства может вновь и вновь повторять ходатайства, в том числе надлежаще, в соответствии с законом рассмотрен-



ные и обоснованно разрешенные судом. Так, в частности, одно и то же ходатайство об исключении доказательства может быть заявлено одним из участников стороны сначала в устной форме, затем в письменной, после чего данное ходатайство может повторить другой участник этой же стороны, как в устной, так и в письменной форме. Форма и последовательность ходатайств могут быть любыми, и затягивать процесс путем их заявления можно практически бесконечно, если на то есть воля и стремление какой-либо из сторон<sup>45</sup>.

Несомненно представляет неподдельный интерес мнение А. А. Малиновского о необходимости классификации злоупотреблений по признаку субъективной стороны, т. е. на умышленные и неосторожные. Умышленное злоупотребление правом представляет собой осуществление права с целью причинить вред другому лицу или использовать свое право вопреки интересам общества и государства. При неосторожном злоупотреблении правом причиненный вред не охватывается умыслом субъекта. Данный подход имеет не только научное, но и практическое значение, поскольку позволяет определить форму вины и направленность умысла. Это, безусловно, влияет как на квалификацию содеянного, так и на меры юридического воздействия, применяемые к уполномоченному лицу<sup>46</sup>.

В качестве вывода по рассмотренному вопросу автор считает необходимым указать, что злоупотребления субъективным правом могут классифицироваться по различным основаниям. Однако при этом, учитывая вышесказанное, следует помнить, что любая классификация будет отражать лишь часть свойств исследуемого явления, поэтому и возникает необходимость в различных классификациях, которые в своей совокупности дадут адекватное (объективное) представление об анализируемом феномене.

Поэтому, рассматривая классификацию злоупотребления правом в уголовном процессе, по нашему мнению следует придерживаться следующего деления проявлений деяний во зло со стороны участников процесса:

---

<sup>45</sup> Калинкина Л. Д. К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве // Адвокат. 2010. № 4. С. 5–9.

<sup>46</sup> Малиновский А. А. Указ. соч. С. 312.

во-первых, это злоупотребление правом со стороны обвинения;

во-вторых, злоупотребление правом со стороны суда;

в-третьих, злоупотребление правом со стороны защиты.

## 2.2. Злоупотребление правом стороной обвинения

Любые злоупотребления и системные недостатки в сфере уголовного правосудия наносят наибольший ущерб основным правам и свободам человека, гарантированным международным правом и российской Конституцией: праву на жизнь и физическую целостность, правам собственности и на неприкосновенность частной жизни, праву на доступ к правосудию и праву на защиту.

Между тем нарушения эти сегодня настолько распространены и характер их таков, что можно говорить о повсеместном отсутствии у российских граждан гарантий справедливости судопроизводства. Такой вывод косвенно подтверждают и данные социологических опросов: граждане постоянно отмечают свою и близких незащищенность от произвола правоохранительных органов и недоверие к ним. Проблема затрагивает все группы населения — богатых и бедных, предпринимателей и наемных работников, жителей городов и сельской местности. Она системна и масштабна, о чем подробно и доказательно говорят юристы и социологи, правозащитники и журналисты<sup>47</sup>.

Рассмотрение данной многогранной проблемы мы начнем с «процедуры» задержания подозреваемого, где среди типичных злоупотреблений на первой стадии уголовного расследования следует отметить *уклонение сотрудника полиции от оформления задержания подозреваемого по правилам именно уголовно-процессуального законодательства*. Зачастую фактическому захвату человека, подозреваемого в совершении преступления, придается форма административного задержания или административного ареста. Данная порочная практика отмечается в среднем по каждому четвертому уголовному делу<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Доклад о результатах исследования, выполненного в 2005–2006 гг. Институтом прав человека // <http://www.hrights.ru/text/b22/Chapter3%203.htm>

<sup>48</sup> Ответ Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации на запрос депутата Государственной Думы В. И. Черепкова от 23 мая 2006 года № СД-АП/1241.

Но это только начало, т. к. при незаконном задержании достаточно распространены и другие злоупотребления правом, например, *неуведомление родственников о факте задержания подозреваемых, применением к ним жестокого обращения и даже пыток* для получения признания в совершении преступлений, при этом избиения могут быть и немотивированными. Вполне реально, когда насилие в процессе незаконного удержания, применяется и к очевидцам преступлений, которые впоследствии становятся свидетелями по уголовным делам<sup>49</sup>.

По мнению автора, выше перечисленное свидетельствует о недостаточном внимании государства к проблемам реализации правоохранителями своих функций и отсутствие профессионального подхода к пониманию существа нормативного регулирования «работы» с лицами, подозреваемых в совершении правонарушения.

Поэтому на наш взгляд, во-первых, следует разработать инструкцию для сотрудников ОВД, предусматривающую пошаговый алгоритм действий должностных лиц с момента доставления подозреваемого в отдел полиции и до принятия решения судом о его аресте либо освобождении. Кроме того, совершенно необходимо придать данному документу статус подзаконного нормативно-правового акта, предоставив право утверждения настоящей инструкции главе МВД России.

Во-вторых, законодателю следует предусмотреть и проработать вопрос о нормативном регулировании содержания задержанных под стражей. При этом, по мнению автора, за основу следовало бы взять порядок и условия исполнения наказания в виде ареста<sup>50</sup>.

В-третьих, не вызывает сомнения и высказанная инициатива о необходимости заслушивания судьей каждого ограниченного в личной свободе лица (будь то административное или уголовно-процессуальное задержание) в течение 24 часов после фактического заключения под стражу. Более того важно обязать судьей немедленно рассматривать жалобы задержанных, а не в течение 5 суток после их подачи<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Гольцов А. Т. Заключение под стражу. М.: Р. Валент, 2004. С. 19.

<sup>50</sup> Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 8 января 1997 г. № 1-ФЗ // СЗ РФ от 13 января 1997 г. № 2 ст. 198.

<sup>51</sup> Уголовный процесс западных государств / Под ред. К. Ф. Гуценко, Л. В. Головки, Б. А. Филимонова. М.: Зерцало-М, 2001. С. 105.

В-четвертых, сторона защиты должна иметь реальную возможность представить задержанного, жалующегося на применение к нему пыток или плохое состояние здоровья, независимым от органов уголовного преследования врачам для освидетельствования и обследования.

Выше перечисленные меры, безусловно, должны обеспечить более профессиональный подход, как сотрудников полиции, так и судей к решению вопроса об изоляции подозреваемого на период предварительного следствия.

Также представляется необходимым обязать сотрудников дежурной службы представлять установочные данные в информационный центр территориального (городского) управления МВД РФ на всех лиц, задержанных на срок более 10 часов, тем самым будет обеспечена возможность обращения родственников пропавших людей для проверки факта их содержания в полиции.

Не менее содержательной на злоупотребление правом является процедура заключения под стражу. При этом Конституция РФ в статье 22 допускает арест, заключение под стражу и содержание под стражей свыше 48 часов только по судебному решению.

Но, чтобы заключение под стражу в уголовном судопроизводстве было оправданным, нужно не просто наличие судебного решения. Приемлемо лишь принятое при состязательном судебном рассмотрении решение, причем такое, которое исходит из исключительности этой крайней меры пресечения и обосновывает невозможность избрания более мягкой меры. Например, подозреваемый в покушении на убийство находился под домашним арестом по решению суда, однако этот факт вызвал возмущение общественности и прокуратура опротестовала данное постановление, объяснив это возможностью оказания давления подозреваемым на потерпевших и свидетелей, а также наличие у него заграничного паспорта. На наш взгляд кроме вышеуказанных фактов важное значение для решения суда должны иметь степень тяжести преступления и его последствия, а также особые обстоятельства, характеризующие личность подозреваемого. Например, тяжесть содеянного и наступивших последствий, использование оружия, нахождение в состоянии опьянения и т. п.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> См. подробнее ИТАР-ТАСС: В Нижнем Новгороде суд арестовал бизнесмена, застрелившего врача из-за спора за место на парковке // <http://www.itar-tass.com/c9/646197.html>

И чем продолжительнее оказывается содержание под стражей лица, не признанного виновным, тем придирчивее обязан относиться суд к каждому последующему ходатайству о продлении ареста.

Как говорил бывший глава ФСИН Ю. И. Калинин, «...у нас излишне часто помещают людей под стражу. В прошлом году из зала суда было освобождено 65 тысяч человек, около двух тысяч из них — из-за отсутствия состава преступления. То есть они сидели в СИЗО просто так, ни за что. И никто за это не ответил. Что касается остальных, им вынесли наказания, не связанные с лишением свободы. Это значит, что люди не совершали опасных преступлений, стало быть, не представляли для общества никакой угрозы. Что за необходимость была держать их в изоляторах?»<sup>53</sup>

Таким образом, досудебное лишение свободы остается самой болезненной для людей проблемой применения УПК РФ. К долговременным досудебным арестам прибавляется содержание под стражей осужденных, приговоры которым не вступили в законную силу, а также тех, чьи дела после отмены обвинительного приговора направляются на новое рассмотрение. За эффективное обжалование несправедливого приговора приходится платить месяцами и годами заключения.

По мнению некоторых ученых следствием злоупотреблений заключением под стражу являются пытки — как в смысле повсеместного преступного выбивания показаний, так и пытки условиями содержания. Во многих анкетах, заполнявшихся по настоящему проекту, адвокаты называли незаконное воздействие на заключенных в СИЗО, как на особо распространенное злоупотребление властными полномочиями суда. Содержание под стражей, как правило, предвосхищает обвинительный приговор. Когда осужденный получает наказание ниже низшего срока лишения свободы, санкционированного УК РФ, или «по отсиженному» — это зачастую скрытая форма оправдания, продиктованная нежеланием судей доставлять неприятности коллегам — следователям и прокурорам, да и самим себе<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Российская газета, 28 июля 2006 года, № 164.

<sup>54</sup> Из материалов исследования «Злоупотребление процессуальными нормами при отправлении уголовного правосудия» // Проект выполнен в 2005–2006 гг. при поддержке Швейцарского управления по развитию и сотрудничеству. Итоговый доклад подготовлен В. М. Гефтером, Л. С. Левинсоном, С. А. Пашиным.

Важно отметить, что заменив прокурорский арест на судебный, законодатель возложил на судей большие надежды. Однако, они, свыкшись с этой новой обязанностью, в подавляющем большинстве рассматривают ходатайства об избрании меры пресечения формально, не неся за совершаемые при этом «ошибки» никакой ответственности.

**Доказывание стороной обвинения необходимости заключения под стражу.** УПК РФ не содержит требований о необходимости доказывания факта избрания меры пресечения в виде лишения свободы. Вместе с тем на этот пробел обратил внимание Верховный Суд РФ, который указал следующее: «К ходатайству об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу (часть 3 статьи 108 УПК РФ) следует прилагать копии постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении лица в качестве обвиняемого, копии протоколов задержания, допросов подозреваемого, обвиняемого, а также имеющиеся в деле доказательства, подтверждающие наличие обстоятельств, свидетельствующих о необходимости избрания лицу меры пресечения в виде заключения под стражу (сведения о личности подозреваемого, обвиняемого, справки о судимости, данные о возможности лица скрыться от следствия, об угрозах в адрес потерпевших, свидетелей и т. п.)»<sup>55</sup>.

Подтверждены доказательствами должны быть не только основания для избрания меры пресечения, перечисленные в статье 97 УПК РФ, но и необходимость заключения под стражу конкретного лица и невозможность избрания более мягкой меры пресечения<sup>56</sup>. Кроме того, должны быть приведены обоснования («мягкие доказательства») разумного подозрения в виновности. «Наличие фактов или информации, убеждающих объективного наблюдателя в том, что подозреваемый мог совершить преступление, является неотъемлемой частью гарантий от произвольного ареста или заключения под стражу»<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // РГ от 25 марта 2004 г. № 60

<sup>56</sup> Гольцов А. Т. Заключение под стражу. М.: Р. Валент, 2004. С. 19.

<sup>57</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 12 июля 2005 года № 330-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мошнина Игоря Александровича на нарушение его конституционных прав статьей 108 УПК РФ» // Документ официально опубликован не был (справочно-правовая система «КонсультантПлюс» январь 2013 г.).

На подобные действия стороны обвинения указывает и Генеральная Прокуратура РФ, считая, необходимым ответственно подходить к вопросу о возбуждении перед судом ходатайства об избрании подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу. При этом следует тщательно изучать все материалы, являющиеся основанием для направления в суд такого ходатайства, важно учитывать данные о личности, возрасте, семейном положении, а также другие существенные обстоятельства. При этом решать вопрос положительно нужно только в тех случаях, когда имеются основания, предусмотренные ч. 1 ст. 108 УПК РФ, а применение иных мер пресечения невозможно<sup>58</sup>.

Кроме того при рассмотрении в ходе досудебного производства в судебных заседаниях вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и о продлении срока содержания под стражей прокурор должен принципиально отстаивать избранную точку зрения, приводя четкие и убедительные аргументы, а поддерживая ходатайство о продлении срока содержания под стражей, необходимо исходить из целей, указанных в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, а также руководствоваться принципами Конвенции о защите прав человека и основных свобод и позициями Европейского Суда по правам человека о разумных сроках содержания под стражей. В каждом случае изучать возможность применения иной, более мягкой, меры пресечения по сравнению с арестом, оценивать объективность представляемых следователем оснований для продления содержания под стражей, устанавливать, имеются ли иные обстоятельства, кроме указанных в ч. 1 ст. 108 УПК РФ, свидетельствующие о необходимости изоляции лица от общества<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Приказ генерального прокурора РФ № 189 от 27 ноября 2007 г. «Об организации прокурорского надзора за соблюдением конституционных прав граждан в уголовном судопроизводстве» // Текст приказа официально опубликован не был (справочно-правовая система «КонсультантПлюс» январь 2013 г.)

<sup>59</sup> Приказ Генеральной прокуратуры РФ от 12 июля 2010 г. № 276 «Об организации прокурорского надзора за исполнением требований закона о соблюдении разумного срока на досудебных стадиях уголовного судопроизводства» // Текст приказа официально опубликован не был (справочно-правовая система «КонсультантПлюс» январь 2013 г.)

Мнение судебных инстанций сводится к тому, что часть первая статьи 108 УПК РФ указывает на необходимость доказывания стороной обвинения фактов возможного оказания подозреваемым или обвиняемым угроз свидетелю или потерпевшему. Причем такое поведение должно не предполагаться, а доказываться фактами оказания обвиняемым давления на указанных лиц. Поэтому указание обвинения, что обвиняемый «может скрыться», также не должно основываться на предположениях. По делу *Худоеров против России* Европейский Суд признал подобные «обоснования» нарушающими Конвенцию<sup>60</sup>.

Буквальное толкование закона указывает, что к ходатайству об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу (ч. 3 ст. 108 УПК РФ) следует прилагать копии постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении лица в качестве обвиняемого, копии протоколов задержания, допросов подозреваемого, обвиняемого, а также имеющиеся в деле доказательства, подтверждающие наличие обстоятельств, свидетельствующих о необходимости избрания лицу меры пресечения в виде заключения под стражу (сведения о личности подозреваемого, обвиняемого, справки о судимости, данные о возможности лица скрыться от следствия, об угрозах в адрес потерпевших, свидетелей и т. п.).<sup>61</sup> На практике же в подавляющем большинстве необходимость заключения под стражу следователем или прокурором не доказывается, а суд выносит трафаретные, бездоказательные постановления<sup>62</sup>.

Арест не допустим, если суд исходит из одной лишь теоретической и общей опасности такого рода — не берут же людей под стражу только за то, что они «могут» что-то совершить. Поэтому изучение практики также показывает, что установление таких обстоятельств, как наличие прошлой судимости, ха-

---

<sup>60</sup> Дело «Худоеров против Российской Федерации» (Жалоба № 6847/02) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2006. № 7. С. 57–99.

<sup>61</sup> См. подробнее: Рыжаков А. П. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (8-е изд., перераб.). — Система ГАРАНТ, 2012.

<sup>62</sup> Из материалов исследования «Злоупотребление процессуальными нормами при отправлении уголовного правосудия» // Проект выполнен в 2005–2006 гг. при поддержке Швейцарского управления по развитию и сотрудничеству. Итоговый доклад подготовлен В. М. Гефтером, Л. С. Левинсоном, С. А. Пашиним.



рактера и способа совершенного преступления, отрицательное поведение в быту, привлечение к административной ответственности, отсутствие места жительства и т. п., которые относятся к учитываемым при избрании конкретной МП, в действительности указывает, прежде всего, на необходимость применения процессуального принуждения<sup>63</sup>.

Поэтому по делу *Калашников против России* Европейский Суд установил недопустимость содержания под стражей по признаку одной лишь тяжести вмененного преступления<sup>64</sup>.

О намерении скрыться могут свидетельствовать такие данные, как приобретение проездных билетов, снятие с регистрационного учета, увольнение с работы, снятие с военного учета, распродажа имущества; о намерении заниматься преступной деятельностью — приобретение оружия и иных приспособлений для совершения преступления, наличие преступных связей, отсутствие работы и др.; о возможности воспрепятствовать производству по уголовному делу — угрозы, подкуп, уговоры свидетелей и потерпевших, попытки хищения, уничтожения, фальсификации вещественных доказательств; воздействие на специалистов и экспертов<sup>65</sup>.

Таким образом, подводя итог изученного вопроса, целесообразно указать следующую авторскую позицию. Сторона обвинения действительно очень часто допускает злоупотребление своими процессуальными правами, при этом подобные действия или бездействия должностных лиц правоохранительных органов, направлены на реализацию своих процессуальных функций. Однако используемые при этом приемы и способы умышленно и целенаправленно препятствуют наиболее полному исследованию доказательств, всестороннему исследованию материалов уголовного дела, выяснению обстоятельств,

---

<sup>63</sup> Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный. 6-е издание. Подготовлен для системы КонсультантПлюс с использованием правовых актов по состоянию на 1 января 2012 года. КонсультантПлюс, ИБ «Постатейные комментарии и книги». 2012.

<sup>64</sup> Дело «Калашников против Российской Федерации» (Жалоба № 47095/99). Постановление вступило в силу 15 октября 2002 г. // РГ. 2002. № 197, 199.

<sup>65</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / В. Т. Томин, М. В. Поляков. М.: Юрайт, 2011. С. 287.

важных для обеспечения функций защиты. Вместе с тем нельзя не согласиться с мнением Д. А. Казацкера, который указал, что существующий механизм обжалования в порядке главы 16 УПК РФ подобных действий не может в полной мере обеспечить восстановление прав участников судопроизводства, поскольку вопрос о законности подобных действий разрешается проверкой формального их соответствия положениям УПК РФ, без учета возможного существования злоупотребления правом в уголовном процессе<sup>66</sup>.

### 2.3. Злоупотребление правом судом

По мнению большинства ученых<sup>67</sup> и практикующих адвокатов<sup>68</sup>, добрая половина всех возможных злоупотреблений в уголовном процессе приходится на деятельность суда. Как справедливо отметил С. А. Пашин злоупотребления суда — это намеренные, подчас преступные, акты неправосудия, это признак произвола, а не следствие неграмотности, неосведомленности либо небрежности<sup>69</sup>. Ученый также приводит мнение Конституционного Суда ФРГ, согласно которому «признаком произвола является неправильное применение судом правовых норм, при котором логику суда невозможно понять с точки зрения Основного закона (Конституции) страны, — что приводит к выводу о том, что суд руководствовался посторонними соображениями».<sup>70</sup> На наш взгляд более точной характеристики злоупотребления правом со стороны суда не сформулировать.

---

<sup>66</sup> Казацкер Д. А. Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты // Воронежский адвокат № 7 (104), 2012. С. 47.

<sup>67</sup> См., например: Бушуев Г. И. Судья в уголовном процессе / Г. И. Бушуев. М.: Юрид. лит., 1984. С. 12; Лазарева В. А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе / В. А. Лазарева. Самара: Изд-во «Самарский университет», 1999. С. 57; Смирнов А. В. Состязательный процесс / А. В. Смирнов. СПб.: Альфа, 2001. С. 8; Трунов И. Л. Защита прав личности в уголовном процессе / И. Л. Трунов. М.: ИД «Юриспруденция», 2005. С. 31; Глобенко, О. А. Заметки присяжного // Уголовное судопроизводство. 2007. № 1. С. 49 и др.

<sup>68</sup> Левинсон Л. С. Злоупотребления в уголовном процессе глазами адвокатов // <http://www.hrighs.ru/text/zlo-sud/zloupotr%20adv.pdf>

<sup>69</sup> Пашин С. А. Становление правосудия. М.: Р. Валент, 2011. С. 332 (456).

<sup>70</sup> Пашин С. А. Проблема судебной ошибки // <http://rudocs.exdat.com/docs/index-245252.html>

Первые судебные злоупотребления встречаются уже на стадии решения вопроса о необходимости избрания меры пресечения и определении ее вида. Как следует из статьи 99 УПК РФ, судом *должно* учитываться состояние здоровья подозреваемого или обвиняемого. Не может, а именно должно. Сколь бы ни было тяжело обвинение, и как бы обоснованы ни были опасения, что фигурант скроется или совершит новое преступление, тяжелая болезнь его является неопровержимым доводом в пользу домашнего ареста — во всяком случае, если это не бездомный. Так, например, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, согласившись с мнением суда первой инстанции об освобождении лица из-под стражи, в своем кассационном определении указала, что К. страдает гипертонией, а дальнейшее содержание его под стражей может повлиять на здоровье подсудимого, который имеет постоянное место жительства, не судим<sup>71</sup>. В другом примере Судебная коллегия, отказав в удовлетворении кассационного представления государственного обвинителя об отмене постановления суда первой инстанции, освободившего Ф. из-под стражи, свое решение мотивировала тем, что последний способствует раскрытию других преступлений, трудоустроился, имеет несовершеннолетних детей<sup>72</sup>.

Однако на практике такое происходит только в отношении фигурантов уголовного дела, связанного с многомиллионными или миллиардными хищениями государственного имущества<sup>73</sup>. Остается только разводиться руками и высказывать мысль о том, что в нашей стране и в системе правосудия действительно деньги и нужные знакомства решают все.

---

<sup>71</sup> Определение СК ВС РФ от 14.09.2006 по делу № 86-006-22. // Судебное производство в уголовном процессе Российской Федерации: Практическое пособие по применению УПК РФ / Под общ. ред. А. И. Карпова. М.: Изд-во «Юрайт», 2008. С. 736.

<sup>72</sup> См. там же: Определение СК ВС РФ от 05.10.2006 по делу № 34-006-27. Архив ВС РФ, 2006.

<sup>73</sup> См. подробнее: Фигурантке «дела Оборонсервиса» назначили домашний арест «со смягчением» // <http://pasm.ru/archive/64835> или Владимира Боярского после решения суда в Твери посадили под домашний арест // <http://www.kp.ru/daily/26032/2949728/> или Саратовского единоросса поместили под домашний арест // <http://www.rosbalt.ru/federal/2013/01/10/1079670.html>

Необходимо отметить, что пункт 3 части седьмой статьи 108 УПК РФ допускает продление срока задержания до 120 часов — вместо конституционного ограничения 48 часами. Пятисуточное заключение не соответствует не только Конституции РФ, но и основополагающим принципам международного права, согласно которым задержанный по обоснованному подозрению в совершении уголовного правонарушения доставляется к судье «в срочном порядке»<sup>74</sup>, «незамедлительно»<sup>75</sup>.

Однако иначе смотрит на это Конституционный Суд РФ. Признавая, что «статья 22 (часть 2) Конституции Российской Федерации допускает задержание лица до судебного решения на срок не более 48 часов», Конституционный Суд полагает, что «по своему буквальному смыслу эта конституционная норма не исключает, что при возбуждении прокурором либо следователем и дознавателем с согласия прокурора ходатайства об избрании в качестве меры пресечения содержания под стражей суд вправе своим решением продлить срок задержания подозреваемого в связи с отложением принятия решения об избрании ареста в качестве меры пресечения»<sup>76</sup>.

Также примечательно обращение ученых к буквальному толкованию приложения 2 к статье 477 УПК РФ, которое указывает, что если судья отказывает в заключении под стражу, то он должен (парадокс) обосновывать невозможность избрания иной, более мягкой, меры пресечения<sup>77</sup>. Поэтому на практике судье легче избрать для подозреваемого арест, чем отка-

---

<sup>74</sup> См.: ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) Пакт ратифицирован Указом Президиума ВС СССР от 18 сентября 1973 г. № 4812-VIII // Ведомости Верховного Совета СССР, 1976 г., № 17, ст. 291.

<sup>75</sup> См.: ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.). Конвенция ратифицирована Российской Федерацией Федеральным законом от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ. // Текст Конвенции с изменениями, внесенными протоколами №№ 3, 5, 8, опубликован в Собрании законодательства Российской Федерации, 18 мая 1998 г., № 20, ст. 2143.

<sup>76</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2004 года № 53-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса судебной коллегии по уголовным делам Мурманского областного суда о проверке конституционности пункта 3 части 7 статьи 108 УПК РФ» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации», 2004 г., № 5.

<sup>77</sup> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ (Постатейный) / Под ред. Б. Т. Безлепкина. М.: Изд-во: КНОРУС, 2010. С. 582.

зять в этом или самостоятельно назначить взамен заключения под стражу иную меру.

Зачастую приходится констатировать факт, возникновения у суда обвинительного уклона уже при первом появлении перед ним обвиняемого. Конечно, следует отметить, что в статье 108 УПК РФ появилась часть тринадцатая, не допускающая возложение полномочий об избрании меры пресечения на одного и того же судью на постоянной основе. Поэтому эти полномочия должны распределяться между судьями соответствующего суда в соответствии с принципом распределения уголовных дел. Однако данная норма не решает задачи обеспечения судейской незаинтересованности и беспристрастности. Кроме того, соблюдение названного ограничения невозможно в односоставных судах, а в двусоставных лишено смысла<sup>78</sup>.

При этом, несмотря на указания Конституционного Суда РФ<sup>79</sup>, судьи рассматривая ходатайства о заключении под стражу, склонны следовать за обвинением, а не предоставлять равные с ним возможности защите. Безусловно, это не соответствует требованиям справедливости, состязательности и равноправия сторон. Суд должен исследовать фактические и правовые основания для избрания данной меры пресечения, обеспечить лицу возможность довести до суда свою позицию. Поэтому стороне защиты необходимо обладать информацией о том, по каким причинам обвинение ходатайствует об избрании меры пресечения, в чем подозревается или обвиняется подзащитный. Как правило, именно нарушение последней нормы является одним из самых распространенных правоприменительных злоупотреблений на досудебной стадии процесса.

Важно подчеркнуть, что первоначальное заключение под стражу допускается законом на двухмесячный срок. При этом

---

<sup>78</sup> Гефтер В. М., Левинсон Л. С., Пашин С. А. Злоупотребление процессуальными нормами при отправлении уголовного правосудия: Практики, анализ, поиск противоядий / Институт прав человека. М., 2006. С. 18–27.

<sup>79</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан» // РГ от 1 апреля 2005 г. № 66.

Европейский Суд определил, что чем дольше содержится обвиняемый под стражей, тем более основательными и подтвержденными фактическими обстоятельствами должны быть аргументы в пользу продления содержания под стражей. Даже если первоначальное содержание заявителя под стражей удовлетворяло требованиям «разумных подозрений», то с течением времени эти основания становились все менее и менее убедительными, поскольку государственные органы должны были проверять реальную ситуацию, чтобы обосновать необходимость продления заключения для заявителя<sup>80</sup>.

Однако некоторые ученые вынуждены констатировать преобладание стандартных и формальных решения о продлении срока, что можно частично объяснить тем, что продление срока досудебного содержания под стражей на срок до 12 месяцев происходит на том же уровне, что и принятие первоначального решения об аресте: судьей районного суда (часть вторая статьи 109 УПК РФ). Также внимание исследователей привлекает сама форма постановления о возбуждении перед судом ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей (приложение 102 к статье 476 УПК РФ), которая предписывает следователю указывать отсутствие оснований для изменения или отмены меры пресечения, но не требует обосновывать ее продление<sup>81</sup>.

Острую проблему представляет продление меры пресечения в ходе судебного разбирательства. Так Конституционный Суд РФ признал необходимость соблюдать состязательную процедуру при рассмотрении судом вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу после поступления дела в суд<sup>82</sup>. Однако на практике весьма часто судом оставляет

---

<sup>80</sup> Постановление Европейского Суда по жалобе «Худоеров против России» от 3 ноября 2005 года, п. 174. К аналогичному мнению Страсбургский суд пришел в деле «Романов против Российской Федерации» (постановление от 20 октября 2005 года).

<sup>81</sup> Назаров А. Д. Злоупотребление процессуальными нормами при отправлении уголовного правосудия: Практики, анализ, поиск противоядий. Итоговый доклад / А. Д. Назаров. М.: Институт прав человека, 2006. — 57 с.

<sup>82</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроиз-

обвиняемого под стражей автоматически, «протоколно» в порядке статей 228 и 255 УПК РФ. Суды по-прежнему исходят из того, что предусмотренный частью второй статьи 255 6-месячный срок содержания под стражей со дня поступления дела в суд и до вынесения приговора действует по умолчанию и для его применения не требуется специального судебного рассмотрения.

Примечательна и официальная позиция Верховного Суда Российской Федерации, который при решении вопросов о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, о сроках содержания под стражей, указал судам на необходимость соблюдения прав подозреваемых (обвиняемых), вытекающие из смысла статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и предусмотренные статьей 22 Конституции Российской Федерации. При этом заключение под стражу необходимо рассматривать лишь при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. Для решения данного вопроса суду надлежит в каждом конкретном случае проверять обоснованность подозрения в причастности лица к совершенному преступлению, что предполагает наличие достаточных данных о том, что соответствующее лицо могло совершить это преступление.

В частности суду необходимо выяснить наличие оснований, указанных в статьях 91, 97, 99 и части 1 статьи 108 УПК РФ, а именно данные о том, что лицо может скрыться от органов дознания, предварительного следствия или суда, продолжать заниматься преступной деятельностью, угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу. Указанные обстоятельства должны быть реальными, обоснованными, то есть подтверждаться достоверными сведениями. Более того, суду надлежит также учитывать тяжесть преступления, сведения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства. При этом необходимо отметить, что отсутствие у лица регистрации

---

водства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан» // РГ от 1 апреля 2005 г. № 3735.

на территории Российской Федерации может служить лишь одним из доказательств отсутствия у него постоянного места жительства, но само по себе не является обстоятельством, дающим основание для избрания в отношении такого лица меры пресечения в виде заключения под стражу<sup>83</sup>.

Также примечательно, что для российского уголовного правосудия длительность содержания под стражей чуть меньше срока наказания по приговору суда, весьма часто встречающееся явление. Хотя в этом случае нарушается принцип презумпции невиновности, и есть основания подозревать, что суд выбрал наказание «по отбытому», что свидетельствует о сомнениях в аргументах обвинения при нежелании вынести оправдательный приговор<sup>84</sup>.

Таким образом, по нашему мнению в целях совершенствования уголовно-процессуального законодательства представляется необходимым:

Во-первых, ввести комплексную меру пресечения в виде обязательства не совершать определенных действий (не посещать те или иные места, не выезжать за пределы определенной территории и т. п.) при условии внесения залога в денежной сумме для мотивации подозреваемого (обвиняемого) в надлежащем поведении;

Во-вторых, определить максимально допустимый срок применения заключения под стражу до 3-х месяцев, с возможностью его первого продления на тот же срок, а всех последующих только на один месяц.

В-третьих, возложить полномочия по избранию меры пресечения на досудебной стадии мировым судьям, а рассмотрения ходатайств в отношении каждого последующего продления срока меры пресечения вышестоящим судам (районным, городским, областным и т. п. вплоть до Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ). Это позволит исключить возможность рассмотрения уголовного дела и принятия

---

<sup>83</sup> Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 октября 2009 г. № 22 г. «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» // РГ от 11 ноября 2009 г. № 211.

<sup>84</sup> Морщакова Т. Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы. М.: Изд-во «Р. Валент», 2004. С. 216.



Конец ознакомительного фрагмента.

Приобрести книгу можно

в интернет-магазине

«Электронный универс»

[e-Univers.ru](http://e-Univers.ru)