

ISSN 2307 – 5198

ДОНИШГОҲИ МИЛЛИИ ТОҶИКИСТОН
ТАДЖИКСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ФАКУЛТЕТИ ҲУҚУҚШИНОСӢ
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ҲАЁТИ ҲУҚУҚӢ
ПРАВОВАЯ ЖИЗНЬ

№ 3 (11)
2015

ДУШАНБЕ

Научно – информационный журнал «Правовая жизнь» (Ҳаёти ҳуқуқӣ) зарегистрирован в Министерстве культуры Республики Таджикистан (свидетельство № 0177/мч от 16. 01. 2013г.) и Международным центром ISSN (ISSN 2307 – 5198). Журнал аккредитован в Российском индексе научного цитирования (РИНЦ). Июль – сентябрь 2015, № 3 (11)

Главный редактор: Ш.К. Гаюров, доктор юридических наук, профессор

Редакционная коллегия: Тахиров Ф. Т., Академик АН РТ, доктор юридических наук, профессор, Махмудов М. А., Академик АН РТ, доктор юридических наук, профессор, Малько А. В., доктор юридических наук, профессор (РФ), Менглиев Ш. М., доктор юридических наук, профессор, Муртазакулов Дж. С., доктор юридических наук, профессор, Искандаров З. Х., доктор юридических наук, профессор, Сотиволдиев Р. Ш., доктор юридических наук, профессор, Шарипов Т. Ш., доктор юридических наук, профессор, Насурдинов Э. С., доктор юридических наук, доцент, Золотухин А. В., кандидат юридических наук, доцент, Гафуров А. Д., кандидат юридических наук, доцент, Диноршоев А. М., кандидат юридических наук, доцент, Сафаров Б. А., кандидат юридических наук, доцент, Сангинов Д. Ш., кандидат юридических наук, доцент, Раджабов М. Н., зам. главного редактора, кандидат юридических наук, доцент, Курбанов К. Б., ответственный секретарь, кандидат юридических наук, доцент

Учредитель: Таджикский национальный университет (юридический факультет)

Подписной индекс журнала: **77735**

Журнал выходит один раз в три месяца на русском и таджикском языках

Адрес редакции: 734025, Республика Таджикистан, г. Душанбе, проспект Рудаки, 17. Тел., и иные координаты связи: (+992 37) 221 – 77 – 11, 224 – 65 – 03, www.tnu.tj, www.law.tj, e – mail: tgnu@mail.tj

©Таджикский национальный университет, 2015
© Коллектив авторов, 2015

СОДЕРЖАНИЕ:

I. Жизнь, общество и государство

1. Мамедов С. О некоторых ритуалах в древнем государстве Хунну и в государствах средневекового Азербайджана.....	5 – 10
2. Назаров А. К. Действие уголовно – правовых норм шариата в странах Ближнего Востока.....	10 –20
3. Шоев Ф.М. Правовое положение дабиров в учении Мухаммада Газали.....	21 – 24

II. Вопросы развития конституционного права

4. Диноршоев А.М. Понятие и признаки принципа светскости и светского государства и их отражение в законодательстве Республики Таджикистан.....	25 – 33
5. Имомов А.И. Новый этап в развитии института гражданства в Республике Таджикистан.....	34 – 42
6. Ойев Х. Закон «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан» нуждается в новой редакции.....	43 – 49
7. Марифхонов Р.Н. Соотношения понятий «административный процесс» и «административная процедура».....	49 –58
8. Наимов Б.Г. Понятие и особенности лицензионно – разрешительной системы	58 –67
9. Салохидинова С.М. Уполномоченный по защите прав предпринимателей.....	67–70
10. Якубова С. Н. Некоторые вопросы лишения депутатской неприкосновенности депутатов местных Маджлисов народных депутатов Республики Таджикистан.....	70 –78
11. Соибов З. М. К вопросу правового обеспечения деятельности таможенных органов в Республике Таджикистан.....	79–84
12. Татьяна Мостовой. Механизмы по продвижению стандартов этического поведения на государственной службе.....	84–94

III. Вопросы уголовного права и криминалистики

13. Сафаров А.И. Некоторые вопросы уголовной политики в сфере охраны предпринимательства в Таджикистане.....	94 – 99
14. Абдухамитов В.А. Проблемы квалификации преступлений религиозно –экстремистского характера.....	100 –104

IV. Проблемы судебного права и прокурорского надзора

15. Абдуллоев П. С. Международно – правовая помощь как механизм установление истины по уголовным делам.....105 – 112
16. Неъматуллоев У.Э. Соотношение обыска и выемки в уголовно – процессуальном праве..... 112 – 118

V. Проблемы гражданского права и предпринимательской деятельности

17. Гаюров Ш. К. Унитарное предприятие..... 118 –125
18. Рольф Книпер. Тезисы относительно статуса адвоката в рыночной экономике125 –129
19. Султонова Т. И. О мотивах лишения азартных игр судебной защиты....
.....130 – 134
20. Золотухин А. В. Роль гражданско – правового договора в обеспечении страхования предпринимательских рисков.....134 – 146
21. Саъдиев И.З.Законодательная основа поиска, оценки и добычи нефти и газа в Республике Таджикистан.....146 – 153

- VI. Правила для авторов.....154 – 156

О некоторых ритуалах в древнем государстве Хунну и в государствах средневекового Азербайджана

Ключевые слова: ритуалы, традиции, древнее государство, государственная власть, верность договору, международный договор, стороны договора, рейхан

Key words: rituals, traditions, ancient state, the government, faithful to the agreement, a treaty, the contracting parties, reyhan

История тюркской государственности и права Азербайджана уходит своими корнями вглубь тысячелетий. Одни государства на этой земле сменяли другие, но не оставались неизменными и нормы обычного права, которое в тюркских традициях государственности называлось тѐре. От древних Хунну и до Азербайджанских Сефевидов в различных регионах Евразии существовала во многом схожая модель государственного устройства, которая вместе с тем прошла определенные этапы своего становления и развития, конечно же, не избежав при этом арабского и персидского влияний. Эта модель была своего рода основой, каркасом, который, хотя и видоизменялся под влиянием исторических условий того или иного периода, но вместе с тем, сохранял незыблемой основу, что происходило по той причине, что эволюция государственности и права в тюркских государствах древности и средневековья в связи с особой устойчивостью общественных отношений в тюркском социуме имела гораздо меньшую степень динамизма и даже застойный характер развития. А преобладание черт раннего состояния права в виде казуальности норм, правового формализма, долгого существования института кровной мести являлось своего рода правовым обеспечением этой модели. Отличительной чертой обычного права тюрков тѐре, являлась также ритуальность и специфическая обрядность оформления правовых установлений и положений, призванных усилить значение созданных норм права и закрепить их в своеобразной форме. Тюрки придавали большое значение атрибутам государственной власти и права, государственной символике, ритуалам при исполнении самых разных правовых установлений, в том числе и при заключении договоров, что показывает достаточно высокий уровень развития государственных институтов и самого механизма государства, нуждающегося в специфической «экипировке».

* Диссертант Института социологии, философии и права Национальной академии наук Азербайджана. Тел: 492 - 21-53 дом; моб: 055-626-70-63.

В древнем государстве Хуннов, например, существовал специфический ритуал заключения международных договоров с вождями соседних племен и с правителями других государств. Так, в 47 г. до н.э. между государством Хунну и империей Хань (Китаем) был заключен мирный договор, текст которого приводится в китайском источнике времени: «Отныне впредь Хань и Хунну будут составлять один Дом; из рода в род не будут ни обманывать друг друга, ни нападать друг на друга. Если случится воровство, то взаимно извещать и производить казнь и вознаграждение; при набегах неприятелей взаимно вспомоществовать войском. Кто из них прежде нарушит договор, да воспримет кару от Неба, и потомство его из рода в род да постраждет под сею клятвою». Ритуал заключения договора состоял в следующем: «Чан Мын (представители китайской стороны – С.М.), Шаньюй (Хуннский каган в китайской транскрипции – С.М.) и его старейшины взойшли на Хуннскую гору по восточную сторону реки Но-Шуй и закололи белую лошадь. Шаньюй взял дорожный меч, и конец его омочил в вино; это клятвенное вино пили из головного черепа Юечжыского государя, убитого Лаошан Шаньюем».¹

Как видно, при заключении договора согласно ритуалу, стороны должны были взойти на священную гору, где должны были принести в жертву белую лошадь, взяв т. н. дорожный меч, который в примечаниях Н. Я. Бичуриным указывается как драгоценный меч у хуннов и, омочив его в вине, пили это клятвенное вино, тем самым подтверждая договор. Причем, вино или то, что в китайском источнике называется вином, пили из чаши, сделанной из черепа убитого врага. Подобные ритуалы при заключении договоров существовали и у скифов. Геродот следующим образом описывает у скифов аналогичный обряд заключения договора: «Клятвенные договоры с кем бы то ни было Скифы совершают так: в большую глиняную чашу наливают вина и примешивают к нему кровь договаривающихся, сделав укол шилом или небольшой надрез ножом на теле, затем погружают в чашу меч, стрелы, секиру и дротик. По совершении этого обряда они долго молятся, а затем пьют смесь как сами договаривающиеся, так и достойнейшие из присутствующих».²

Следует отметить, что подтверждение заключенного договора каким-либо символическим образом в правовой практике человечества наблюдалось ещё с древнейших времен у самых разных народов и такой феномен называется формализмом права, когда оно тесно связано с религией, обрядностью и символикой, а также с традициями и условностями старых

¹Бичурин Н.Я. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена. Т. I, М.-Л.: 1950, С. 92.

²Латышев В.В. Известия древних писателей о Скифии и Кавказе. Т. I, выпуск 1-й, Санкт-Петербург, 1893. С. 29 - 30.

обычаев. Упомянутые в вышеприведённом примере различные предметы: чаша, меч, а также кровь белой лошади и др. каждое в отдельности имеют свое специфическое и довольно глубокое значение. Так, например, важным элементом при заключении договора фигурирует чаша, сделанная из черепа Юечжыского правителя, из которого пили т.н. «клятвенное вино». Показательно, что вино или иную жидкость, пили не из простого или, скажем, какого-то драгоценного сосуда, а именно из черепа злейшего врага хуннов, убитого хуннским каганом Лаошаном после долгой и кровопролитной борьбы. Тем самым показывалась военная мощь государства хуннов, способных побеждать в войнах и строго наказывать своих врагов. Кроме того, символизм использования чаши заключался ещё и в том, что хунны стремились показать, какая участь может ожидать тех, кто не будет соблюдать условий заключенного договора. Изготовление из головы убитых злейших врагов чаши для питья, является также древним военным обычаем, известным ещё со времен скифов, описанный Геродотом в разделе о военных обычаях: «...с головами врагов, впрочем не всех, а только злейших, они обращаются следующим образом: отпилив всю часть черепа до бровей, Скиф очищает его и затем, если он беден, то только снаружи обтягивает его сырою воловьёю кожей и пользуется им в таком виде, а если богат, то обтягивает череп кожей, и покрывает изнутри позолотою и в таком виде употребляет вместо чаши. Так поступают они и с родственниками, если рассорятся с ними и если пред лицом царя один одержит вверх над другим».³

С приходом Ислама в различных государствах, существовавших на территории Азербайджана происходит совершенствование юридической формы, обрядность и ритуальность постепенно исчезают, уступая место правовым понятиям, конструкциям, терминологиям, на первый план выдвигаются прежде всего письменное и процессуальное оформление при заключении правовых актов. Однако не на всей территории Азербайджана этот процесс развивался одинаково, в некоторых регионах черты ритуальности все же продолжают сохраняться в течении определенного времени. В источниках сохранились некоторые сведения об этом. Так, например, вызывает интерес церемония избрания Бабека вождём хуррамитов, поднявших восстание в Азербайджане против арабских захватчиков в VIII-IX вв., описанная в работе Мухаммеда ибн Исхага ан-Надими (ум. в 995г.) «ал-Фихрист».⁴ Вдова предыдущего вождя для принесения присяги Бабеку приказала постелить на землю шкуру коровы, которую зарезали для этой цели, на нее положили таз с вином (или иную жидкость, которую в источнике называют вином) и рядом куски хлеба. Затем каждый воин из войска хуррамитов, вставал на эту шкуру и, макая кусок хлеба в эту жидкость поедая его, после чего произносил установленные слова клятвы верности Бабеку, склоняя при этом перед ним голову и целуя его руку,

³Там же. С. 28.

⁴М.Бүнйадов. *Azərbaycan VII-IX əsrlərdə*. Bakı: Azərneşr, 1989. С. 301- 303.

демонстрируя, таким образом, преданность новому вождю. После принесения присяги был заключен брак между вдовой и Бабеком, причем в качестве удостоверения брака, женщина вручила ему ветку растения рейхан – (базилик), который, как представляется, являл собой знак верности и преданности.

Кстати, в известном источнике X века «История Ширвана и Дербенда» упоминается о любопытном факте выражения преданности принесения присяги новому правителю, которое также сопровождалось преподнесением ветки рейхана. Так, в сентябре 1054 г. раисы и народ Дербента, пограничного города в государстве Ширваншахов, изгнав эмира Мансура, пригласили Лашкари сына Абд ал-Малика в качестве нового эмира и выразили ему свою преданность следующим образом: «Они ввели его в «правительственное здание» и поднесли ему благовонный цветок (рейхана) своей клятвы на верность, (أعطوه ريحان البيعة) и возрадовались этому зная (а'йан) и раисы пограничной области».⁵

В целом преподнесение ветки рейхана при принесении присяги и произнесении соответствующей клятвы верности правителю символизировало собой верность и преданность ему и являлось составной частью всего этого государственного ритуала присяги и клятвопринесения. Следует также отметить, что рейхан упоминается и в Коране, как благоуханное райское растение (сура ар-Рахман, аят 11).

Таким образом, рассмотренные выше ритуалы и используемые при их исполнении различные символы в государстве Хунну и в средневековом Азербайджане были призваны формализовать правовое содержание конкретных правовых действий в целях придания им четкости, определенности и образности и были рассчитаны на чувственное, эмоциональное восприятие, поскольку их значение были хорошо понятно жившим в то время людям. Ритуал заключения договора между сторонами на высокой священной горе, произнесение сакральной клятвы перед использованием специально приготовленной жидкости из чаши, в которой находились определённые предметы – символы, дошел до нашего времени в виде термина “and içmək”, что на азербайджанском языке буквально означает «выпить клятву», но вместе с тем имеет и значение «клясться, принести клятву». Некоторые из таких символов как чаша, меч, лук со стрелами, трезубец, будучи первоначально только религиозно-правовыми по характеру, в дальнейшем трансформировались в атрибуты государственной власти, стали символами государственности, верховной власти и военной мощи.

⁵Минорский Ф.В. История Ширвана и Дербенда X-XI веков. М.: Наука, 1963. С. 73.

Литература:

1. Бичурин Н. Я. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена. Т. I, М.-Л.: 1950, 380 с.; Т. II, М.-Л., 1950.
2. Латышев В. В. Известия древних писателей о Скифии и Кавказе. Т. 1, выпуск 1-й, Санкт-Петербург, 1893.
3. Мамедов С. Г. О некоторых атрибутах и символах государственной власти в системе государственного управления древних тюрков. // Материалы Международной научно-практической конференции: «Эффективное государственное управление: международный опыт и Казахстан». Астана: 2007.
4. Məmmədov S. H. “And içmə” nə deməkdir? (Qədim türk adət hüququnda and içmə mərasimləri). // AMEA Azərbaycan Milli Tarixi Muzeyinin məcmusu. Bakı: 2007.
5. Məmmədov S. H. Qədim türk adət hüququnda simvolizm haqqında. // Dədə Qorqud, AMEA Folklor İnstitutu. Bakı: 2008.
6. Bünyadov Z. M. Azərbaycan VII-IX əsrlərdə. Bakı: Azər nəşr, 1989.
7. Минорский Ф. В. История Ширвана и Дербенда X-XI веков. М.: Наука, 1963, 265 с. без араб. текста.

Самир Мамедов

Аннотация

О некоторых ритуалах в древнем государстве Хунну и в государствах средневекового Азербайджана

В статье на конкретных исторических фактах из истории права древнего государства Хунну исследуются ритуал заключения международных договоров и принесения присяги и клятвы правителю на верность в средневековых государствах на территории Азербайджана, в частности, в войске Бабека, возглавившего восстание хуррамитов в IX веке против арабских захватчиков, а также и в государстве Ширваншахов в XI веке. Интересно, что ритуалы принесения присяги сопровождались преподнесением ветки растения рейхан (базилик), символизировавшего преданность и верность.

Samir Mammadov

The summary

Some of the rituals in the ancient the Xiongnu state and the States of medieval Azerbaijan

In an article on a specific historical facts from the history of law of the ancient the Xiongnu state explores the ritual of international treaties. In addition, the issues of swearing and oath to the Governor of allegiance in the medieval States on the territory of Azerbaijan, in particular, in the army of Babek, who led the revolt of khurramis in the IX century against the Arab invaders, and in the state

of Shirvanshahs in the XI century. Interestingly, the rituals of taking the oath was accompanied by the presentation of branch plants Reyhan (Basil), symbolizing devotion and loyalty.

Назаров А. К.*

Действие уголовно – правовых норм шариата в странах Ближнего Востока

Ключевые слова: уголовное право, преступление, мусульманское право, мусульманское государство, Коран, хадис, хадд, кisas

Key words: criminal law, crime, islamic law, a muslim state, Quran, hadith, hadd, qisas

Мусульманское право оказало глубокое влияние на развития государства и права целого ряда стран Востока. Причем из более, чем 120 стран мира, где имеются мусульманские общины, почти в 40 последователи Ислама представляют большинство населения, а в ряде других государств представляют весьма заметное и влиятельное меньшинство. Однако в целом роль, которая в настоящее время отводится мусульманскому праву в правовом развитии, политике и идеологии стран Востока, наглядно подтверждает, что она сохранила еще достаточно широкие возможности активно действовать в новой исторической обстановке. Значение мусульманского права в качестве нормативного регулятора и идейно-политического фактора заставляет обратиться к исследованию его специфических черт как самостоятельной правовой системы. Особую актуальность приобретает анализ того места, которое занимает мусульманское право в правовом развитии зарубежного Востока. Это, в свою очередь, предполагает изучение его теоретических основ, выявления особенностей его структуры и влияние на современное законодательство. При этом важная задача состоит в установлении юридических характеристик, отличающих его от других крупнейших правовых систем современности, а значит, определения места мусульманского права среди названных систем.¹ Частично указанными проблемами занимались такие исламоведы, как: В. В. Бартольд,² Е. А. Беляев,³ Л.С. Васильев,³ П. А. Грязневич, М. Б. Пиотровский,⁴ М.Т. Степанянц⁵ и др. Однако исследования исторического, а также философского профилей, посвященные исламу как религиозной

*Заведующий кафедрой криминалистики и судебно – экспертной деятельности юридического факультета Таджикского национального университета, кандидат юридических наук, доцент. E - mail: avazjon@mail.ru

¹ Елаян Г. Ф. Основы мусульманского уголовного права. Махачкала 2002 .С-3.

² Бартольд В.В. Работы по истории ислама и Арабского халифата. Соч. Т. VI. М., 1966.

³ Беляев Е.А. Мусульманское сектанство. –М.: Изд-во вост. лит., 1957.-100с.

⁴ Пиотровский М.Б. Южная Аравия в раннее средневековье. М.,1985.

⁵ Степанянц М.Т. Мусульманские концепции в философии и политике. XIX – XX вв. М.: Наука, 1982.– 248с.

системе, не могут компенсировать недостатки в изучении мусульманского права.

Комплексные исследования теории и практики мусульманского права в юридическом смысле редки и в зарубежной литературе, хотя зарубежные правоведы – прежде всего, Н. Агнайдес, Дж. Андерсон, Р. Давид, Н. Коулсон, А. Кремер, Х. Лайбесни, Л. Мийо, С. Фицджеральд, Р. Шарль, И. Шахт – внесли существенный вклад в разработку указанной проблематики. Не потеряли своего значения и работы крупных западных исламоведов – С. Гойтейна, И. Гольдциера, Г. Грюнебаума, А. Массэ, У. Уотта и др., в которых затрагиваются вопросы истории и теории мусульманского права. Однако многие важные проблемы (например, соотношения мусульманского права с государством или его роли в современных правовых системах) изучены в этих трудах недостаточно полно. В то же время огромное число работ по мусульманскому праву, издаваемых в исламских странах, прежде всего на Арабском Востоке, отличается тем, что их авторы либо некритически воспроизводят традиционные мусульманско-правовые концепции, либо сосредотачивают основное внимание на формальном сравнении норм мусульманского права и современного законодательства. Такой методологический подход создает очевидные препятствия на пути объективного анализа мусульманского права, его роли в современном правовом развитии стран Востока.⁷

Возникнув на Аравийском полуострове в VII—X вв., мусульманское уголовное право претерпело длительную историческую эволюцию, в ходе которой его структура и социальная сущность не оставались неизменными. Как продукт раннеклассового арабийского общества, оно несет на себе его отпечаток. Вместе с тем с завоеванием арабами обширных территорий в VII—VIII вв. мусульманское уголовное право испытывало влияние более развитых и культурных стран (Египет, Сирия и т. д.). Наконец, на развитие мусульманского уголовного права оказали влияние такие факторы, как зарождение капитализма на мусульманском Востоке, колониальная экспансия европейских держав, буржуазная эволюция стран мусульманского Востока в условиях независимости.

В XX – начале XXI вв. сохранялась значительная роль шариата в регулировании уголовных правоотношений в странах ислама. Он исходит из того, что правонарушение является не только отступлением от норм мусульманского права, за которое следует «мирская» санкция, но оно является и грехом против установлений Аллаха, который сопровождается вземным наказанием.⁸

⁷Елаян Г. Ф. Указ. раб. С-3.

⁸Кашенко С. Всеобщая история государства и права новейшего времени. М.2006

Процесс становления мусульманского уголовного права в Арабском халифате занял несколько веков (VII–X вв.) и проходил в условиях формирования раннефеодального строя.

К XI в. окончательно складывается иджма (общее, согласованное мнение мусульманских правоведов, догма шариата) и прекращается период так называемого "абсолютного иджтихада" – время прямого толкования Корана и хадиса и создания основных толков мусульманского права. С XI в. начинается период так называемого "таклида" – действия шариата на основе уже сложившейся традиции и догмы иджма. С этого времени признается правом только то, что принято и одобрено иджмой.

Однако развитие мусульманской правовой доктрины, а вместе с ней и норм шариата продолжалось и в последующие века. Этому развитию содействовало толкование и применение положений шариата с учетом "условий, места и времени". Благодаря такому подходу доктриной было допущено применение не противоречащих исламу обычаев, соглашений сторон, административных регламентов. Хотя эти правовые формы и остаются вне самой системы мусульманского права, однако придают ему большую гибкость и приспособляемость к различным условиям и позволяют восполнять его пробелы.

Соответствующие законодательные реформы осуществлялись сперва (в XIX – I половине XX в.) в области торгового, морского, уголовного и налогового права, а затем (во II половине XX в.) и в остальных сферах правовой жизни, включая вопросы семейного права, наследования, личного статуса и т. д. Процесс модернизации национальных систем права сопровождался принятием во многих мусульманских странах (Египет, Турция, Сирия, Тунис, Марокко, Иордания и др.) гражданских, уголовных и некоторых других кодексов по романо-германскому образцу. По отношению к деликтному праву, это означало его дальнейшее развитие в направлении унификации: за исключением преступлений категории «хадд» и «кисас» санкции на иные правонарушения устанавливались правителями, становясь обязательными для судей. В определенной мере законодательные акты касались всех видов наказания, в том числе и признанных теорией мусульманского права неизменными, что способствовало также их унификации и модернизации.

Наиболее существенная систематизация нормативно-правовых актов по уголовным вопросам имела место при Султане Мехмеде Фатихе (1451-1481 гг.), введшего в действие канун-намэ, Селиме I и особенно Сулеймане законодатель (XVI век). Подобная практика продолжалась, несколько сокращаясь, вплоть до издания Султаном Мустафой II (конец XVII – начало XVIII вв.) Указа о применении судами только определенных шариатом мер уголовного наказания.

Во второй половине XIX века традиционное мусульманское право в наиболее развитых странах Востока уступает постепенно место законодательству, основанному на западноевропейских образцах. Этот

процесс начался изданием в 1839г. Манифеста Султана, предусматривающего реформу правовой и судебной системы империи, который провозгласил равенство всех подданных перед законом независимо от вероисповедания, отказ от привлечения к суду без предварительного расследования и от конфискации имущества осужденных преступников.

В XIX-XX вв. в большинстве мусульманских стран исторически закономерным явилось то, что шариат заменим уголовными кодексами европейского типа. Объясняется этот факт различными формами и политической зависимости мусульманских стран от капиталистических держав Запада, их втягиванием в мировое хозяйство, развитием буржуазных отношений, влиянием западной цивилизации и укреплением позиций западноевропейских держав на социальное развитие арабских стран и т.д.⁹

Влияние западного права (европейского и американского) на национальные системы права мусульманских стран особенно усилилось в условиях современного международного сотрудничества различных государств и развития интеграционных процессов в области экономики, экологии, борьбы против международной преступности, защиты мирового правопорядка и т. д.

Однако эта общая позитивная тенденция к модернизации национальных систем права в духе западного права в целом ряде случаев прерывается попятными движениями, усилением в тех или иных мусульманских странах фактора исламского права, роли традиционного шариата, реанимацией шариатского суда, шариатских форм правления и т. д. Так, согласно Конституции Исламской Республики Иран 1979г., все законодательство должно соответствовать требованиям традиционного шариата. А закон 1981г., регламентирующий вопросы уголовного права, воспроизводит архаичные требования шариата. Существенную роль исламский фундаментализм (и вместе с ним традиционный шариат) играет и во многих других странах (Афганистан, Пакистан, Судан и др.).

В настоящее время ни в одной из рассматриваемых стран мусульманское право не является единственным действующим правом. Но в то же время ни в одной мусульманской стране не потеряло полностью своих позиций в качестве системы действующих правовых норм. Исключение составляет, пожалуй, лишь Турция, где в 20-е годы после официальной отмены халифата мусульманское право во всех отраслях (в том числе и сфере регулирования брачно-семейных отношений) было заменено законодательством буржуазного типа, составленным на основе заимствования западноевропейской модели.¹⁰

Взяв за основу масштабы применения уголовно-правовые нормы Корана и хадиса и степень его влияния на действующее законодательство,

⁹Елаян Г. Ф. Указ. раб. С-11.

¹⁰Крашенинникова Н.А История государства и права зарубежных стран. Часть 1. Учебник для вузов. // Под ред. проф. Крашенинниковой Н.А и проф. Жидкова О. А.- М.- Изд.- во НОРМА, 2008. С-363.

можно предложить следующую классификацию современных правовых систем стран зарубежного Востока.¹¹

Первую группу составляют правовые системы Саудовской Аравии и ИРИ, где мусульманское уголовное право продолжает применяться максимально широко. Прежде всего, его нормы и принципы оказывают глубокое влияние на конституционное законодательство и сложившуюся здесь форму правления. В указанных двух странах мусульманское уголовное право играет ведущую роль, что находит свое подтверждение и на конституционном уровне: Конституция Ирана, в частности, закрепляет положение об обязательном соответствии шариату всех принимаемых законов. В сфере личного статуса мусульманское уголовное право продолжает в целом применяться в своей традиционной форме. Это же относится и к принципам судостроительства, а также правилам судебного процесса.¹² В самостоятельную группу могут быть выделены уголовно - правовые нормы ряда стран Персидского залива — ОАЭ, Кувейта, а также Юго-Восточной Азии — Брунея, отдельных штатов Малайзии. Правовые системы указанной группы стран также испытывают заметное влияние мусульманского права, хотя и не такое глубокое, как в двух предыдущих. Например, уголовные кодексы Кувейта и Бахрейна предусматривают наказание за употребление спиртных напитков и азартные игры. Закон об ограничении торговли спиртными напитками принят в Брунее.

Еще одну, наиболее многочисленную группу составляют правовые системы большинства арабских стран (Египта, Сирии, Ирака, Ливана, Марокко, Иордании, Алжира), а также ряда стран Африки (Сомали, Мавритании, северных штатов Нигерии) и Азии (Афганистана). Можно проследить несколько аспектов влияния мусульманского уголовного права на правовые системы этой группы стран. Их уголовное право, как правило, закрепляет особое положение ислама и мусульманского права.

В последние годы в связи с политической активизацией ислама в ряде мусульманских стран наблюдается тенденция к возрождению принципов и норм мусульманского права, в том числе и уголовного. Эта тенденция прослеживается в Египте, Мавритании, Ливии, Афганистане. Так, в Египте в 70-х гг. группы депутатов парламента потребовала ввести ампутацию руки за хищение государственного имущества. В 1977г. в Египетский парламент вновь вносились предложения о восстановлении традиционной ответственности по мусульманскому праву за кражу, разбой, прелюбодеяние, бунт и вероотступничество. Однако, парламент не принял эти законопроекты.

Шариат продолжает оставаться основным источником уголовного права Саудовской Аравии, Йеменской Республике, некоторых княжествах Персидского Залива. Здесь он используется, прежде всего, в своем

¹¹Сюкияйнен Р. Л. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М. Наука. 2008.

¹²Крашенинникова Н.А. Указ. раб. С.420-421.

традиционном виде – судьи ссылаются на общепризнанные произведения представителей определенной школы. Например, королевские указы 1926-1928г. Саудовской Аравии обязывают судей следовать в своих приговорах выводам ханболитской школы мусульманского права. В указах перечисляются произведения юристов, в которых эти нормы сформулированы.

Необходимо отметить, что в Саудовской Аравии до сих пор нет единого Уголовного кодекса, но применения норм мусульманского уголовного права предусмотрено рядом отдельных уголовных законов. Так, действуют принятые в конце 20-х – начале 30-х годов и основанные на мусульманском праве законы, устанавливающие ответственность за употребление спиртных напитков, гомосексуализм, подделку документов, организацию беспорядков и нападения на должностных лиц с учетом положений мусульманского права. Например, виновные в употреблении алкоголя подвергаются телесному наказанию в виде 80 ударов плети. В соответствии с общими признанными принципами мусульманского права установлена строгая ответственность за выступление против короля. В 1961 г. в Саудовской Аравии вступил в законную силу закон о наказании за посягательство на жизнь главы государства и членов его семьи смертной казнью или лишением свободы сроком 25 лет.

С учетом этого, все правонарушения подразделяются на 3 группы: Первая включает преступления, которые представляют наибольшую общественную опасность, посягают на "права Аллаха" (т.е. интересы всей мусульманской общины) и наказываются точно определенной санкцией - хадд (худуд). Вторая объединяет преступления, которые также влекут фиксированное наказание (кисас), но нарушают права отдельных лиц. Наконец, третью группу составляют все иные правонарушения - тазир, которые наказываются не жестко установленной санкцией и затрагивают как "права Аллаха" (к ним относят нарушения всех религиозных обязанностей), так и частные интересы. Они с учетом норм шариата устанавливают наказания за употребление спиртных напитков, гомосексуализм, за организацию смуты, неповиновение властям и т.д. В частности, лиц, употребляющих спиртное или наркотики, ожидает 80 ударов. Размер полного выкупа за кровь (дийа) определен в 5 тыс. реалов, а за телесные повреждения — та или иная часть полного выкупа. В саудовском законодательстве сохранены шариатские наказания за воровство в виде отрубания руки.

В XX – начале XXI веков в мусульманском праве произошли значительные изменения. В правовых системах наиболее развитых мусульманских стран ведущее место заняло законодательство, основанное на западноевропейских образцах.

Примером может служить иракский УК, который был введен английскими оккупационными властями в 1918г. Он действовал до принятия в Ираке нового УК в 1969г.

Обострение внутривластной обстановки в Ираке вынудило государственного лидера Саддама Хусейна ужесточить и без того весьма суровую систему воздействия на преступность. В Ираке 1969г. вновь были введены телесные наказания, избиения палками до смерти, отрубание рук вора́м, ног – дезертирам (в бедной стране лишь крайне жесткая система воздействия на преступность может быть эффективной). Новый УК 1969г. был основан на традициях буржуазного законодательства. Этот кодекс состоит из четырех книг, включающих 506 статей, т.е. почти в два раза больше, чем Багдадский УК. Более обширными стали как общая, так и особенная часть нового УК. Новое законодательство устранило многие значительные недостатки старого закона, а также предусмотрело положения, свидетельствующие о его совершенствовании. Например, в нем были определены элементы преступления (легальный, материальный и моральный), были даны определения отдельных видов преступления, отсутствовавшие в прежнем Багдадском УК. В новый УК ст. 20 предусмотрено качественно новую классификацию преступлений, которые теперь подразделяются на политические и иные.

Необходимо указать, что наряду с новым УК в Ираке действуют отдельные уголовные законы, изданные до или после принятия нового уголовного кодекса, нормы которых служат дополнением к основному источнику уголовного законодательства Ирака. К ним относятся: закон о подростках 1958г., дополнительные законы к УК 1973 г. и 1983 г., закон об огнестрельном оружии 1971г., закон о наркотических средствах 1975г.¹³

Наиболее последовательно исламизация уголовного права проводится в ИРИ. Здесь после провозглашения исламского государства в 1979г., судебные органы стали широко использовать нормы шариата шиитского толка. Иранская конституция 1979г., установила, что все законодательство должно соответствовать исламским нормам, а для борьбы с преступностью в первую очередь должны использовать санкции хадд и тазир. В 1981г., меджлис принял закон о кисасе, восстановивший действие соответствующих норм шариата.¹⁴ Мусульманское уголовное право ИРИ является результатом взаимодействия шариата как религиозного, но выходящего в определенном смысле за пределы религии, явления, потребностей развития общества и внешних влияний. Было неизбежным воплощение основанного на шариате мусульманского уголовного права в системно построенных, законодательных актах – уголовных кодексах с различными названиями. Для действующего мусульманского уголовного права Ирана одним из центральных является принцип «территория господства (исламских) юристов» – «веляят-е-факих» – специальный для всей правовой системы Ирана, который является религиозно-идеологической базой вывода о том, что все законы, решения государства и управление страной должны основываться на шариате и

¹³Елаян Г. Ф. Указ. раб.С-13.

¹⁴Кашенко С. Указ. раб. С. 45.

должны создаваться и осуществляться лидером страны, который является религиозным ученым-юристом, и управляет страной, определяя пути и направления ее развития, формируя законодательную, исполнительную и судебную власти.¹⁵ Подчеркивается, что правовая парадигма и уголовное право в целом были базированы на этой основе. Доктрина уголовного права Ирана всецело находится под воздействием религиозной доктрины – шариата. Шариат, как основа уголовного права Ирана, включает в себя не только нормы права, но и нормы поведения, различные правила, которые в совокупности представляет собой что-то вроде путеводителя. Со стороны шариата, прежде всего, это свод норм, которые содержат нормы проступка и поощрение (здесь имеется в виду и награда, и наказание). Этот же смысл и вкладывается в часто встречающееся выражение «законы шариата».

В тоже время в законодательных актах ряда мусульманских стран в последней четверти XX века имело место возрождение норм мусульманского права и включение их в нормативно-правовые акты.

Начался этот процесс в Ливии в 1971г., когда здесь было принято решение об исламизации правовой системы. В результате в значительной мере были восстановлены шариатские наказания.

Аналогичный процесс еще более интенсивно развернулся в Пакистане. Здесь в 1979г., был принят закон, который возродил шариатские нормы уголовной ответственности за употребление спиртных напитков, прелюбодеяние, воровство, разбой и недоказанное обвинение в прелюбодеянии.

Процесс исламизации права активно развернулся и в Судане. В этой стране в 1983г., начал действовать новый УК, который восстановил такие наказания как распятие, забивание камнями, отрубание рук и ног, внесение выкупа за кровь и т.д. А УПК 1983г., ввел шариатские процедуры доказательства преступления и порядка вынесения приговора. После этого в Судане прекратилась продажа спиртных напитков. УК Судана - явление весьма сложное и своеобразное. Ни одна из развивающихся, в том числе арабских стран, не имеет столь богатый законодательный опыт как Судан. Заменяя друг друга там издавалось пять УК. Два кодекса (УК 1899 и 1925 гг.) были введены в период британского колониального господства. Тогда стране была навязана английская модель уголовно-правовой системы с ее непоследовательностью и казуистичностью, характерными для общего или прецедентного права.

Три УК (УК 1974, 1983 и 1991гг.) были приняты уже в условиях независимости. Причем, если иметь в виду этот второй период истории Судана, то следует отметить, что именно тогда происходила замена уголовного законодательства одного типа (англосаксонского) другим - шариатским или мусульманским. УК 1983г. был как бы переходным: не

¹⁵ Илхомович А. Ф. Уголовное право Исламской Республики Иран: становление и основные институты и тенденции развития: автореф. дисс. М.2010.С-4.

ломающая структуры УК 1974г., даже не изменяя диспозиции норм и нумерации статей он ввел шариатские наказания, которые на том фоне выглядели инородным телом, чем то искусственным. Особое внимание уделяется действующему УК 1991г., который является, если так можно сказать, "чисто шариатским".

Уголовное законодательство Судана в своем развитии со времени его появления до настоящего времени проходит два этапа. Первый - берет начало в 1899 г., когда английские колониальные власти ввели в действие первый на африканском континенте уголовный кодекс, в основу которого был положен действующий до настоящего времени УК Индии 1860 г. Затем был издан УК 1925 г., который в отличие от предыдущего действовал на территории всей страны. Уже в условиях независимости был принят новый УК 1974 г. – появление, которого важный, прогрессивный шаг в истории развития уголовного законодательства Судана.

Второй этап начинается с принятия УК 1983г., в котором получили закрепление идеи по исламизации законодательства - в отношении наказаний за совершенные преступления. Произошло значительное усиление уголовной репрессии. В 1991 г. был издан новый уголовный кодекс, который полностью базируется на положениях шариата и который действует до настоящего времени.¹⁶ Система и виды наказаний, существовавшие в Судане на первом этапе развития уголовного законодательства были существенно изменены УК 1983 г.

Наказания классифицировались по чисто рациональным основаниям, на втором этапе они подразделяются на общепризнанные в мусульманском праве категории: худуд, кисас и дийа и тазир. Основанием для такого деления служит степень определенности наказания и характер нарушенных прав и интересов. УК 1991 г., ввел традиционное положение мусульманского права об ответственности за прелюбодеяние - забрасывание камнями до смерти прелюбодецов - мусульман, состоявших в браке. Но это положение применяется не только в отношении мусульманам, и граждан других религий в случае совершения ими прелюбодеяния в северных районах страны. Смертная казнь с распятием предусматривается в отношении разбойника, если при разбойном нападении он убил потерпевшего и завладел его имуществом.

Восстановление некоторых шариатских норм уголовного процесса и наказания в законодательстве мусульманских стран привело к резкому сокращению в них преступности, особенно уголовной. Так, в Саудовской Аравии ее почти нет.

К началу XX в., лишь в странах Аравийского полуострова и Персидского залива мусульманское уголовное право сохранило свои позиции, и действовала универсально в своем традиционном виде.

¹⁶Амин Омар Ахмед. Развитие уголовного законодательства Судана: основные институты общей части: автореф. дисс. М.,1999.С-5.

Остальные страны к середине XX в. отказались от фикха, как основной правовой формы, и, например, правовые системы наиболее развитых арабских стран с некоторыми отступлениями стали строиться по двум основным образцам: романо-германскому – Египет, Сирия, Ливан, Иордания, страны Магриба и англосаксонскому – Ирак, Палестина.

В настоящее время ни в одной из рассматриваемых стран мусульманское уголовное право не является единственным действующим правом. Но в то же время ни в одной мусульманской стране оно не потеряло полностью своих позиций в качестве системы действующих правовых норм. Исключение составляет лишь Турция, где в 20-е годы, мусульманское право во всех отраслях (в том числе и сфере регулирования уголовно-правовых отношений) были заменены законодательством буржуазного типа, составленным на основе заимствования западноевропейских моделей.

Анализ уголовного права мусульманских стран позволяет сделать вывод о том, что в чистом виде мусульманское уголовное право до последнего времени не использовалось ни в одной из стран Африки, Южной и Юго-восточной Азии, а также в большинстве арабских стран. Последовательный анализ различных видов источников уголовного права позволяет сделать вывод о том, что мусульманское уголовное право в чистом виде незначительно.

Литература:

1. Елаян Г. Ф. Основы мусульманского уголовного права. Махачкала. 2002 .
2. Бартольд В.В. Работы по истории ислама и Арабского халифата. Соч. Т. VI. М., 1966.
3. Беляев Е.А. Мусульманское сектанство. М.: Изд.-во Вост. лит., 1957.
4. Пиотровский М.Б. Южная Аравия в раннее средневековье. М., 1985.
5. Степанянц М.Т. Мусульманские концепции в философии и политике. XIX – XX вв. М.: Наука, 1982.

Назаров А. К.

Аннотация

Действие уголовно-правовых норм шариата в странах Ближнего Востока

Анализ уголовного права мусульманских стран позволяет сделать вывод о том, что в чистом виде мусульманское уголовное право до последнего времени не использовалось ни в одной из стран Африки, Южной и Юго-восточной Азии, а также в большинстве арабских стран. Последовательный анализ различных видов источников уголовного права позволяет сделать вывод о том, что мусульманское уголовное право в чистом виде не существует.

The summary **The use of the criminal law of Sharia in Muslim countries**

Taking the scope of the criminal law of Sharia and its degree of influence on the current legislation, we propose the following classification of modern legal systems of the countries of the East.

The first group is the legal system of Saudi Arabia and Iran, where the Muslim criminal law continues to apply as broadly as possible.

In a separate group can be allocated a number of criminal law in the Persian Gulf, Kuwait, Malaysia. The legal systems of this group of countries also have a marked influence of Islamic law, although not as deep as in the previous two.

Another, the most numerous group consists of the legal systems of most Arab countries (Egypt, Syria, Iraq, Lebanon, Morocco, Jordan, Algeria).

Шоев Ф.М.*

Правовое положение дабиров в учении Мухаммада Газали

Ключевые слова: Мухаммад Газали, правовое положение дабиров, придворный аппарат средневековых государств, государственное управление, государственный секретарь, делопроизводитель.

Key words: Muhammad Ghazali, the legal status of dabirs, the court machine of medieval states, state authority, secretary of state, clergyman.

Правовому положению дабиров Мухаммад Газали посвятил третью главу трактата «Насихат-ул-мулук» («Наставление правителям») под названием «Об упоминании дабиров и их мастерстве» («Рассказ о писцах и образованных людях»)¹.

В придворном аппарате средневековых государств дабир служил в качестве государственного секретаря, делопроизводителя. Без этой должности государство и государственное управление вряд ли могло существовать. Из истории государственного управления известно, что дабирь занимали в государственном аппарате видное место, и это было вполне заслуженно. Свидетельством тому – долгая традиция их существования в чиновничьем аппарате восточных государств. Например, в империи Ахеменидов должность дабира являлась одной из важнейших в

*Старший преподаватель кафедры права человека и сравнительного права юридического факультета Таджикского национального университета.

¹Имам Абухамид Мухаммад Газали. «Насихат-ул-мулук» (на тадж. яз.). – Душанбе: Ирфон, 1993. – С. 91-95; Абу Хамид аль-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения / Пер. с араб., перс. – М.: Ансар, 2005. – С. 106-109; Шоев Ф.М. Правовое положение дабиров в учении Мухаммада Газали (на тадж. яз.) // Сб. науч. тр. молодых ученых юридического факультета ТГНУ. – Душанбе: Эчод, 2007. Вып. № 1. – 49-53.

государстве.² В современном государственном управлении она также сохраняется, конечно, видоизменившись в соответствии с развитием государственного аппарата в целом. Мухаммад Газали в своём учении говорит, что ничто не выше, чем перо и что все дела государственного управления осуществляются с его помощью. Здесь он приводит слова Всевышнего: «Клянусь пером и тем, что они пишут!».³ Или в другом месте: Всевышний говорит: «Читай, и Господь твой Щедрейший, Который научил каламом».⁴ В хадисах Пророка Мухаммада также неоднократно упоминается о пере и о том, что им всё пишется.⁵ Как видим, Мухаммад Газали при обосновании правового положения дабиров использовал суры и аяты Корана, хадисы Пророка Мухаммада, что было обычным для всех мыслителей средневекового Востока. Конечно, он обращался и к учениям других ученых, касающимся деятельности дабиров, а также к высказываниям великих людей – поэтов, медиков, правителей, полководцев. Приведем некоторые из них, особенно яркие и запоминающиеся: «Перо – ювелир слова»; «Сердце – рудник, разум – жемчуг, перо – ювелир, почерк – ювелирное мастерство» (поэт Ибн ал-Муътазз); «Перо – лекарь слова» (древнегреческий медик Джалинус); «Перо – большой талисман» (государственный деятель древнего Рима Блинос); «Мир находится под двумя вещами: одна – меч, другая – перо, и меч находится под пером» (Александр Македонский).⁶ Мухаммад Газали, глубоко изучив взгляды, советы, наставления и поучения мудрых людей, создал свое государственно-правовое учение о правовом положении дабиров. Мыслитель считает, что перо является основой искусства обучения⁷, и что даже существование мира находится под властью меча и пера, они властны над всеми. По мнению Мухаммада Газали, дабиры, кроме письма, должны знать десять следующих вещей, чтобы быть в услужении у правителей и благородных, а именно: 1) знать, далеко или близко находится вода к поверхности земли и обладать знанием проведения каналов; 2) знать о прибавлении и уменьшении дня и ночи летом и зимой, о поведении луны и звёзд, об исходе и будущем; 3) знать арифметику, геометрию, способы составления календаря; 4) разбираться в сезонах и том, что нужно знать земледельцам; 5) знать методы врачевания и средства лечения, а также обладать знаниями о южных и северных ветрах; 6) знать поэзию и рифмы; 7) быть ещё добродушным и приятным; 8) должен знать способы изготовления и заточки пера, как пользоваться им, изложить с помощью него все, что в сердце; 9) оберегать себя от злонамеренного использования пера; 10) дабир

²Халиков А.Г. История государства и права Таджикистана (с древних времен до конца XIX века). Ч. 1 (на тадж. яз.). – Душанбе: Матбуот, 2002. – С. 47-48.

³Коран / Перевод смыслов и комментарии И.В. Пороховой. Сура 68. Аль Калям, аят 1. – М.: Аль-Фуркан, 2004. – С. 606; Имам Абухамид Мухаммад Газали. «Насихат-ул-мулук». – С. 91. (на тадж. яз.).

⁴Коран. Перевод смыслов и комментарии И.В. Пороховой. Сура 96. Аль Аляк, аят 3-5. – С. 653-654; Абу Хамид аль-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения. – С. 106.

⁵Имам Абухамид Мухаммад Газали. «Насихат-ул-мулук». – С. 91. (на тадж. яз.).

⁶Там же. – С. 92.

⁷Там же.

должен знать, каким почерком пишется та или иная буква. Писать же надо четко и ясно и чтобы каждая буква занимала свое место в слове.⁸

Газали приводит такой рассказ о дабирах и их мастерстве: «У повелителя правоверных Умара был дабир. Он написал письмо для Умара, да благословит его Аллах, в котором в одном из слов была упущена буква «с». Повелитель правоверных Умар прочитал письмо и сказал дабиру, чтобы он сперва написал без ошибки слова «Бисмиллах» (во имя Аллаха), а потом уже приступил к своим делам».⁹ Остановимся кратко на некоторых требованиях, предъявляемых к дабиру, претендующему на должность. Так, дабир должен был обладать искусством заточки пера, что способствовало тому, чтобы его письмо было красивым и разборчивым.¹⁰ Мыслитель подробно и с большим интересом описывает, каким должно быть перо, как следует его затачивать, чтобы почерк был средним, тонким и прямым. Мухаммад Газали передает слова Абдуллы ибн Джабала, который был хорошим дабиром: «При себе держите перо бахрийя (т.е. изготовленное из тростника, растущего в устье Нила), и если пера бахрийя не имеется, то держите при себе бронзовые перья и срежьте неровности сочленений тростника, из которых изготовлены каламы, чтобы не усложнять дела».¹¹ Как видим, мыслитель не обходит вниманием все правила, тонкости и обычаи профессии писмоводителя, писца, т.е. дабира.

Подробно описывает мыслитель и реквизиты официальных писем, которым он придает очень большое значение. По мнению Мухаммада Газали, дабир не должен отправлять письмо без печати,¹² которая является свидетельством его правильности и надёжности, выражает его юридическое признание. Письмо с печатью имеет юридическое последствие. Мыслитель пишет, что по этому поводу в Священном Коране говорится следующее: «Брошено мне письмо почтенное».¹³ Абдалла ибн Аббас, толкуя этот аят, сказал следующее: «это «почтенное» значит запечатанное».¹⁴ Однажды пророк Мухаммад, да благословит его Аллах и приветствует, приказал написать послание персам. При этом он сказал, что они не прочитают ни одного письма без печати. Поэтому он запечатал его своим благословенным перстнем, на камне которого было написано три слова: «Мухаммад – посланник Аллаха».¹⁵ Таким образом, печать в письме является основанием доверия к лицу, от имени которого оно отправлено. Сейчас в дополнение к печати в письмах, посланиях, указах глав государств и других актах государственных должностных лиц ставится подпись.

⁸Имам Абухамид Мухаммад Газали. «Насихат-ул-мулук». – С. 92-93. (на тадж. яз.).

⁹Там же. – С. 93.

¹⁰Там же.

¹¹Там же. – С. 94.

¹² Имам Абухамид Мухаммад Газали. «Насихат-ул-мулук». – С. 94. (на тадж. яз.).

¹³Коран / Перевод смыслов и комментарии И.В. Пороховой. Сура 27. Аннамль, аят 29. – С. 409; Абу Хамид аль-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения. – С. 109.

¹⁴Абу Хамид аль-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения. – С. 109.

¹⁵Имам Абухамид Мухаммад Газали. «Насихат-ул-мулук». – С. 94. (на тадж. яз.).

Интересно следующее известие, приводимое Мухаммадом Газали: «Сахр ибн Умар передал, что пророк Мухаммад, да благословит его Аллах и приветствует, написав послание Негусу, императору Эфиопии, кинул его на землю, а потом отослал его, и неудивительно, что тот признал истинность ислама. А когда он написал письмо Хосрову Ануширвану, то не кинул его на землю, и неудивительно, что тот не принял ислам».¹⁶ И сказал пророк Мухаммад, да благословит его Аллах и приветствует: «Покрывайте пылью свои послания, потому что это успешнее для ваших дел» и «Покрывайте пылью свои письма, потому что земля благословенна»¹⁷. Мы думаем, что этими словами мыслитель хотел сказать, что написание и отправление послания и письма имеет свои условия, которые должны соблюдать и дабири, и главы государств.

Дабир пишет послание от имени правителя, и поэтому он должен еще раз прочитать его до того, как свернуть, и если в нем есть ошибка, исправить ее.¹⁸ Газали пишет и еще об одном свойстве дабира – его сдержанности. Выражается она в следующем: для изложения глубокого смысла нужно использовать как можно меньше слов, не повторять часто одно и то же слово, остерегаться использования трудных выражений и др.¹⁹

В конце главы о дабирах и их мастерстве мыслитель пишет: «Можно еще долго приводить соответствующие высказывания, но мы ограничимся этим, чтобы книга не была слишком длинной. Ведь говорят: «Самая лучшая речь – та, что была короткой, великой, меткой и не утомляла».²⁰ Этим он учит должностных лиц быть краткими в разговоре, излагать свои мысли точно, не утомляя правителя и слушателя многословием. Изучение высказываний Мухаммада Газали о правовом положении дабиров дает нам основания к следующим выводам: дабир был государственным должностным лицом в государственном аппарате средневекового Востока, он исполнял функции секретаря в делопроизводстве государства. Для этого он должен был обладать определенными способностями, необходимыми для изложения фактов, в частности логикой, быть знатоком грамматики арабского и персидского языков, специалистом в изготовлении и использовании пера, разбираться в насущных проблемах жизни общества и государства. Газали считал, что это должностное лицо обязано было знать астрономию, арифметику, геометрию, географию, земледелие, поэзию и врачевание. При этом ему должно было быть присуще добродушие, не помешала бы ему и приятная внешность, а также он должен был избегать злонамеренного использования пера.

По нашему мнению, учение Мухаммада Газали о правовом положении дабиров не потеряло своей актуальности, по сей день. Многие его

¹⁶ Абу Хамид аль-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения. – С. 109.

¹⁷ Там же.

¹⁸ Абу Хамид аль-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения. – С. 109.

¹⁹ Там же.

²⁰ Там же.

рассуждения могут быть востребованы при формировании современного государственного аппарата, при выборе на должность лиц, имеющих связь с делопроизводством. Даже при использовании компьютерных технологий в этой сфере требования к делопроизводителям и секретарям, о которых писал Газали, с некоторой поправкой можно использовать и сейчас. Опыт прошлого всегда несет в себе позитивный заряд, учения же Мухаммада Газали увеличивает его многократно.

Литература:

1. Абу Хамид аль-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения / Пер. с араб., перс. – М.: Ансар, 2005.
2. Имам Абухамид Мухаммад Газали. «Насихат-ул-мулук» (на тадж. яз.). – Душанбе: Ирфон, 1993.
3. Коран. Перевод смыслов и комментарии И.В. Пороховой. – М.: Аль-Фуркан, 2004.
4. Халиков А.Г. История государства и права Таджикистана (с древних времен до конца XIX века). Ч. 1. (на тадж. яз.).– Душанбе: Матбуот, 2002.

Шоев Ф.М.

Аннотация

Правовое положение дабиров в учении Мухаммада Газали

Правовому положению дабиров Мухаммад Газали посвятил третью главу трактата «Наставление правителям» под названием «Об упоминании дабиров и их мастерстве» («Рассказ о писцах и образованных людях»). В придворном аппарате средневековых государств дабир служил в качестве государственного секретаря, делопроизводителя. Без этой должности государство и государственное управление вряд ли могло существовать.

Shoev F.M.

The summary

The legal status of the dabirs in the teachings of Muhammad Ghazali

For legal status of dabirs Muhammad Ghazali has devoted the third chapter of the treatise «Manual for rulers» entitled «On the mention of dabirs and mastership» («The story of the scribes and educated people»). In the courtly medieval apparatus dahir served as secretary of state, clerk. Without this post, the state and public administration could hardly exist.

II. Вопросы развития конституционного права

Диноршоев А.М.*

Понятие и признаки принципа светскости и светского государства и их отражение в законодательстве Республики Таджикистан

Ключевые слова: светское государство, принцип светскости, Конституция, законодательство, религиозные организации, религия

Key words: a secular state, the principle of secularism, the Constitution, the law, religious organizations, religion

В современном мире все большее значение приобретает религиозный вопрос и в связи с этим – отношение религии с государством. Исходя из этого, все чаще возникает потребность в правовом регулировании данного рода взаимоотношений. Правовые нормы служат регуляторами не только деятельности религиозных организаций как юридических лиц, но и выступают в качестве основы для развития государственно-религиозных отношений, обеспечения свободы совести и вероисповедания граждан, формирования культурных и национальных ценностей и т.д.

Важное место в правовом регулировании государственно-религиозных отношений отводится Конституции. В нем определяется основной вектор развития данных отношений.

В Конституции Республики Таджикистан (РТ) регулированию данного вопроса уделяется особое внимание. Так, в соответствии со ст. 1 Конституции - РТ является светским государством. Далее в ст. 8 Конституции говорится о том, что, «в Таджикистане общественная жизнь развивается на основе политического и идеологического плюрализма. Идеология ни одной партии, общественного и религиозного объединения, движения или группы не может быть признана как государственная. Общественные объединения и политические партии создаются и действуют в рамках Конституции и законов. Религиозные организации отделены от государства и не могут вмешиваться в государственные дела. Создание и деятельность общественных объединений и политических партий, пропагандирующих расовую, национальную, социальную и религиозную вражду или призывающих к насильственному свержению конституционного строя и организации вооруженных групп, запрещаются». Ст. 26 Конституции также закрепляет положение в соответствии с которым, каждый имеет право самостоятельно определять свое отношение к религии, отдельно или совместно с другими исповедовать любую религию или не исповедовать никакой, участвовать в отправлении религиозных культов ритуалов и

*Заведующий кафедрой конституционного права юридического факультета Таджикского национального университета, к.ю.н., доцент

обрядов. Ст. 17 Конституции устанавливает равенство граждан и гарантирует права и свободы вне зависимости от его национальности, расы, пола, языка, политических убеждений, образования, социального и имущественного положения и вероисповедания.

Как видно из приведенных положений Конституции вопросы регулирования государственно-религиозных отношений достаточно подробно отражены в Конституции РТ.

В этом контексте возникает ряд вопросов – что входит в содержание понятия принципа светскости государства? Что такое светское государство? Какими признаками должно обладать светское государство?

В юридической литературе по этим вопросам существуют различные точки зрения. На основании их анализа мы попытаемся кратко дать ответы на поставленные вопросы.

Важное место в данном вопросе отводится закреплению принципа светскости государства, закреплённому в Конституции РТ.

Как отмечает С. Н. Макаренко, согласно принципу светскости запрещается устанавливать, или навязывать населению какие-либо религиозные вероучения в качестве официальной государственной религии. Государство не должно вмешиваться в деятельность религиозных объединений и не может поручать им выполнение каких-либо государственных функций. Также это означает, что деятельность органов государственной власти не должна основываться на предписаниях какой-либо религии.¹ Далее он указывает, что понятие «светскость» означает отношение государства ко всем религиям на равных основаниях, а также нейтральное, не заинтересованное отношение как атеистическому, так и религиозному мировоззрению. Взаимоотношение государства и церкви должно строиться, как отношения двух независимых друг от друга институтов на основе отделения религиозных объединений от публичной власти и их подчинении существующим в государстве законам.²

В свою очередь А.В. Останин отмечает, что ценность принципа светскости государства состоит в создании сохранении баланса интересов, как верующих, так и не верующих, способного обеспечить независимость и не вмешательство в сферу своей компетенции религиозных объединений и государства.³

И. В. Понкин, утверждает, что светскость является «характеристическим свойством, отражающим или закрепляющим социальную и формальную независимость легитимности государства от религиозных или идеологических источников, недопустимость противопоставления абсолютному суверенитету государственного порядка

¹Макаренко С. Н. Проблемы реализации принципа светского государства в Российской Федерации // Известия Южного федерального университета. Технические науки. № 9-2 / том 64 /2006. С. 42-43

² Там же.

³ Останин А.В. Светское государство и демократия // Вестник Томского государственного университета. 2009. № 325. С. 104.

никакого предшествующего или высшего порядка, отсутствие общеобязательной религии или идеологии, независимость государства и государственно-правовых отношений от санкционирования или давления религии или идеологии от подчинения государственной деятельности религиозным объединениям, деятельность которых направлена на распространение идеологии, от их вмешательства в совокупность урегулированных правом политических, публично-властных отношений устройство и деятельность органов государственной власти, иных государственных органов и учреждений, а также правовых и общественно-политических институтов».⁴

Как показывают приведенные точки зрения, принцип светскости государства является одним из базовых принципов построения государства и функционирования органов государственной власти. Главным его предназначением является отделение двух важнейших институтов – религии в лице религиозных образований и власти в лице органов государственной власти. Эти два института должны функционировать обособленно друг от друга, не влиять и не вмешиваться в деятельность друг друга. При этом следует особо подчеркнуть, что признание принципа светскости не означает отрицание в государстве религии. Оно лишь указывает на невозможность вмешательства в дела государства со стороны религиозных организаций. В свою очередь, государство выступает гарантом обеспечения реализации религиозных взглядов граждан своей страны, которое обеспечивается посредством осуществления свободы вероисповедания. При этом, принцип светскости должен четко прописан в Конституции и в действующем законодательстве страны.

Говоря о закреплении данного принципа в РТ, следует отметить, что он достаточно подробно прописан в ст. 8 Конституции РТ, которые было приведено выше. Дальнейшая его регламентация в законодательстве РТ осуществлено в Законе «О свободе совести и религиозных объединениях» от 26.03.2009г. В ст. 5 данного закона определяется взаимоотношение государства и религиозных объединений, которое раскрывает суть принципа светскости государства. В соответствии с положениями данной статьи ни одна религиозная идеология не признается в качестве государственной и общеобязательной. Религиозные объединения отделены от государства, и государство:

- не вмешивается в определение человеком и гражданином своего отношения к религии и религиозной принадлежности;
- не возлагает на религиозные объединения выполнение функций органов государственной власти, других государственных органов, государственных учреждений и органов местного самоуправления;

⁴Понкин И.В. Современное светское государство. Конституционно-правовое исследование. М., 2005.; Он же. Правовые основы светскости государства и образования. М.: Про-Пресс, 2003.

- не вмешивается в деятельность религиозных объединений, за исключением случаев, предусмотренных законами;
- обеспечивает светский характер образования в государственных образовательных учреждениях;
- способствует установлению отношений терпимости и уважения между верующими и неверующими гражданами, между религиозными объединениями различных религий и конфессий, равно как и между их последователями, не допускает проявлений религиозного фанатизма и экстремизма в деятельности религиозных объединений.

В свою очередь, в соответствии с принципом отделения религиозных объединений от государства религиозное объединение:

- осуществляет свою деятельность в пределах порядка собственной внутренней культовой и некультовой системы, не противоречащей законодательству РТ, выбирает, назначает и заменяет свой персонал согласно своим собственным установлениям;
- не выполняет функции органов государственной власти, других государственных органов, государственных учреждений и органов местного самоуправления и не вмешивается в их деятельность;
- не участвует в выборах в органы государственной власти и в органы местного самоуправления;
- не участвует в деятельности политических партий и политических движений, не оказывает им материальную и иную помощь.

Таким образом, принцип светскости государства достаточно подробно отражен в законодательстве РТ. Он предполагает, что решение государственных вопросов, осуществление функций государственных органов и их должностных лиц, происходит на основе светских законов и светского мировоззрения.

Кроме того, принцип светскости отражает определенный тип взаимоотношений между государством и религиозными объединениями, определяет место и роль религиозных объединений в государстве.⁵

Закреплению в Основном законе государства того или иного формата отношений с религиозными объединениями предшествует формирование, становление, развитие политической и культурной традиции. Другими словами, перед тем, как установить отношения между государством и религиозными объединениями, законодатель анализирует исторические предпосылки, культурные особенности, укоренившиеся традиции и обычаи общества, решившего принять Конституцию.⁶

Из принципа светскости государства вытекает понятие светского государства. Данные понятия близки друг к другу, однако не идентичны.

Ученые дают различные определения светского государства. Так, П.Н. Дозорцев, отмечает, что, прежде всего, светское государство – это

⁵ Губин М. Ю. Становление и развитие идеи светского государства в России: конституционно-правовой аспект. Дисс. на соис. уч. ст. канд. юр. наук. М. 2014 С.3

⁶ Там же.

государство нецерковное, противоположное государству теократическому, в котором власть светская (мирская, гражданская) находится у главы церкви.⁷

В.А. Туманов: определяет светское государство – как государство, где последовательно проведено отделение церкви от государства, не существует какой-либо государственной или обязательной религии, признается свобода религии и атеизма, религиозных и антирелигиозных взглядов».⁸

С. А. Авакьян указывает, что светским государством является такое государство, которое официально дистанцирует себя от религиозных объединений.⁹

М. В. Баглай определяет «светское государство» как отделение государства и религиозных объединений друг от друга, то есть взаимно невмешивание в дела друг друга.¹⁰

А. Ф. Мещерякова, дает следующее определение: «светское государство – это такой способ организации публичной (политической) власти, при котором государство и церковь отделены и в то же время взаимодействуют друг с другом, отсутствует государственная или официальная религия, обеспечиваются равенство религиозных объединений, свобода совести и равноправие граждан независимо от отношения к религии в целях достижения баланса интересов личности, государства и религиозных образований в различных сферах жизни общества».¹¹

По мнению А.Д. Сухова, «светское государство – это государство, свободное от какого-либо влияния религии, её догматики и обрядности, различных религиозных организаций и их представителей на устройство и деятельность его политических и правовых институтов, на систему государственного образования и другие сферы государственной жизни».¹²

Как видно из приведенных точек зрения светское государство трактуется в узком (отделение государства от религии) и в широком смысле (отсутствие государственной религии, свобода совести и вероисповедания, регулирование деятельности религиозных объединений и т.д.).

Будучи в целом согласны с указанными точками зрения относительно понятия светского государства, все же считаем, что они не в полной мере раскрывают его содержание. При рассмотрении понятия светского государства большинство авторов указывают на отделении государства от религиозной идеологии. При этом, авторы не указывают на отделение иной, не религиозной идеологии от государства. Если подходить к понятию светского государства с данной позиции, то например СССР можно считать светским государством, что на самом деле не так. Светское государство это

⁷ Дозорцев П.Н. Развитие светской государственности в России: история и современность. СПб.: Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998. С.125.

⁸ Конституция РФ: Энциклопедический словарь/ Под ред. В.А. Туманова. М., 1997. С.73.

⁹ Авакьян С.А. Конституционное право России. В 2-х томах. Т.1. С.404.

¹⁰ Баглай М.В. Конституционное право РФ. М., 2007. С.139.

¹¹ Мещерякова А.Ф. Светское государство в современной России: конституционно-правовой анализ. Дисс. ... канд. юрид. наук. Пенза. 2009.

¹² Сухов А.Д. Религия как общественный феномен. М., 1973.

такое государство, в котором государство отделено от любой идеологии – религиозной, политической и т.д. Об этом свидетельствуют и положения Конституции РФ – идеология ни одной партии, общественного и религиозного объединения, движения или группы не может быть признана как государственная.

Исходя из этого мы можем определить светское государство как государство в котором отсутствует какая-либо религиозная и политическая идеология и государственная религия, признается и обеспечивается свобода совести и вероисповедания, а взаимоотношения государства и религиозных объединений строятся на невмешательстве в дела друг друга, и соблюдении принципа светскости в реализации государством его функций и полномочий.

Определившись с понятием светского государства, более подробно остановимся на его признаках. Как отмечает П.Н. Дозорцев: «Современное светское государство может обладать определенным набором признаков. Их состав не поддается какому-либо стандарту и зависит от многих факторов и обстоятельств. Для каждого конкретного государства, декларирующего себя как светское, присущ свой, во многом уникальный набор этих признаков».¹³

Среди существенных признаков светского государства в научной литературе можно выделить следующие:¹⁴

- 1) отделение от государства религиозных объединений и объединений, деятельность которых направлена на распространение идеологии;¹⁵
- 2) правовое равенство религиозных объединений;¹⁶
- 3) недопустимость установления общеобязательной религии или идеологии.¹⁷

В. Н. Линкин дает такие признаки светского государства:

- светскость государственной службы;
- светский характер государственного образования (недопустимость существования предметов религиозной направленности в средних и высших учебных заведениях, их включение только в программы изучения истории);
- отсутствие религиозной пропаганды в действиях высших государственных лиц;
- отсутствие экономических преференций для религиозных организаций;

¹³ Дозорцев П.Н. Развитие светской государственности в России: история и современность. СПб.1998. С. 138

¹⁴ Останин А.В. Светское государство и демократия // Вестник Томского государственного университета. № 325. 2009. С. 104 – 105.

¹⁵ Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. 3-е изд. М.: Юристъ, 2003; Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. 3-е изд., изм. и доп. М.: Норма, 2002.; Каневский К.Г. Правовое регулирование государственно-конфессиональных отношений в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

¹⁶ Габричидзе Б.Н., Елисеев Б.П., Чернявский А.Г. Конституционное право современной России. М.: Дело и Сервис, 2001. Юридическая энциклопедия / Отв. ред. акад. Б.Н. Топорнин. М.: Юристъ, 2001.

¹⁷ Смоленский М.Б. Конституционное (государственное) право России. Ростов н/Д: Феникс, 2002.; Казанчев Ю.Д. Конституционное право Российской Федерации. Вопросы и ответы: Учеб. пособие. М.: Юрлитинформ, 2001; Конституция РФ: Энциклопедический словарь / Под ред. В.А. Туманова. М., 1997.

- недопустимость создания и функционирования специальных государственных органов по вопросам какого-либо мировоззрения (в том числе, религии).¹⁸

М.Ю. Губин в свою очередь дает исчерпывающий набор признаков, которые отражают суть светского государства:

- Отсутствие общеобязательной религии;
- Религиозные объединения не выполняют функции государственных органов;
- Нормативно-правовые акты государства не содержат ссылок на религиозные нормы и/или предписания;
- Деятельность органов государственной власти и органов местного самоуправления не сопровождается публичными религиозными обрядами и церемониями;
- Равенство религиозных объединений;
- Светский характер образования в государственных учреждениях;
- Светский характер военной и гражданской службы;
- Возможность получения религиозными объединениями государственной финансовой поддержки для решения социальных задач;

Также он отмечает, что в РФ существуют и дополнительные признаки светского государства, к которым он относит:

- Наличие государственного органа, осуществляющего контроль и надзор за деятельностью религиозных объединений;
- Существование в государстве церковных судов;
- Религиозные объединения не могут создавать политическую партию и/или участвовать в политике;
- Наличие в государстве религиозных праздников.¹⁹

Исходя из указанных точек зрения и в результате анализа законодательства РФ, мы можем дать следующие признаки светского государства:

- Не признание, какой либо религиозной и политической идеологии в качестве государственной;
- Отсутствие религиозной пропаганды в действиях высших государственных лиц;
- Религиозные объединения не выполняют функции государственных органов;
- Законодательство РФ не содержит ссылок на религиозные нормы или предписания;
- Деятельность органов государственной власти не сопровождается публичными религиозными обрядами и церемониями;
- Светскость государственной службы;
- Светский характер образования в государственных учреждениях;

¹⁸ Линкин В.Н. Принцип светского государства: философско-правовой анализ понятия. <http://www.journal-nio.com/>

¹⁹ Губин М. Ю. Становление и развитие идеи светского государства в России: конституционно-правовой аспект. Дисс. на соиск. уч. ст. канд. юр. наук. М.2014. С. 143-145.

- Допустимость включения предметов религиозной направленности в учебных заведениях, а также получение отдельного религиозного образования;
- Равенство религиозных объединений;
- Возможность осуществления хозяйственной деятельности религиозными объединениями;
- Наличие государственного органа, осуществляющего контроль и надзор за деятельностью религиозных объединений;
- Государственная регистрация религиозных объединений;
- Наличие в государстве религиозных праздников.

Подводя итог, хотелось бы отметить, что закрепление в Конституции РФ светского характера государства отражает новую форму выстраивания отношений между государством и религиозными объединениями. Это выражается в закреплении на законодательном уровне различных аспектов светскости, ранее не урегулированными правовыми средствами. Тем самым, происходит конкретизация и детализация юридического содержания данного конституционного принципа.

Литература:

1. Макаренко С.Н. Проблемы реализации принципа светского государства в Российской Федерации // Известия Южного федерального университета. Технические науки. № 9-2 / том 64 / 2006.
2. Останин А.В. Светское государство и демократия // Вестник Томского государственного университета. № 325. 2009.
3. Понкин И.В. Современное светское государство. Конституционно-правовое исследование. М., 2005.
4. Понкин И.В. Правовые основы светскости государства и образования. М.: Про-Пресс, 2003.
5. Губин М. Ю. Становление и развитие идеи светского государства в России: конституционно-правовой аспект. Дисс. на соис. уч. ст. канд. юр. наук. М. 2014.
6. Дозорцев П.Н. Развитие светской государственности в России: история и современность. СПб.: Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998.
7. Конституция Российской Федерации: Энциклопедический словарь // Под ред. В.А. Туманова. М., 1997.
8. Авакьян С.А. Конституционное право России. В 2-х томах. Т.1.
9. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2007.
10. Мещерякова А.Ф. Светское государство в современной России: конституционно-правовой анализ. Дисс. ... канд. юрид. наук, Пенза, 2009.
11. Сухов А.Д. Религия как общественный феномен. М., 1973.
12. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. 3-е изд. М.: Юристъ, 2003;

13. Каневский К. Г. Правовое регулирование государственно-конфессиональных отношений в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

14. Габричидзе Б.Н., Елисеев Б.П., Чернявский А.Г. Конституционное право современной России. М.: Дело и Сервис, 2001.

15. Юридическая энциклопедия // Отв. ред. акад. Б.Н. Топорнин. М.: Юрист, 2001.

16. Смоленский М.Б. Конституционное (государственное) право России. Ростов н/Д: Феникс, 2002.

17. Казанчев Ю.Д. Конституционное право Российской Федерации. Вопросы и ответы: Учеб. пособие. М.: Юрлитинформ, 2001.

18. Линкин В.Н. Принцип светского государства: философско-правовой анализ понятия. <http://www.journal-nio.com/>

Диноршоев А.М.

Аннотация

Понятие и признаки принципа светскости и светского государства и их отражение в законодательстве Республики Таджикистан

Статья посвящена правовому регулированию принципа светскости государства и ее аспектов в РТ. Автор также анализирует понятие светского государства и его признаков. Также в статье акцентируется внимание на вопросах взаимодействия государства и религиозных организаций, и анализируются законодательные подходы к решению этих вопросов.

Dinorshoev A.M.

The summary

Concept and characteristics of the principle of secularism and secular states and their reflection in the legislation of the Republic of Tajikistan

The article is devoted to legal regulation of the principle of the secular state and its aspects in the Republic of Tajikistan. The author also analyzes the concept of the secular state and its symptoms. The article also focuses on the issues of cooperation between the state and religious organizations, and analyzed the legislative approaches to address these issues.

Новый этап в развитии института гражданства в Республике Таджикистан

Ключевые слова: гражданство, Конституция, права человека, Президент

Key words: citizenship, the Constitution, human rights, the President

Проблемы правового регулирования вопросов гражданства в странах с республиканской формой правления вызывает большой интерес. Так как гражданство важнейший атрибут государства и граждане в совокупности составляют народ страны, выступают основным субъектом правоотношения. Народ в лице граждан республики является основным источником государственной власти и носителем суверенитета. Поэтому вопросы определения гражданства, круг лиц являющихся гражданином, взаимоотношения государства и гражданина, пределы их взаимных прав и обязательств и вообще их отношения, возникающие по поводу гражданства, являются предметом конституционно-правового регулирования.¹

По мнению проф. С. А. Авакьяна «Гражданство понятие, свойственное для государства с республиканской формой правления. Корреспондирующее гражданства понятие в государстве с монархической формой правления (где есть царь, император, король и т.д.) – подданство».²

Характер взаимоотношения государства и гражданина зависит от ряда обстоятельств, такие как форма правления государства, ее демократическая или антидемократическая сущность, от режима правления и т.д. В этой связи институт гражданства выступает не только правовым, но и важным политическим инструментом.³

Республика Таджикистан (РТ) с провозглашением своей государственной независимости, в качестве одной из важных проблем государственного строительства приступила к созданию юридических основ гражданства. Настоящая работа по существу началась ещё в период распада Советского Союза и провозглашения союзными республиками своей независимости. Так первый Закон РТ о подданстве (да, да именно о подданстве, а не гражданстве) был принят ещё 27.06.1991г., т. е. тогда когда Союз ССР формально продолжал существовать. Этот закон впервые провозгласил гражданство как неотъемлемый атрибут РТ и его права на прием в гражданство республики и выхода из нее. Вместе с тем, как первая

* Доцент кафедры конституционного права юридического факультета ТНУ, к.ю.н.

¹ Имомов А. Конституционное право Республики Таджикистан. Учебник. Третье издание. С доп. и изменен. – Душанбе. 2012. – С.146-170 (на тадж. языке).

² Конституционное право. Энциклопедический словарь. // Отв. ред. и руковод. автор. коллектива проф. С. А. Авакьян. М., 2001. – С. 171-172.

³ Права человека. Учебник. // Отв. редактор Е.А.Лукашева. – М., 1999. – С.105-131; Диноршоев А. Права человека. Учебник. Душанбе. 2010. -334 с.

практика, закон, составленный на таджикском языке имел некоторые недостатки. Это было видно уже из его названия, как «Қонун дар бораи табаияти Ҷумҳурии Тоҷикистон», т.е. Закон о подданстве РТ. Известно, что гражданство и подданство выражают различное правовое состояние человека. Гражданство – это устойчивая политико-правовая связь человека с государством, а подданство означает нахождение человека под данью монарха (шаха, султана, эмира, короля), что в юридическом смысле означает разные уровни статуса человека. И, что Таджикистан, будучи республикой, имеет свое гражданство, а не подданство. И, граждане между собой в юридическом смысле равноправны.

Независимо от этого закона действовал до принятия нового Конституционного закона (КЗ) «О гражданстве Республики Таджикистан» от 04.11.1995г., принятого в соответствии с Конституцией РТ 1994 г. и международно-правовыми актами, признанные Таджикистаном и определяющие правовой статус человека.⁴ В соответствии с ним гражданство РТ – устойчивая политико-правовая связь человека с РТ, включающая совокупность взаимных прав и обязанностей сторон. КЗ определил статус лиц с двойным гражданством и порядок приобретения двойного гражданства, условия сохранения гражданства РТ лицами, проживающими вне территории Таджикистана, нахождение граждан республики под защитой государства, недопустимость выдачи граждан РТ другому государству, сохранение гражданства при вступлении в брак с иностранцем, сокращения лица без гражданства, правовой статус лица без гражданства, о почетном гражданстве, условия применения международных договоров и другие положения.

За почти 19 лет его положения и нормы в основном отвечали потребностям правового регулирования различных аспектов института гражданства. Однако, со временем отдельные его положения стали нуждаться в новой трактовке. В этой связи Маджлиси Оли РТ 8.08.2015г., № 1208 принял новый КЗ «О гражданстве Республики Таджикистан», который вступил в действие после его официального опубликования.⁵

Новый КЗ, по структуре и содержанию несколько отличается от до сих пор действовавшего КЗ о гражданстве РТ, который состоял из небольшой вводной части, 9 глав и 54 статей. Теперь же новый КЗ состоит из небольшой преамбулы, 7 глав, последняя, которая называется заключительные положения и 44 статей. В новом КЗ, по иному регламентированы ряд норм и положений касающиеся общих положений гражданства, порядка приобретения и прекращения гражданства РТ, порядка определения гражданства детей при различии гражданства родителей и т.д. Безусловно, ряд норм закона имеют кодификационные свойства. Они в сравнении, со

⁴ Ахбор Маджлиси Оли РТ. 1995, № 21, ст.243.

⁵ «Народная газета» 12.08.2015г. № 32 (20002). // См. тадж. текст КЗ в газете «Джумхурият» 12.08.2015 г. № 162-163.

старым законом вносят ясность в понимании и в способы реализации отдельных положений и норм, уточняют механизмы их осуществления.

Статья первая нового КЗ содержит в числе основных понятий определения наиболее значимые категорий, связанных с гражданством. Так, впервые на уровне закона дано разъяснение понятия «вид на жительство» - под которым подразумевается «документ, удостоверяющий личность иностранного гражданина или лица без гражданства на территории РТ, подтверждающий получение им разрешения на постоянное проживание в Таджикистане». Появление настоящей дефиниции на таджикском языке, как «гувоҳномаи иқомат» является полезной инициативой в деле обогащения таджикской юридической терминологии и правовой мысли.

В ст.4 положение о принципах гражданства РТ является новой, потому что в старом КЗ специально принципы не были выделены, хотя в отдельных его статьях некоторые принципы гражданства имели место. Так, например, в ст. 1 было предусмотрено, что право на гражданство является естественным правом человека. Исходя из этого, в РТ никого нельзя лишить гражданства или права изменить гражданство. Эти нормы созвучны с принципом «право каждого лица на гражданство» - предусмотренное в новом законе.

Однако, на наш взгляд, формулировка настоящего принципа следует изложить несколько иначе. Дело в том, что речь идет не о «праве каждого лица», а гражданством может обладать только человек. А лица могут быть физическими и юридическими. Юридическому лицу не свойственно иметь статус гражданства, так как гражданство присуще только человеку, т.е. физическому лицу. В ст. 15 Всеобщей Декларации прав человека провозглашено, что «Каждый человек имеет право на гражданство». И, здесь слова «каждый человек» не случайное выражение, а имеет важное значение для определения субъекта права на гражданство. В других нормах нового КЗ не раз употребляется слова «лиц, лица» которые касаются физического лица, т.е. конкретного человека (гражданина РТ, иностранного гражданина, лица без гражданства), они адресованы человеку. А в отношении принципа «право каждого лица на гражданство» предусмотренное в ст. 4 надо сказать, что она имеет общее значение и нуждается в конкретизации.

В части 3 той же ст. 1 старого КЗ были указаны ещё два принципа: «равное гражданство» и «единое гражданство». А в новом КЗ предусмотрено только «равноправие граждан, несвязанное с основаниями приобретения гражданства», т. е. речь идет о равном гражданстве. Это означает недопущение какого-либо преимущества или ограничение прав граждан в связи с основаниями приобретения им гражданства РТ. Законодательство предусматривает ответственность за нарушение равноправия граждан в зависимости от названных обстоятельств.

Представляется, что в числе принципов гражданства, в новом КЗ следовало бы предусмотреть принцип «единое гражданство», которое имеет большое значение для определения статуса человека в РТ. Наличие единого гражданства это важный признак унитарного государства связанный с его

суверенитетом и территориальной целостности. Как раз, единое гражданство, один из важных атрибутов РТ, как централизованного государства. Закрепление принципа единого гражданства на уровне конституционного закона служить одним из правовых гарантий соблюдения унитарной формы государства.

Новый КЗ, подготовлен под влиянием норм международного права. Это касается и вопроса о статусе лица без гражданства. Согласно Конвенции о сокращении без гражданства, принятого в 1961г. и вступившее в силу 1973г. все подписавшие государства должны предоставить всем лицам родившиеся на его территории гражданство, в противном случае он может стать апатридом. Государства обязывают содействовать всем лицам, проживающим на его территории приобрести гражданство. В новом КЗ установлено, что РТ поддерживает приобретение лицами без гражданства гражданство РТ и не препятствует приобретению ими гражданства иного государства (ст. 6). Кроме этого в ряде норм закреплены те или иные специфические права лица без гражданства и их детей, проживающих в РТ. Так, в около 10 статьях нового КЗ говорится о правах лиц без гражданства и их детей. Кроме того, в числе принципов гражданства РТ, в КЗ перечислено «содействие предотвращению без гражданства».

В новом КЗ специально не выделена норма, посвященная одному из оснований приобретения гражданства РТ – «в порядке регистрации». Ст. 21 старого КЗ предусматривал шесть категории людей, имеющие право приема в гражданство РТ в порядке регистрации. В новом КЗ в отдельной статье настоящие категории людей не указаны. Однако, в нормах ряда статей они так или иначе имеют место. Так, например, нормы ст. 21 старого КЗ о приеме в гражданство РТ в порядке регистрации, в несколько иной редакции, закреплены в шестом абзаце первой части и в последний четыре абзаца второй части ст. 16 нового КЗ. При этом новый КЗ не применяет термин «в порядке регистрации». Принципиальное новшество заключается в том, что приобретение гражданства для категории людей указанных в соответствующих абзацах ст. 16 происходит на основе их ходатайства, без соблюдения требований ст. 15 об общих условиях приема в гражданство РТ, т. е. в упрощенном порядке.

Ст. 16 нового КЗ несколько сузил круг людей имеющих основания для приема в гражданство РТ в упрощенном порядке. В п. «а» старого КЗ предусматривалось в числе людей имеющих право на упрощенный прием в гражданство РТ «бывших граждан СССР», теперь такой порядок приема распространяется только на «ветеранов ВОВ, имеющих гражданство бывшего СССР и проживающих на территории РТ» (см. абзац 2 части 1 ст.16). Смысл настоящего разграничения круга людей имеющих право на прием в гражданство РТ в упрощенном порядке, понятно. Дело в том, что после распада СССР уже прошло 24 года, бывшие советские граждане в основном уже определились с выбором своего гражданства, поэтому настоящий вопрос теперь не столь уж актуальный.

Новый КЗ не содержит одно из оснований прекращения гражданства РТ «вследствие лишения гражданства» (см. п. «г» ст. 27 старого КЗ). В чем причина, что послужила для отказа от настоящей нормы. Такой подход случайный или продуманный и обоснованный позиция законодателя. Скорее всего, это умышленный подход и связан с настоящей сущностью и предназначением института гражданства – как неотъемлемое право человека. Дело в том, что КЗ регламентирует все возможные случаи прекращения гражданства РТ (выход, утрата, отмена решения о приеме в гражданство и т.д.). За пределами настоящей нормы не остается других оснований, которые давали бы соответствующим органам право прекратить гражданство человека путем лишения. Вышеназванная статья Всеобщей Декларации прав человека содержит норму о том, что «Никто не может быть произвольно лишен гражданства или права изменить свое гражданство». Даже совершение преступления или противоправного действия не дает основания для лишения гражданства. Для этих случаев законодательство РТ предусматривает соответствующие меры уголовной, гражданской, административной и иной ответственности, но отнюдь не лишения гражданства. В конце концов, быть или не быть гражданином РТ – естественное неотъемлемое право каждого человека проживающего в РТ. Поэтому государство в лице своих органов не наделяются полномочием лишения человека его гражданства. Только в тоталитарных и диктаторских режимах государство наделяется настоящим полномочием и нередко она применяется в отношении инакомыслящих людей. Такая практика имела место в бывшем Советском Союзе.

В процессе разработки проекта КЗ о гражданстве РТ в средствах массовой информации особое внимание уделялось некоторым условиям приема в гражданство, в частности, на «знание государственного языка на уровне общения» (ст. 15). С тревогой говорили, что такое требование может помешать приему в гражданство РТ. Однако, на наш взгляд, настоящее требование несколько не вызывает опасение, потому что она объективно необходима и присутствует в законодательстве многих государств. Так, например, согласно раздел 111, часть 1, 1423, параграф 1 Свода законов США – титул 8 «знание английского языка, в том числе умение читать и писать и использовать в речи наиболее употребляемые слова английского языка», а параграф 2 предусматривает «знание и понимание основ истории, принципов и формы правления Соединенных Штатов».⁵ Настоящее условие не должно пугать обывателя, так как человек избравшее место своего жительства настоящую страну и имеющее намерение поселиться в ней, должен иметь возможность приобщаться на государственном языке этой страны и соблюдать его законы. Это элементарное требование, которое объективно вытекает из условия человеческого существования в

⁵ Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты. – М., Прогресс, Универс. 1993. –С. 340.

определенном обществе, ответственности за соблюдения законов этой страны и уважения к позитивным традициям и нравам коренных народов.

В отношении нормы КЗ об общих условиях приема в гражданство РТ « - не нахождение под уголовным преследованием» (ст. 15) следует остановиться более подробно. Дело в том, что настоящая норма более развёрнуто закреплена и в трех абзацах статьи 18. В них предусмотрено, что основанием для отклонения ходатайства о приеме или восстановлении в гражданстве РТ являются, если ходатайствующий человек « - осужден за совершение тяжких и особо тяжких преступлений»; « - находится под уголовным преследованием»; « - отбывает наказание в виде лишения свободы». В отношении человека осужденного и отбывающей срока лишения свободы нет сомнения, что следует воздержаться от его приема в гражданство РТ. Что касается нормы о нахождении человека «под уголовным преследованием», на наш взгляд, следует опасаться ее расширительного толкования и применения. Уголовное законодательство предусматривает различные основания для уголовного преследования как в отношении тяжких, так и в отношении легких уголовных правонарушений. Кроме того, человек может находиться под уголовным преследованием вследствие подозрения в совершении какого либо преступления. Представляется, что в отношении человека совершившее незначительное правонарушение или находящееся под подозрением в совершении легких преступлений отказ в принятии его в гражданство РТ является очень суровым. Также необходимо обратить внимание к тому, что между уголовным законодательством нашей страны и зарубежных стран существует определенное различие в понятии основания уголовного преследования. При приеме или отказа ходатайства о приеме в гражданство РТ, представляет интерес, каким уголовным законодательством нужно руководствоваться, нашим или соответствующим иностранным государством. На наш взгляд, при решении настоящего вопроса надо руководствоваться законодательством той страны, в гражданстве которого находился ходатайствующий человек.

Как и в старом КЗ о гражданстве РТ (1995 г.) новый КЗ в определении гражданства берет в основу принципы «права крови» и «право почвы» которые применяются во многих западных странах, особенно государств Латинской Америки. В соответствии с принципом права крови новорожденный приобретает то гражданство, которое имеют его родители независимо от местожительства последних. Хотя в КЗ прямо настоящий принцип не назван, однако, именно такой порядок приобретения гражданства РТ по рождению в ней предусмотрен. Согласно п. 1 ст. 13 нового КЗ РТ «Ребенок, родители или единственный родитель которого на момент его рождения являются гражданами РТ, считается гражданином РТ, независимо от места его рождения». В соответствии с п. 4 данной статьи «Ребенок, один из родителей которого к моменту его рождения состоял в гражданстве РТ, а другой являлся лицом без гражданства, либо был неизвестным лицом, независимо от места рождения, считается гражданином РТ». Имеются и

другие нормы подтверждающие применение этого принципа. Это обстоятельство для современной РТ, является очень важным, так как в связи постоянным потоком трудовых мигрантов в ближние и дальние страны, длительные командировки (учеба, стажировка, лечение и т.д), случаи рождения там детей от граждан нашей страны становится типичным явлением. Уже растут дети, родившиеся за пределами РТ, которые ещё не бывали на родине. Для них иметь гражданство своих родителей надежная гарантия не потерять, а сохранить свои корни.

Принцип права почвы, означает, что новорожденный получает гражданство той страны, на территории которой он родился, независимо от гражданства родителей. В новом КЗ о гражданстве РТ частично признан принцип право почвы. В ней предусмотрено, что «При различном гражданстве родителей, один из которых к моменту рождения ребенка являлся гражданином РТ, ребенок приобретает гражданство РТ, если он родился на территории РТ» (ч.2, ст. 13). «Ребенок, родившийся на территории РТ, от лиц без гражданства, если они оба или один из них постоянно проживает в РТ, признается гражданином РТ» (ч.7, ст. 13). «Ребенок, родившийся на территории РТ, родители которого неизвестны, приобретает гражданство РТ» (ч.8, ст.13). Согласно КЗ истинное предназначение принципа право почвы заключается в том, чтобы ребенок родившееся в РТ, ни в коем случае не остался без гражданства. Реализуя настоящий принцип РТ выполняет свои обязательства вытекающие из международных актов о правах ребенка.

Новый КЗ обстоятельно регулирует вопросы определения гражданство детей, особенно при изменении гражданство родителей, опекунов и попечителей. При решении настоящих вопросов и разрешении споров между родителями, опекунами и попечителями по поводу гражданства детей и недееспособных лиц закон предписывает суду учесть их интересы (п.5, ст. 29). Значительное внимание КЗ уделил определению порядка приобретения гражданства ребенка при усыновлении. Ч. 1 ст. 28 гласить, что ребенок, который усыновлен гражданином РТ или супругами – гражданами РТ, или супругами, один из которых состоит в гражданстве РТ, а другой является лицом без гражданства, становится гражданином РТ со дня его усыновления, независимо от места проживания, по ходатайству усыновителя, являющегося гражданином РТ. А в ч.2 настоящей статьи установлено, что в случае отсутствия в течение одного года со дня усыновления ходатайства усыновителей ребенок приобретает гражданство РТ, если он проживает в РТ.

Необходимо отметить, что жизнь каждого закона имеет продолжение в реализации ее норм и положений. Конечно, большинство норм КЗ являются нормами прямого действия. Однако, для реализации отдельных норм необходимо принятие соответствующих нормативных правовых актов предусматривающие порядок их применения. Так, например, порядок предоставления почетного гражданина РТ определяется Положением о почетном гражданине РТ, утверждаемым Президентом РТ (ст. 9). Такая

норма была предусмотрен и в старом КЗ о гражданстве РТ (ст. 10). Поскольку настоящее Положение в РТ ещё не принято, указанная норма ни разу не реализовывалась. Хотя такие казусы на практике имели место и отдельные инициативы по предоставлению почетного гражданина РТ, отдельным иностранным гражданам имеющим заслуги перед РТ, по этой причине были отклонены.

На наш взгляд, в новом КЗ имеются некоторые излишние подробности. Например, по содержанию нормы ст. 19 и 25 очень близки и при желании, без ущерба их назначению можно было бы изложить в одной статье. Такой путь был избран в КЗ о гражданстве РТ 1995г. (см. ст. 26). Она была сформулирована как выбор гражданства при изменении границы РТ. Таким же образом можно было бы объединить названных статей нового КЗ. Следует отметить, что гражданство один из популярных институтов государственного права и международного права. Исходя из гуманных соображений, при изменении госграницы жителям определенной территории устанавливается достаточно удобный срок для выбора гражданства между двух договаривающихся государств. Причем выбор должен быть свободным и жители данной территории должны сами самостоятельно решить вопрос о выборе гражданства того или иного государства. Новый КЗ исходить из этого обстоятельства.

В новом КЗ более четко определены полномочия уполномоченных органов по вопросам гражданства РТ. Теперь круг полномочий Президента больше сконцентрирован на вопросах утверждения соответствующих положений по конкретным вопросам гражданства (о порядке рассмотрения вопросов гражданства, о почетном гражданстве, о комиссии по предварительному рассмотрению вопросов гражданства и др.), определении порядка деятельности и взаимодействия уполномоченных органов, рассматривающих вопросы гражданства и т.д. (ст. 31). В полномочии органов внутренних дел и органов иностранных дел КЗ относить исполнение актов, принятые Президентом по вопросам гражданства РТ (ст.ст. 33 и 34). Более обстоятельно регламентирован порядок рассмотрения запросов и решение вопросов гражданства РТ, взимание государственной пошлины и консульских сборов, определены сроки рассмотрения запросов, конкретизированы документы, выдаваемые в связи с приобретением или прекращением гражданства.

В целом принятие нового КЗ о гражданстве РТ безусловно является новым этапом в деле дальнейшего совершенствования законодательства республики по вопросам гражданства.

Литература:

1. Имомов А. Конституционное право Республики Таджикистан. Учебник. Третье издание. С доп. и изменен. Душанбе. 2012. (на тадж. языке).
2. Конституционное право. Энциклопедический словарь. // Отв. ред. и руковод. автор.коллектива проф. С. А. Авакьян. М., 2001.
3. Права человека. Учебник.// Отв. редактор – Е.А.Лукашева. М., 1999.

4. Диноршоев А.М. Права человека. Учебник. Душанбе. 2010.
5. «Народная газета» 12. 08. 2015 г. № 32 (20002).
6. Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты. – М., Прогресс, Универс. 1993.

Имомов А.И.

Аннотация
Новый этап в развитии института гражданства в Республике
Таджикистан

Проблемы правового регулирования вопросов гражданства вызывает большой интерес. Так как гражданство важнейший атрибут государства и граждане в совокупности составляют народ страны, выступают основным субъектом правоотношения. Народ в лице граждан страны является основным источником государственной власти и носителем суверенитета. Поэтому вопросы определения гражданства, круг лиц являющихся гражданином, взаимоотношения государства и гражданина, пределы их взаимных прав и обязательств и вообще их отношения, возникающие по поводу гражданства, являются предметом конституционно-правового регулирования. В данной статье автором проведен сравнительно-правовой анализ нового КЗ РТ «О гражданстве РТ».

Imomov A.I.

The summary
A new stage in the development of the institution of citizenship in the
Republic of Tajikistan

Problems of legal regulation of citizenship is of great interest. Since the nationality of the most important attribute of the state and citizens together constitute the people of the country, is the main subject of the relationship. The people in the face of the country's citizens is the main source of state power and the bearer of sovereignty. Therefore, issues of nationality, is a citizen of the circle of persons, relations between the state and the citizen, beyond their mutual rights and obligations and all their relations arising about nationality, are subject to constitutional and legal regulation. In this article, the author conducted a comparative legal analysis of the new Constitutional Law "On Citizenship of the Republic of Tajikistan."

Закон «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан» нуждается в новой редакции

Ключевые слова: исполнительные органы, законодательная техника, органы управления, Президент, контроль

Key words: the executive bodies, legislative technique, controls, President

С принятием Закона Республики Таджикистан «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан» от 16. 04. 2012г., №82 Парламент Республики Таджикистан на законодательном уровне внес определенную ясность в систему органов государственного управления Республики Таджикистан (РТ) по осуществлению исполнительной власти, особенно в «основы правового положение центральных органов исполнительной власти». Этим законом уточнены статутные положения системы органов государственного управления, определены их место в единой системе органов исполнительной власти республики и т.д.

Забегая впредь, отметим, что анализ его содержания с точки зрения предмета правового регулирования, дает нам основание полагать, что данный закон в определенной степени вступает в противоречие не только с Конституцией РТ, конституционными законами республики, но и с правотворческой техникой, установленной Законом РТ «О нормативных правовых актах» от 26. 03. 2009 г. №506. Такие недостатки при разработке и утверждении закона, на наш взгляд, возникли по той простой причине, что оно не было подвергнуто профессиональной экспертизе на предмет его соответствия Конституции и действующим конституционным и иным законам с точки зрения теории государственного управления, соответственно и конституционному строю республики. Изложенная ниже точка зрения может не совпадать с мнением законодателей, отдельных ученых, юристов-практиков и вызвать живую дискуссию с точки зрения совершенствования не только данного закона, но и улучшения качества нормотворческой деятельности вновь избранного парламента и других субъектов нормотворчества в РТ.

По своей структуре закон состоит из преамбулы, 4-х глав и 21 статьи. Рассмотрим отдельные его положения. Так, в преамбуле закона закреплено, что «настоящий Закон определяет систему органов государственного управления Республики Таджикистан, регулирует правовые и организационные основы их деятельности». Такая норма противоречит Конституции республики и на его основе принятым конституционным законам РТ.

*Доцент кафедры конституционного права Таджикского национального университета, к.ю.н.

Во-первых, построение системы органов государственной власти и управления является предметом конституционного регулирования, т.к. построение системы органов государственной власти и управления производится в соответствии с государственным строем РТ, закрепленной Конституцией РТ.

Во-вторых, такая норма ограничивает конституционные полномочия Президента РТ по образованию и упразднению органов исполнительной власти РТ. Так, согласно п.3 ст. 69 Конституции РТ Президент РТ образует и упраздняет министерства и государственные комитеты. Изложенное свидетельствует о том, что определение системы органов исполнительной власти или государственного управления выходит за рамки рассматриваемого закона, оно является предметом конституционного регулирования. Если полагать, что данный закон правильно, обоснованно закрепил установление системы органов государственного управления, то тогда закономерно возникает и другой вопрос. Как могут конкретизироваться конституционные положения простыми и обычными законами, когда эти конституционные вопросы в РТ регулируются конституционными законами? Поэтому если глубже проанализировать содержание данного закона, непременно можно прийти к выводу, что данный закон в иерархической системе правовых актов РТ занимает как бы промежуточные позиции по отношению к Конституции и конституционным законам. Такой подход чужд правовой системе РТ. Поскольку на основе Конституции, конституционными законами РТ определяются система и порядок формирования органов исполнительной власти и соответственно органов государственного управления.

Более того, в ч.1 ст. 1 закона предмет регулирования и сфера его действия определена следующим образом: «1. Предметом регулирования настоящего Закона является правовое положение исполнительных органов государственной власти, подчиненных и подотчетных Президенту Республики Таджикистан или Правительству Республики Таджикистан, а также основы организации их деятельности в системе государственного управления».

Такое нормотворчество порождает много вопросов. С точки зрения теории права и управления, предмет правового регулирования любого закона или иного нормативно-правового акта являются сами общественные отношения, складывавшиеся в той или иной области или сфере общественной жизни. Поэтому, такое понятие следует исключить из текста данного закона, либо перефразировать его иначе. Например, подобным образом: «предметом настоящего закона являются регулирование общественных отношений, возникающих между исполнительными органами государственной власти, подчиненных и подотчетных Президенту Республики Таджикистан или Правительству Республики Таджикистан и местных органов исполнительной власти по организации ими государственно-управленческой деятельности, образования и упразднения

соответствующих структур и регулирование взаимоотношений между ними и.т.п.».».

Сфера действия закона сформулировано таким образом, что она не соответствует логике названия самого закона.

Так, в ч.2 ст. 1 закона сфера его действия определено следующим образом: «Действие настоящего Закона не применяется к местным органам государственной власти, органам самоуправления посёлков и сёл и другим органам государственного управления Республики Таджикистан, порядок образования, компетенция и деятельность которых определяются в соответствии с законодательством Республики Таджикистан».

Опять возникает закономерный вопрос, если система органов государственного управления в РТ (как унитарного государства) не состоит из центральных и местных органов государственного управления, тогда зачем закон именовать «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан»? Такое положение вызывает озабоченность любого юриста, имеющего общее понятие о системе органов государственного управления по той простой причине, что как могут выпадать из поля зрения законодателя местные органы исполнительной власти или органы управления, тогда, когда Конституцией РТ (ст.78) и конституционным закон РТ «О местных органах государственной власти» от 17. 05. 2004г., №28 (ст.1) установлены система местных органов исполнительной власти, они в соответствии со своими полномочиями организуют и систему местных органов государственного управления, функционирующих в пределах соответствующих административно-территориальных единиц (областей, городов и районов), обеспечивают исполнение Конституции, законов и других нормативных правовых актов РТ и соответствующих нормативных правовых актов местных органов государственной власти.

Следовательно, когда название и структурных элементов нормативных актов не соответствует внутреннему содержанию и наоборот, то следует признать, что данный нормативный акт был принят без соблюдения общих требований к правотворческой технике, установленной в ст. 31 Закона РТ «О нормативных правовых актах» от 26. 03. 2009г. №506.

На наш взгляд, в понятийных положениях, закреплённых в ст. 2 закона не достаточно учтены основные и специфические признаки, характеризующие отдельные понятия, и они слишком поверхностно определены.

Например, в понятие органа государственного управления включено лишь понятие государственного органа, как «осуществляющего общие задачи управления в определенной сфере деятельности», а фактически они осуществляют как общие, так и функциональные (специфические) иногда отдельные функции и задачи.

Или скажем, понятие административного договора ограничено лишь передачей вышестоящими органами исполнительной власти свои функции

государственной власти (за исключением контрольных функций) нижестоящим исполнительным органам государственной власти, органам самоуправления посёлков и сёл и организациям (ст.ст. 2, 20). Однако этим не исчерпываются функции административного договора. Оно, может быть использовано исполнительными органами при решении задач и функций обеспечительного, восстановительного характера, служит правовой формой обеспечения государственного и частного партнёрство и т.д.

Или другое понятие - «служебный контроль» необоснованно идентифицировано с понятием надзорной функции (ст.ст.2,7). Известно, что понятие контроля гораздо шире, чем понятие надзора.¹ Задачи служебного надзора, как функции государственного управления не сводится к осуществлению целостной комплексной меры по обеспечению законности и эффективности деятельности по отношению лишь нижестоящих государственных органов, которые присущи понятию контроля, а есть средство реализации отдельных специфических мер или деятельности в определённых областях.²

На наш взгляд, отождествление понятие «государственного контроля» с понятием «государственного надзора» на законодательном уровне происходит по одной простой причине, что оба этих понятия в таджикском варианте нормативных актов обозначаются «назорати давлатӣ» («государственный надзор»), хотя они, по сути, не являются идентичными понятиями и каждый из них выражает отдельную функцию государственного управления. Поэтому, предлагается не отождествлять оба этих понятия и в таджикском варианте нормативно-правовых актах.

Глава 2 закона названа «Основы правового положения центральных исполнительных органов государственной власти» (ст.ст. 8-18). В этой главе фактически определена система центральных органов исполнительной власти следующим образом:

- исполнительный аппарат Президента РТ (ст.8);
- министерство (ст.10);
- государственный комитет (ст.12);
- орган при Президенте РТ (ст.14);
- орган при Правительстве РТ (ст.15).

Приведенная в законе иерархия и системность центральных органов исполнительной власти не в полной мере охватывает существующую систему центральных органов исполнительной власти, т.к. из поля зрения законодателя почему-то выпало Правительство РТ как центральный орган исполнительной власти, по этой причине данную часть закона можно

¹Энциклопедический словарь по конституционному и административному праву. // Под ред. Диноршоева А.М. и Имомова А.И. Душанбе 2014. С.305.

²Административное право: Учебник // Под ред. проф. Ю.М. Козлова и Л.Л. Попова. М.: Юрист. 1999. С.430-467; Дмитриев Ю.А. Полянский И.А., Трофимов Е.В. Административное право. М.:Эксмо. 2009. С. 287-297; Ойев Х. Административное право Республики Таджикистан. Часть 1. Душанбе. 2013. С.539-562 (на тадж. языке); Ойев Х. Государственный контроль – метод руководства и организации органов государственной власти, а не надзор //Законодательства. Душанбе, 2014. №4. С.17-27. (на тадж. языке);

признать не соответствующей Конституции РТ, конституционным законам РТ и указам Президента РТ.

Как выше было отмечено, в ст. 69 Конституции РТ определение системы центральных органов исполнительной власти отнесено к полномочиям Президента РТ. Президент РТ, используя свое конституционное полномочие, своим Указом «О совершенствовании структуры исполнительных органов государственной власти Республики Таджикистан» от 19. 11. 2013г., № 12 утвердил следующую структуру центральных исполнительных органов государственной власти РТ:

1. Органы при Президенте РТ;
2. Правительство РТ;
3. Министерства РТ;
4. Государственные комитеты РТ;
5. Органы при Правительстве РТ.

Из приведенной системы видно, что в структуре центральных органов исполнительной власти в иерархическом порядке на первое место поставлены органы при Президенте РТ, на второе место – Правительства РТ, а потом остальные. А в законе на первом месте стоит Исполнительный аппарат Президента.

Возникает вопрос. Почему возникло такое разночтение между указом Президента и рассматриваемым законом? Прямо скажем, что при разработке закона было значительно возвышена роль Исполнительного аппарата Президента по сравнению с установленной указом Президента РТ системой центральных органов исполнительной власти.

Анализ закона (ст.8) и Положения об Исполнительном аппарате Президента РТ, утверждённое Указом Президента РТ от 17. 03. 2014г., №181 показывают, что данный орган по своему правовому положению фактически является администрацией Президента РТ, т.е. функциональным органом. Оно как вспомогательно – обеспечительный орган не осуществляет самостоятельное государственное управление какой-либо сферой государственного регулирования. Его задачи, по сути сводятся к обеспечительной, контрольно-надзорной, координационной, аналитической, информационной и иной деятельности Президента РТ и Правительства РТ. Так, согласно ч.1. ст.8 рассматриваемого закона Исполнительный аппарат Президента РТ является центральным исполнительным органом государственной власти, деятельность которого осуществляется с целью обеспечения исполнения конституционных полномочий Президента РТ и Правительства РТ. Исполнительный аппарат также выполняет другие задачи, предусмотренные нормативными правовыми актами РТ. Аналогичным образом определен его статус в п.2. Положения об Исполнительном аппарате Президента РТ, которое гласит: «Аппарат Президента является центральным исполнительным органом государственной власти, основная задача которого заключается в своевременном и качественном, аналитическом, информационном, правовом, протокольно-организационном и

документальном обеспечении деятельности Президента РТ и Правительства РТ.

На основе проведенного анализа можно прийти к выводу о том, что исполнительная власть не нуждается в таком законе. Поэтому, вновь избранному Парламенту РТ предлагаем:

1. Разработать Закон РТ «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан» в новой редакции, переименовав его в Закон РТ «Об общих принципах государственного управления», т.к. организация системы органов государственного управления, как выше отметили, является прерогативой Президента РТ, Правительства РТ и председателей областей, городов и районов. Они, исходя из реалий жизни, должны гибко определять задачи и систему органов государственного управления в целях реализации своих конституционных полномочий. Поэтому, определение жесткой системы органов государственного управления на уровне закона является не целесообразным и даже вредным;

2. Для профессиональной оценки проектов законов при комитетах Парламента необходимо сформировать Экспертную комиссию с привлечением в ее состав видных ученых и крупных специалистов.

Для качественной подготовки проектов законов, нормативных указов Президента РТ и постановления Правительства РТ предлагается Правительству республики создать независимую постоянно действующую Экспертную комиссию из числа видных ученых и крупных специалистов в структуре Исполнительного аппарата Президента РТ.

Литература:

1. Энциклопедический словарь по конституционному и административному праву. // Под ред. Диноршоева А.М. и Имомова А.И. Душанбе. 2014.

2. Административное право: Учебник // Под ред. проф. Ю.М. Козлова и Л.Л. Попова. М.: Юрист. 1999.

3. Дмитриев Ю.А. Полянский И.А., Трофимов Е.В. Административное право. М.:Эксмо. 2009.

4. Ойев Х. Административное право Республики Таджикистан. Часть 1. Душанбе. 2013. (на тадж. языке).

5. Ойев Х. Государственный контроль – метод руководства и организации органов государственной власти, а не надзор //Законодательства. 2014. №4. (на тадж. языке).

Ойев Х.

Аннотация

Закон «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан» нуждается в новой редакции

В данной статье автором проведен анализ Закона РТ «О системе органов государственного управления Республики Таджикистан». На основании

теоретических и практических наработок, автором предлагаются меры по совершенствованию данного закона.

Oyev H.

The summary

The law "On the system of government of the Republic of Tajikistan" in need of substantial revision

In this article the author analyzes the Law "On the system of government of the Republic of Tajikistan". On the basis of developments in theory and practice the author proposes measures for improvement of the law.

Марифхонов Р.Н.*

Соотношения понятий «административный процесс» и «административная процедура»

Ключевые слова: административный процесс, административная процедура, органы государственной власти

Key words: administrative procedure, administrative procedure, public authorities

В доктрине административного права нет однообразного понимания соотношения понятий «административный процесс» и «административная процедура». В научной литературе относительно понятий административной процедуры и административного процесса существуют различные точки зрения:

1) обязательное разграничение указанных понятий, ибо объединение всех видов юридических процедур под понятием «процесс» приводит к лишению живого содержания этого богатого и содержательного понятия.¹ Здесь соотношение процедуры и процесса представляется по-разному. Одни авторы считают административную процедуру зародышем процесса, а присущая деятельности соответствующих органов форма урегулирования при объективной необходимости перерастает в форму, именуемую процессом.²

2) вторая точка зрения противоположна первой, ибо ее сторонники между «процессом» и «процедурой» разграничения не проводят. Так, по мнению В.О. Лучина, «процесс» и «процедура» имеют одинаковое значение,

*Старший преподаватель кафедры конституционного права юридического факультета ТНУ, к.ю.н.

¹Баршпольская Т.Ю. Гражданский процесс и процедура :автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Томск, 1988; Протасов В.Н. Основы общеправовой процессуальной теории. М., юрид. лит., 1991; Мордовец Л.С. Демократия, право, процедура. Территория государства и права. Курс лекций. М., 1997; Яковенко О.В. Соотношение правовой процедуры и правового процесса //Вопросы теории государства и права: Новые идеи и подходы: Межвузовский сборник научных трудов. Саратов, СГАП, 2000. Вып. 2 (11).

² Тарасова В.А. Процессуальная форма деятельности органов социального обеспечения //Советское государство и право. 1973. №11. С.112-113.

и между ними невозможно провести какую-нибудь разделительную грань.³ А.Ю. Якимов, отмечая единство процесса и процедуры, считает, что юридический процесс представляет содержание, а юридическая процедура - его форму, и такое соотношение рассматриваемых понятий отражает смысл юридической деятельности органов власти.⁴

3) согласно третьей точки зрения, поддерживаемой Д.Н. Бахрахом, административный процесс – это разновидность процедур, причем наиболее совершенная.⁵ Такую позицию поддерживает и М.В. Силайчев, считая, что административная процедура представляет собой вид административного процесса, урегулированная административно – процессуальными нормами, т.е. деятельность обладающих государственно-властными полномочиями компетентных органов государственной власти, органов местного самоуправления и организаций, по рассмотрению и разрешению индивидуальных административных дел, в которых отсутствует спор.⁶

4) четвертая группа исследователей полагает, что административные процедуры это составная часть административного процесса. Так, С.И. Агафонов, тоже придерживаясь этой позиции, отмечает, что в теории административного права существует концепция, рассматривающая административный процесс в юрисдикционном и в юрисдикционно-позитивном аспекте, в структуру которого включаются связанные с правоохранительной деятельностью юрисдикционные административные производства, так и носящие позитивный характер административные производства, которые, собственно, и называются административными процедурами.⁷

Отражение разных подходов к пониманию административного процесса - узкого и широкого, представляют указанные точки зрения. Впервые понимание административного процесса в двух значениях было отмечено И.И. Евтихеевым, который указал, что порядок деятельности органов управления по рассмотрению жалоб, споров и наложения административных санкций является административным процессом.⁸ Широкий смысл административного процесса включает в себя порядок осуществления административной деятельности исполнительно - распорядительных органов в форме издания актов управления и применения принуждения. Идею широкого понимания административного процесса поддерживал также В.Д. Сорокин, считавший неправильным ограничение административного процесса только рассмотрением административно-правовых споров, ибо

³ Лучин В.О. Процессуальные нормы в советском государственном праве. М., 1976. С.25.

⁴ Якимов А.Ю. Административно-юрисдикционный процесс и административно-юрисдикционное производство // Государство и право. 1999. №3. С.6.

⁵ Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Г. Административное право: учебник для вузов. 2-е изд., изм. доп. М. : Норма. 2006. С.576.

⁶ Силайчев М.В. Правовая теория и практика административной процедуры : автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2009. С.9.

⁷ Агафонов С.И. Административные процедуры и их реализация в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации : автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. С.11.

⁸ Евтихеев И.И. Виды и формы административной деятельности: дис. ...д-ра юрид. наук. М., 1948. С.83.

кроме споров органы государственного управления разрешают большое число индивидуальных дел, которые не связаны со спорами и касаются самых различных сторон взаимоотношений между субъектами административного права.⁹

Узкую концепцию административного процесса развивает Н.Г. Салищева, понимая под административным процессом возникающую между сторонами административного правоотношения, не находящимися между собой в отношениях служебного подчинения, деятельность регламентированную законом, по разрешению споров и применению мер административного принуждения.¹⁰

Различные позиции по вопросу соотношения материального и процессуального права являются результатом указанного «противостояния». Сторонники юрисдикционного процесса считают, что юридические процедуры представляют собой составную часть материального права. Н.Г. Салищева рассмотрение неюрисдикционных индивидуальных дел в административных органах относит к административному производству, которое регулируется определенной группой материальных административно-правовых норм.¹¹ В данном случае административное производство по отношению к управленческой деятельности рассматривается как самостоятельное понятие. Из вышерассмотренных фактов следует прийти к выводу о том, что процедура - основа реализации регулятивных материально-правовых норм в деятельности управленческих органов власти. При этом процессуальные нормы, выполняя правоохранительную функцию, обеспечивают реализацию охранительных материальных норм.¹² Другие считают, что определенный порядок совершения юридически значимых действий юрисдикционными и управленческими органами власти представляет собой юридическую процедуру правоприменения, предусмотренную правовыми нормами и направленную на достижение результата.¹³

Следует отметить, что на проблему соотношения процесса и процедуры можно взглянуть и с другой стороны. В этом случае процесс представляет совокупность процедурных действий - процедур, а процедура составляет его внутреннее содержание и определяет порядок совершения указанных действий. Следовательно, процесс и процедура между собой соотносятся как форма и содержание. Из сказанного следует, что юридический процесс представляет собой содержание, а юридическая процедура - его форму.

⁹ Сорокин В.Д. Административно-процессуальные отношения. Л.: Издательство Ленинградского ун-та. 1968. С.12.

¹⁰ Салищева Н.Г. Административный процесс в СССР. С.16.

¹¹ Там же. С. 16 – 17.

¹² Аракчеев В.С. Процедурно-правовые нормы: понятие и значение в регулировании трудовых отношений :автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Томск, 1981. С.3.

¹³ Абрамова А.И. Процедурные вопросы правоприменения //Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды. М., Изд-во ВНИИЗС. 1990. Вып. 47. С.37.

Совокупность процедур составляет содержание процесса, являясь его элементом, образуя внутреннюю структуру.¹⁴

Процедура в качестве социального явления, получая научное признание и рассмотрение, обладает следующими признаками: а) направлена на достижение конкретного социального результата; б) состоит из последовательно сменяющих друг друга актов поведения; в) обладает моделью своего развития, установлена на нормативном и индивидуальном уровнях; г) иерархически построена; д) постоянно находится в развитии; е) имеет служебный характер как средство реализации общественных отношений.¹⁵

По мнению С.К. Гогеля, процедура - это судебный порядок разрешения споров по делам управления (административная процедура) и на основе этого утверждения в научной литературе в начале XX века разрабатывается понятие процедуры как процессуальной деятельности.¹⁶

Таким образом, нормы и правила поведения, направленные на осуществление последовательных действий, приводящих к качественному результату определяют содержание процедуры.¹⁷ Содержание административных процедур позволяет определять реальные способы использования и охраны принадлежащих прав и свобод, а также в пределах законодательно установленной компетенции понуждать органы публичной власти к активному функционированию.¹⁸

Еще в советский период российскими исследователями был обозначен ряд вопросов о понятии, определении места и роли правовой процедуры в механизме правового регулирования при соотношении с правовым процессом, которые так и не были разрешены.¹⁹ Авторами была сделана попытка разрешения вопроса о соотношении правовой процедуры и юридического процесса. В.И. Каминская по этому поводу утверждала, что наряду с материальными нормами в каждой отрасли права имеются нормы организационного и процедурного характера, которые являются процессуальными, необходимые для разрешения юридического дела.²⁰

Позже появились научные исследования, которые уточнили общность процедуры с юридическим процессом. Таким образом, В.А. Тарасова называет «процедуру» формой правового регулирования деятельности соответствующих органов, которая при наличии определенных причин

¹⁴ Якимов А.Ю. Административно-юрисдикционный процесс и административно-юрисдикционное производство // Государство и право. 1999. №3. С.6.

¹⁵ Протасов В.Н. Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991. С.29-30.

¹⁶ Гогель С.К. Губернские присутствия смешанного состава как органы административной юстиции на местах // Вестник права. 1906. №4. С.442.

¹⁷ Тихий Р.С. Проблемы правового регулирования административных процедур в Российской Федерации : дис. ...канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С.19.

¹⁸ Малявина Н.Б. Административные процедуры как средство противодействия коррупции в системе органов публичной власти : дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008. С.3.

¹⁹ Тихий Р.С. Проблемы правового регулирования административных процедур в Российской Федерации : дис. ...канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С.17.

²⁰ Каминская В.И. Место процессуальных норм в системе советского права // Демократические основы советского социалистического правосудия // Под ред. М.С. Строговича. М., 1965. С.65.

может приобрести форму процесса.²¹ Противоположной позиции придерживается С.С. Алексеев, утверждая, что не всякая урегулированная правом процедура совершения юридических действий может называться юридическим процессом, исторически сложившимся, принятым в законодательстве, на практике и в науке.

Исследователи в последующем перешли от понятия правовой процедуры к юридической в соотношении с юридическим процессом. В их числе был и Б.М. Лазарев, который высказал точку зрения о том, что юридическая процедура - это процессуальная форма, определяющая: цели; последовательность; стадии юридического процесса; конкретные действия на каждой стадии; взаимосвязь и основания совершения этих действий, а также способы их оформления и фиксации, а юридический процесс рассматривается как ряд стадий, следующих друг за другом, например: уяснение задач, поставленных вышестоящим органом, оценка обстановки, принятие решения, выражение его вовне (издание акта управления), организация исполнения решения, контроль за его исполнением.²²

В современной научной литературе юридическая процедура обозначается как урегулированный законодательством порядок совершения юридических действий, направленных на достижение юридического результата. Таким образом, юридическая процедура урегулирована правовыми нормами, структурированное материальными правоотношениями, обладает признаками общей процедуры, действует в правовой среде, и направлена на правовой результат.²³

Соответственно, при определении соотношения юридической процедуры с юридическим процессом необходимо исходить из того, что процедура имеет материальное и процессуальное содержание. Материальную процедуру необходимо рассматривать в отличие от процессуальной, так как она связана с реализацией правовых санкций и применением мер принуждения. Реализация материальных прав и обязанностей посредством нормативной регламентации правовой деятельности является назначением материальной процедуры.

Таким образом, необходимо рассматривать соотношение юридической процедуры и юридического процесса через призму процессуальной формы. Так, в современной научной литературе понятие юридического процесса рассматривается как нормативно-властная юридическая деятельность, включающей в себя судебные и иные процессы, осуществляемая в процессуальной форме в публичных интересах.

По поводу соотношения юридической процедуры и процесса, можно отметить, что с помощью категории юридической процедуры и

²¹ Тарасова В.А. Процедурная форма деятельности органов социального обеспечения // Советское государство и право. 1973. №11. С.112 - 113.

²² Управленческие процедуры // Под ред. Б.М. Лазарева. М.: Наука. 1988. 272 с.

²³ Протасов В.Н. Юридическая процедура. М., 1991. С.7.

юридического процесса обеспечивается реализация норм материального и процессуального права.

В.Д. Сорокин выделяет следующие признаки юридического процесса: а) выражение государственно-властной деятельности, представляющее собой специфический способ осуществления государственной власти; б) динамическое понятие, выражающее деятельность соответствующих государственных органов, осуществляемую в определенном порядке, последовательности и направлении; в) юридическая деятельность, требующая специфического регулирования при помощи процессуальных норм советского права; г) деятельность, в ходе которой достигается юридический результат.²⁴

Д.Н. Бахрах, Б.М. Лазарев, В.Д. Сорокин едины во мнении, что юридическому процессу присущи такие черты, как последовательность, непрерывность, цикличность, динамичность, нацеленность на результат действий, совершаемых органами власти в связи с выполнением возложенных на них задач и функций.

Юридический процесс представляет собой совокупность действий органов власти, и нормативно - правовое регулирование этих действий обеспечивает их совершение в определенном порядке. Этим порядком является процедура. Процедура, будучи основным элементом юридического процесса, нормативно закрепляясь, становится юридическим явлением.

Таким образом, впервые легальное закрепление понятия административной процедуры в Республике Таджикистан (РТ) осуществлено в Кодексе об административных процедурах (КОАП), принятом 5. 03. 2007г., в котором говорится: административные процедуры - это деятельность административного органа в целях подготовки, принятия и исполнения административно-правового акта, а также рассмотрения административных заявлений и жалоб.²⁵ Необходимо отметить, что в настоящее время регламентированы лишь некоторые стороны административных процедур. Эпицентром научной дискуссии является законодательное закрепление понятия «административной процедуры». Так как кодекс, не полностью регулирует порядок оказания государственных услуг и выполнения государственных функций, поэтому их регулирование осуществляется подзаконными нормативно-правовыми актами. Однако следует отметить, что принятие по каждой государственной функции и государственной услуги административного акта затруднительно.

В связи с этим необходимо отметить, что принятие КОАП в определенной мере внесло ясность в понятие и виды административных процедур, а также в порядок её совершения и стало основным отраслевым нормативно - правовым актом, регламентирующим совершение

²⁴ Сорокин В.Д. Производство по принятию нормативных актов управления //Правоведение. 1976. №2. С.109 -112.

²⁵ Ст. 2 Кодекса об административных процедурах РТ от 5 марта 2007г., // АМО РТ. 2007. №5. Ст.164. См. также: Энциклопедический словарь по конституционному и административному праву. Под ред. Диноршоева А.М. и Имомова А.И. Душанбе 2014. С.305. Ойев Х. Административное право Республики Таджикистан. Душанбе 2014.

административных процедур по принятию административно - правового (нормативного и индивидуального) акта, его исполнению, процедуры по рассмотрению административных жалоб на административные акты внутригосударственного органа и в суде. Тем самым Кодекс создал благоприятные условия для порядка принятия управленческих решений, их исполнения и обжалования через призму административных процедур и во многом, унифицировал процедуры по принятию административного акта, являясь важным фактором укрепления законности по обеспечению прав и свобод граждан в сфере государственного управления, в частности, по совершению ими административной процедуры.

Следует отметить, что на базе упомянутого Кодекса продолжает расширяться урегулирование отдельных видов административных процедур, исходя из концепции «триады» по анализу ситуации и оценки, принятие и исполнение решений. Наделены полномочиями по совершению административной процедуры по рассмотрению и разрешению круга вопросов и принятия по ним решения и местные органы самоуправления поселков и сел (джамоаты).²⁶

В этой связи достаточно будет привести в качестве примера содержание недавно принятого Закона РТ «О разрешительной системе» от 2. 08. 2011г., №751. Данный закон, наряду с установлением общего положения и принципов регулирования разрешительной системы, установил и процедуры оценки регулятивного воздействия нормативно-правовых актов, устанавливающих и/или изменяющих разрешительные документы, а также их выдачи (гл. 3-4, ст.ст. 19-28).

В частности, данный закон установил, что процедуры по разрешительной системе должны быть стабильными, прозрачными, эффективными, гибкими и пропорциональными с анализом компонентов и оценки возможных последствий (ст.ст. 119-20). Стабильность объясняется тем, что выдаваемые разрешительные документы в процессе процедурного производства должны основываться на рыночных принципах и прогнозируемых процессах развития, а прозрачность принятия решения должна охарактеризовать материальную незаинтересованность исполнительного органа. В результате принятия решения с учетом свободной конкуренции, торговли и инвестиций, должны быть обоснованы с точки зрения защиты интересов общества, с тем, чтобы не допустить в процессе коррупционного явления. Эффективность и гибкость принимаемых разрешительных документов должны предлагать наименее затратные решения четко определенных задач и показатели, которые достигнуты теми, кого они затрагивают, и не могут быть аргументированы путем внедрения технологии и способов, необходимых для достижения успеха. При этом пропорциональность нормативно-правовых актов в равной степени должны

²⁶ В ст. 10-14 Закон РТ «Об органах самоуправления поселков и сел» от 5 августа 2009 г., №549 //АМО РТ. 2009. №7-8. Ст.503.

способствовать обеспечению интересов общества и защиты прав предпринимателей.

Из всего вышесказанного можно предположить, что основную детерминанту властной деятельности должны составлять процедурные нормы, в особенности юридическая, для которой регулирование юридических действий наиболее значима. Так, юридическая деятельность, охватываемая понятием «юридический процесс», включает в себе нормативно установленный порядок, юридическую процедуру деятельности осуществляемой органами всех ветвей власти: законодательной, исполнительной и судебной. Исходя из понимания юридической деятельности, правовую процедуру целесообразно будет подразделить на законодательную, судебную и административную.

В силу вышеизложенного и с учетом нормативной регламентации законодательством РТ административный процесс имеет место применительно ко всем видам административно-управленческой деятельности, как в позитивной, так и в юрисдикционной деятельности²⁷ государственных органов власти и местных органов самоуправления (джамоатов). Иначе говоря, административная процедура, будучи самостоятельной административной формой деятельности органов исполнительной власти, представляет собой составную и самостоятельную часть административного процесса, совершаемого органами исполнительной власти и местными органами самоуправления поселков и сел (джамоатов) в рамках исполнительно-распорядительной, контрольно-надзорной и иной деятельности для решения конкретных задач и принятия по ним соответствующих административных актов, а также рассмотрение споров, вытекающих из административных актов или из административной деятельности.

Литература:

- 1.Абрамова А.И. Процедурные вопросы правоприменения //Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды. М., Изд.-во ВНИИЗС. 1990. Вып. 47.
- 2.Агафонов С.И. Административные процедуры и их реализация в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации :автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008.
- 3.Аракчеев В.С. Процедурно-правовые нормы: понятие и значение в регулировании трудовых отношений: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Томск, 1981.
4. Бахрах Д.Н., Россинский Б.В., Старилов Ю.Г. Административное право : учебник для вузов. 2-е изд., изм. доп. М. : Норма. 2006.
5. Баришпольская Т.Ю. Гражданский процесс и процедура :автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Томск, 1988.

²⁷ Имеется в виду деятельность административных органов по рассмотрению и разрешению административных споров и применения мер административного принуждения.

6. Гогель С.К. Губернские присутствия смешанного состава как органы административной юстиции на местах //Вестник права. 1906. №4.
7. Евтихеев И.И. Виды и формы административной деятельности: дис. ...д-ра юрид. наук. М., 1948.
8. Каминская В.И. Место процессуальных норм в системе советского права //Демократические основы советского социалистического правосудия //Под.ред. М.С. Строговича. М., 1965.
9. Лучин В.О. Процессуальные нормы в советском государственном праве. М., 1976.
10. Малявина Н.Б. Административные процедуры как средство противодействия коррупции в системе органов публичной власти :дис. ...канд. юрид. наук. М., 2008.
11. Протасов В.Н. Основы общеправовой процессуальной теории. М., юрид. лит., 1991.
12. Протасов В.Н. Юридическая процедура. М., 1991.
13. Сорокин В.Д. Административно-процессуальные отношения. Л. Изд. - во Ленинградского ун-та. 1968.
14. Силайчев М.В. Правовая теория и практика административной процедуры: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2009.
15. Тарасова В.А. Процессуальная форма деятельности органов социального обеспечения //Советское государство и право. 1973. №11.
16. Тихий Р.С. Проблемы правового регулирования административных процедур в Российской Федерации :дис. ...канд. юрид. наук. Тюмень, 2005.
17. Яковенко О.В. Соотношение правовой процедуры и правового процесса //Вопросы теории государства и права: Новые идеи и подходы: Межвузовский сборник научных трудов. Саратов; СГАП, 2000. Вып. 2 (11);
18. Якимов А.Ю. Административно–юрисдикционный процесс и административно-юрисдикционное производство //Государство и право. 1999. №3.

Марифхонов Р.Н.

Аннотация

Соотношения понятий «административный процесс» и «административная процедура»

В науке административного права одним из важных и дискуссионных вопросов является соотношение понятий «административный процесс» и «административная процедура». Автор в данной статье на основе анализа научной литературы излагает свою позицию относительно понятий административной процедуры и административного процесса.

The summary
Relationship between the concepts "administrative process" and
"administrative procedures"

In science, administrative law, one of the most important and controversial issues is the relationship between the concepts of "administrative process" and "administrative procedures". The author of this article based on the analysis of the scientific literature outlines its position on the concept of the administrative procedure and the administrative process.

Наимов Б.Г.*

Понятие и особенности лицензионно – разрешительной системы

Ключевые слова: разрешительная система, административная разрешительная система, разрешительное правоотношение, лицензирование, лицензионная деятельность, разрешение, лицензия

Key words: licensing system, administrative licensing system, permissive legal relations, licensing, licensing activities, permits, licenses

Лицензионно – разрешительная деятельность органов исполнительной власти является одним из видов государственного управления. Это система, которая устанавливает определенный правовой порядок, согласно которому заинтересованные юридические лица, либо отдельные граждане обязаны получать от уполномоченных государственных органов разрешений или лицензий на совершение определенных действий или получения определенных правомочий. В условиях формирования рыночных отношений вопросы, связанные с лицензионно-разрешительной системой являются весьма актуальной, поскольку одной из главных и приоритетных целей государства является обеспечение защиты прав, законных интересов, нравственности и здоровья людей. Эту защиту осуществляют соответствующие государственные органы исполнительной власти, которые в своей деятельности используют систему лицензионно-разрешительного управления. В связи с этим считаем весьма важным более подробно анализировать понятие лицензионно-разрешительной системы и выявить его особенности. Многообразные административные разрешения, широко применяемые во всех отраслях и сферах экономической, социальной, административно-политической деятельности и внешних отношений, в целом образуют разветвленную разрешительную систему.

Следует отметить, что в отечественной и зарубежной юридической литературе встречаются некоторые противоречия между лицензионной и

* Ассистент кафедры конституционного права юридического факультета ТНУ

разрешительной системы. Источником этих разногласий является то, что в теории и на практике нет единого определения указанного правового института. В связи с этим начнем с анализа некоторых определений, которые имеют непосредственное отношение к нему, в том числе «разрешительная система», «разрешительные режимы», «разрешительное правоотношение», «лицензирование», «лицензионная деятельность» и т.д.

В общепринятом понимании под лицензионно-разрешительной системой понимается административно правовой институт, регламентирующий общественные отношения между субъектами государственной администрации и гражданами, организациями по поводу предоставления разрешений на осуществление определенной деятельности (действий) или использование лицензионно-разрешительных объектов, административно-надзорные отношения в течение срока действия выданных лицензий и разрешений, а также применением мер административного принуждения в случаях нарушения правил лицензионно-разрешительной системы. Среди учёных – правоведов не существует единого мнения по данному вопросу. Хотя в науке административного права разрешительная система признается одной из фундаментальных категорий. Тем не менее, в настоящее время еще не выработан единый доктринальный подход к определению, понятия и содержания разрешительной системы. Данная тема на сегодняшний день признается не достаточно исследованной адекватно существующему состоянию общественных отношений в лицензионно-разрешительной сфере.

По мнению Д. Н. Бахрах разрешительная система – это урегулированная правом совокупность общественных отношений субъектов административной власти с гражданами и организациями, возникающих в связи с выдачей разрешений на занятие определенными видами деятельности и последующим надзором за соблюдением правил и условий осуществления разрешенной деятельности.¹

А. Б. Багандов определяет разрешительную систему как вид административной деятельности, который заключается в выдаче разрешений на особо охраняемые объекты разрешительной системы: надзор за соблюдением правил разрешительной системы; принятии мер административного воздействия и составления материалов для привлечения к ответственности нарушителей разрешительной системы.²

Более подробно определяет разрешительную систему С.А. Тарасов. По его мнению, это совокупность материальных и процессуальных административно-правовых норм и соответствующих правоотношений, складывающихся между уполномоченными государственными органами (должностными лицами) и предприятиями, учреждениями, организациями и

¹Бахрах Д. Н. Административное право России: Учебник для вузов. // М. Изд. – во НОРМА. 2001. С.376

²Багандов А. Б. Административно-правовое регулирование лицензионных отношений в Российской Федерации: теоретико-правовые основы, современное состояние, перспективы: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2007. С. 13

гражданами в процессе установления и осуществления порядка производства, приобретения, использования, хранения, сбыта, транспортировки конкретных предметов и веществ, открытия и функционирования специальных предприятий и организаций, выдачи разрешения на право совершения определенных действий или предоставления определенных полномочий, контроля за использованием правил разрешительной системы и привлечения нарушителей к установленной в законодательном порядке ответственности.³

Как нами уже было отмечено, основная цель данного исследования заключается в определении понятия лицензионно-разрешительной системы. В научной литературе лицензионно-разрешительная система понимается в широком и узком смыслах. Это зависит от субъекта и объекта лицензионно-разрешительной системы.

В широком смысле под лицензионно-разрешительной системой понимает закрепленный правовых нормах порядок, предусматривающий обязательность получения от уполномоченных государственных органов разрешений (лицензий) на совершение определенных действий или получения определенных правомочий предприятиями, учреждениями, организациями, либо отдельными гражданами.⁴

М.И. Еропкин определяет лицензионно-разрешительную систему как совокупность правил, регламентирующих порядок производство, приобретения, пользования, хранения, сбыта и перевозки некоторых предметов и веществ, а также порядок открытия и функционирования некоторых предприятий.⁵

На практике лицензионно-разрешительная система является объектом управляющего воздействия уполномоченных государственных органов. В пределах рассматриваемого понятия в юридической литературе часто выделяются более ограниченные и специфические категории: лицензия, разрешение, определенные действия, предметы, вещества. Исходя из такого понимания лицензионно-разрешительная система представляет собой определенную совокупность общественных отношений, складывающихся вследствие реализации господствующих в обществе правовых норм.

И.Ф. Амельчаков и В.Б. Белорусов считают, что лицензионно-разрешительная система – это установленный и регламентированный правом порядок, комплекс административно-правовых норм и правил, регулирующих производство, приобретение, пользование, хранение, сбыт и перевозку определенных предметов и веществ, функционирование

³Тарасов С. А. Лицензирование как метод государственной разрешительной политики в сфере предпринимательской деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 14 - 15.

⁴Буденко Н. И. Осуществление лицензионно-разрешительной системы //Административная деятельность органов внутренних дел. М., 1997. С. 143

⁵Еропкин М. И. Управление в области охраны общественного порядка. — М., 1965. С. 107

отдельных юридических лиц, а также совершение предусмотренных разрешением действий.⁶

Д.В. Осинцев, рассматривая лицензионно-разрешительную систему в широком смысле, считает, что это «особый вид административной деятельности, направленной на государственное подтверждение квалификации и профессиональных качеств отдельных субъектов, предоставления им специальных правовых статусов (специальной правоспособности или отдельных прав), позволяющих заниматься деятельностью (совершать действия), которая требует высокого профессионализма и квалификации субъекта-исполнителя или является исключительной в сравнении с общими требованиями административно-правовых режимов».⁷

В узком смысле лицензионно-разрешительная система определяется как особая область волевых межличностных отношений между органами исполнительной власти и субъектами, которая направлена на обеспечение элементарных условий проживания и нормального функционирования всех учреждений, органов, объединений в государстве. Данное мнение поддерживается А. Б. Гормаховым. В частности он отмечает, что лицензионно-разрешительная система в узкой трактовке включает в себя лишь определенную совокупность общественных отношений, осуществляемых органами внутренних дел и складывающихся в порядке приобретения, транспортировки, использования и сбыта определенных предметов и веществ, а также в открытии и функционировании определенных предприятий, организаций в целях обеспечения личной безопасности граждан, общественной безопасности и охраны общественного порядка.⁸

Поскольку данная категория – одна из ключевых в рассматриваемой сфере и непосредственно связана с практикой применения норм права милицией, она играет важную роль в обеспечении правильного сочетания мер принуждения и убеждения, совершенствовании форм и методов работы милиции по обеспечению общественной безопасности, разработке действенных мер предупреждения и пресечения правонарушений.

Именно этим объясняется то, что к проблемам лицензионно-разрешительной системы, понимаемой в узком смысле, проявляется повышенный интерес. Большая часть ученых, исследующих вопросы административного права, в том числе и указанные проблемы, считает, что лицензионно-разрешительная система, понимаемая в узком смысле, включает лишь определенную совокупность общественных отношений, в

⁶Амельчаков И. Ф., Белорусов В. Б. Лицензионно-разрешительная деятельность органов внутренних дел. — Тамбов, 2003. С. 5.

⁷Осинцев Д. В. Лицензионно-разрешительная система в Российской Федерации. Екатеринбург. 1999. С. 4

⁸Гормах Д. В. Правовые и организационные основы деятельности милиции по осуществлению лицензионно-разрешительной работы. Дисс. канд. юрид. наук. М., 1998. С. 70.

которые вступают органы внутренних дел в процессе приобретения, транспортировки, использования и сбыта лицами определенных предметов и веществ, а также при открытии и функционировании определенных предприятий и организаций в целях обеспечения личной безопасности граждан, общественной безопасности и охраны общественного порядка.⁹

Также существует другая позиция по этому вопросу, согласно которому некоторые учёные не считают что разрешительная система более широко, чем лицензионно-разрешительная, а лицензия это часть разрешительной системы. Так, Д.В. Шохин отмечает, что сегодня в России, с юридической точки зрения, при употреблении терминов "разрешение" и "лицензия" оправданным является разделение на родовое (разрешение) и видовое (лицензия).¹⁰

Однако следует отметить, что лицензионно-разрешительная система в узком смысле не ограничивается только деятельностью органов внутренних дел. Указанную деятельность также осуществляют другие органы исполнительной власти в пределах своих полномочий определенных национальным законодательством.

По нашему мнению, лицензионно-разрешительная система как административно-правовой институт, это совокупность административно-правовых норм и правил регулирующих деятельности лицензионно-разрешительными органами, связанных с выдачей, переоформлением, приостановлением и возобновлением, прекращением действий и аннулированием лицензионно-разрешительного документа, выдачей дубликатов лицензионно-разрешительного документа, контролем и надзором за соблюдением юридическими и физическими лицами лицензионно-разрешительных условий и выдачей предписаний об устранении нарушений этих условий.

Законодательство Республике Таджикистан (РТ) в указанной сфере не содержит понятия лицензионно-разрешительной системы. Однако данные понятия определены отдельными законами. Разрешительная система в РТ регулируется Законом РТ «О разрешительной системе». В соответствии со ст. 1 данного закона разрешительная система - это совокупность процедур регулирования предпринимательской деятельности разрешительными органами, связанных с выдачей, переоформлением, приостановлением и возобновлением действия и аннулированием разрешительного документа, выдачей дубликатов разрешительного документа, ведением единого государственного электронного регистра разрешительных документов, контролем соблюдения юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями разрешительных условий и выдачей предписаний об устранении нарушений этих условий. Указанное понятие не достаточно

⁹Гормах А. Б. Лицензионно-разрешительная система: понятие и сущность // Вестник московского университета МВД России. №3.2003. С.96.

¹⁰Шохин Д. В. Административно-правовой институт разрешительной системы в механизме государственного управления: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 15.

полно и всесторонне охватывает содержание исследуемую нами категорию. В этом определении указываются только юридическое лицо и индивидуальные предприниматели, однако физическое лицо оно не содержит. Получается, что в физические лица не имеют права на получение разрешения. Но, как известно, наряду с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями также и физические лица, то есть граждане РТ, иностранные граждане и лица без гражданства имеют право на получение разрешения на определенного вида деятельность. Например, разрешение на ранний брак, так в ст. 13 Семейного кодекса РТ установлено, что брачный возраст устанавливается в восемнадцать лет. В исключительных случаях, суд вправе снизить брачный возраст по просьбе лиц, желающих вступить в брак, установленный указанной статьей для мужчин и женщин, не более чем на один год. В связи с этим предлагаем внести соответствующие дополнения в Закон РТ «О разрешительной системе».

В соответствии с Законом РТ «О правовом положении иностранных граждан в Республики Таджикистан» иностранные граждане и лица без гражданства для проживания и осуществления трудовой деятельности на территорию РТ получают разрешение от уполномоченных органов. Например, постоянно проживающими в РТ признаются иностранные граждане, получившие на то разрешение, оформленное видом на жительство, выданным органами внутренних дел (ст.5). Трудовая деятельность иностранных граждан в РТ осуществляется на основании разрешений, выдаваемых уполномоченным государственным органом по миграции. Правила выдачи разрешений на работу для осуществления иностранными гражданами трудовой деятельности в РТ и образец их бланков утверждаются Правительством РТ (ст.7). Вышеизложенное позволяет сделать вывод, что большинство ученых отождествляют понятия «разрешительная система» и «лицензионно – разрешительная систему».

Следует отметить, что разрешительная система охватывает своим воздействием более широкие сферы регулирования по сравнению с лицензионно-разрешительной системой. В основе первого термина центральное место отводится разрешению, а в основе второго – лицензии. Разрешение является родовым понятием по отношению к лицензии и определяет родовую принадлежность последней.

Анализ соответствующего законодательства РТ показывает, что в нем между понятиями разрешения и лицензии не идентичны. Согласно Закону РТ «О разрешительной системе» разрешительный документ это административный документ разрешительного характера, выданный разрешительным органом, удостоверяющий право юридических лиц и индивидуальных предпринимателей осуществлять определенный вид деятельности или действия в течение установленного срока при обязательном соблюдении разрешительных условий. Разрешительный документ выдается в виде разрешения, сертификата, заключения, утверждения, согласования, визирования, свидетельства, квалификационного

аттестата, разрешительной надписи, удостоверения, акта оценки, аккредитации и иных видов документов разрешительного характера (за исключением лицензии)». Очевидно, что закон не относит лицензию к разрешительным документам.

При этом в соответствии с Законом РТ «О лицензировании отдельных видов деятельности» под лицензией понимается специальное разрешение на осуществление конкретного вида деятельности при обязательном соблюдении лицензионных требований и условий, выданное лицензирующим органом юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю.

Согласно Закону РТ «О лицензировании отдельных видов деятельности» лицензия – это одно из видов разрешение то ест специальное разрешение, однако Закон РТ «О разрешительной системе» исключает его из числа разрешительных документов. Во-первых он исключает, что лицензия – это часть разрешение или разрешительный документ, а во-вторых, само понятие разрешение неопределено в данном законе.

Закон РТ « О лицензировании отдельных видов деятельности» также определяет понятие лицензирование. Согласно закону лицензирование – это мероприятия, связанные с предоставлением лицензий, переоформлением документов, подтверждающих наличие лицензий, приостановлением и возобновлением действия лицензий, аннулированием лицензий и контролем лицензирующих органов за соблюдением лицензиатами при осуществлении лицензируемых видов деятельности соответствующих лицензионных требований и условий. Лицензирование выступает лишь формой разрешительной системы, направленной на соблюдение условий и требований, прежде всего, в хозяйственной деятельности.

Полагаем, что в современных условиях некорректно смешивать лицензирование с разрешительной системой, ибо это приводит к правовой неразберихе и противоречивости законодательства, в частности усложняет процедуру применения мер административного принуждения за нарушения порядка и условий деятельности, подпадающей под разрешительный режим.

Анализ специальной литературы и соответствующего законодательства РТ показывает, что лицензионно – разрешительная система имеет следующие особенности:

1).лицензионно – разрешительная деятельность требует квалифицированного и профессионального ведения в определенных формах и определенными способами;

2) в ее основу положен императивный способ регулирования общественных отношений, невыполнение названных условий характеризует ее как общественно опасную;

3) возможность достижения целей обеспечения общественной безопасности и правопорядка в целом. Основная цель разрешительной системы заключается в установлении правовых механизмов, позволяющих заниматься определенными видами деятельности цивилизованно, не

причиняя вреда обществу и государству. Являясь одним из методов государственного воздействия на общественные отношения, разрешение является важным правовым инструментом, при котором уполномоченные органы исполнительной власти создают баланс частных и публичных интересов;¹¹

4) возможность принятия решения в административном порядке и гарантированность административной и уголовной ответственности;

5) специальным, строго формализованным административно-правовым статусам участников лицензионно-разрешительная правоотношения, то есть применяется исключительно уполномоченными органами и должностными лицами государственной власти;

6) возможность оперативно реагировать на изменения внешних условий и приостанавливать действие разрешений при стихийных бедствиях, эпидемиях, эпизоотиях и т.д.;¹²

7) наличие относительного запрета. Он может быть прямо или косвенно закреплён правовой нормой. Чаще всего это делается косвенно: устанавливается, что заниматься определенной работой можно только при наличии разрешения на это;

8) длящиеся отношения между властными и невластными субъектами, обязательным элементом которых является надзор за соблюдением лицензиатами и иными субъектами, получившими разрешения, правил и условий при осуществлении соответствующей деятельности;¹³

Таким образом, в итоге проведенного исследования предлагаем следующее. В Законе РТ «О разрешительной системе» внести изменения такого содержания: «разрешительная система – совокупность процедур регулирования деятельности разрешительными органами, связанных с выдачей, переоформлением, приостановлением и возобновлением действия и прекращением, аннулированием разрешительного документа, выдачей дубликатов разрешительного документа, ведением Единого государственного электронного регистра разрешительных документов, контролем соблюдения юридическими лицами, физическими лицами и индивидуальными предпринимателями разрешительных условий и выдачей предписаний об устранении нарушений этих условий». Понятие «разрешение» изложить в следующей редакции: «разрешение – это официальный документ, выданный специально уполномоченным органом исполнительной власти физическим лицам, юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям, предоставляющий право на совершение различного рода юридически значимых действий,

¹¹Мильшин Ю. Н. К вопросу о содержании разрешительной системы // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. №1 (102). С.65.

¹²Валяев Ю.К. Метод разрешения в административном праве: Автореф. дис. ... канд юрид. наук. М., 2009. С.107-109.

¹³Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Старилов Ю. Н. Административное право. 3-е издание пересмотренное и дополненное. М. Изд. - во НОРМА. 2008. С.451-452.

осуществление которых при отсутствии данного разрешения влечет за собой ответственность, предусмотренную законодательством Республики Таджикистан».

В Законе РТ «О лицензировании отдельных видов деятельности», понятие лицензирование определить следующим образом: «лицензирование – деятельность лицензирующих органов, связанные с предоставлением лицензий, переоформлением документов, подтверждающих наличие лицензий, приостановлением и возобновлением действия лицензий, прекращением действия лицензий, аннулированием лицензий и контролем за соблюдением лицензиатами при осуществлении лицензируемых видов деятельности соответствующих лицензионных требований и условий».

Литература:

1. Диноршоев А.М., Кодиров Дж.Ш., Марифхонов Р.Н. Административное право Республики Таджикистан. Душанбе. 2014.
2. Осинцев Д.В. Разрешительная система в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1995.
3. Багандов А. Б. Административно-правовое регулирование лицензионных отношений в Российской Федерации: теоретико-правовые основы, современное состояние, перспективы: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2007.
4. Тарасов С.А. Лицензирование как метод государственной разрешительной политики в сфере предпринимательской деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.
5. Налетов К.И. Юридическая взаимосвязь лицензий и разрешений на пользование недрами // Российская юстиция. 2008. №2.
6. Милын Ю.Н., Юрьева Ю.С. Разрешение и лицензия в Российском законодательстве: теоретико-правовой аспект.// Вестник Евразийской академии административных наук. 2007. № 1.
7. Валяев Ю.К. Метод разрешения в административном праве: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. М., 2009.

Наимов Б.Г.

Аннотация

Понятие и особенности лицензионно-разрешительной системы

В данной статье исследуются понятие, признаки и особенности лицензионно-разрешительной системы как института административного права. Так же определяется понятие разрешение и лицензия по законодательству РТ и излагаются некоторые предложения по совершенствованию законодательства РТ о лицензионно-разрешительной системе.

The summary

The concept and features of licensing system

This article explores the concept, features and peculiarities of licensing system as an institution of administrative law. Just define the concept of permits and licenses under the laws of the Republic of Tajikistan and some suggestions to improve the legislation of the Republic of Tajikistan on the licensing system.

Салохидинова С.М.*

Уполномоченный по защите прав предпринимателей

Ключевые слова: права человека, защита прав и свобод, предпринимательская деятельность, Уполномоченный по защите прав предпринимателей

Key words: human rights, protection of human rights and freedoms, entrepreneurial activity, business ombudsman

В современном мире проблема защиты прав человека по-прежнему остается одним из актуальных. Республика Таджикистан (РТ), как часть мирового сообщества, принимает всяческие меры по совершенствованию механизмов реализации и защиты прав и свобод, вся его деятельность направлена на реализацию конституционных положений о высшей ценности прав и свобод человека и гражданина. В последнее время особое внимание уделяется совершенствованию механизмов защиты прав и свобод человека. По инициативе Президента РТ Эмомали Рахмона в 2008г., в РТ был создан институт Уполномоченного по правам человека в РТ. В 2015г., Президентом страны, в целях обеспечения и защиты прав ребенка, было предложено создать в РТ институт Уполномоченного по правам ребенка. Данные инициативы главы государства свидетельствуют о том, что вопросам защиты прав человека уделяется особое внимание.

На сегодняшний день в РТ также остро стоит и вопрос обеспечения и защиты прав предпринимателей. В современных экономических условиях, государству необходимо своевременно реагировать и разрешать проблемы экономического характера. В связи с этим, возникает острая необходимость в создании и полноценном функционировании инструментов государственной поддержки предпринимательства. К числу таких инструментов можно отнести институт уполномоченного по защите прав предпринимателей.

Функционирование данного института государственной поддержки предпринимательской деятельности уже показал положительные результаты в этих странах, выступая в качестве эффективного средства устранения

*Аспирантка кафедры конституционного права юридического факультета ТНУ

административных барьеров, с которыми сталкиваются предприниматели при осуществлении своей деятельности. Опыт стран, в которых существует данный институт, показывает, что он применяется не только как форма внесудебной защиты прав предпринимателей, но и как средство урегулирования конфликтов, приводящих к нарушению прав и законных интересов предпринимателей, и как следствие сокращение количества судебных обращений по вопросам восстановления нарушенных прав. Кроме решений правовых проблем предпринимателей, уполномоченные также занимаются привлечением инвестиций в экономику.

В Российской Федерации (РФ) в 2012г., была учреждена должность Уполномоченного при Президенте РФ по защите прав предпринимателей. Кроме того, в субъектах РФ также функционируют региональные Уполномоченные. За свой короткий срок существования данный институт в РФ, сумел стать востребованным способом защиты прав предпринимателей, о чем свидетельствуют ежегодные доклады Уполномоченного, как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов федерации. Так, за 2014г., в аппарат Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Калининградской области поступило 165 обращений. Более 50% обращений решено в пользу предпринимателей.¹

В 1996г. в США в структуре Администрации по делам малого бизнеса учреждено Управление Национального Омбудсмана. В 1995г., данный институт функционирует и в Европейском Союзе (ЕС). В 2012 г. в Австралии была учреждена должность Уполномоченного по делам малого предпринимательства. В Грузии данный институт именовался как «налоговый - омбудсмен». Введение данной должности было регламентировано Налоговым кодексом Грузии, вступившим в силу 1.01.2011г. В начале 2015г., данный институт было переименовано в «бизнес-омбудсмена».

Несмотря на различие в формулировках названий данного института, основная их цель состоит в контроле над соблюдением прав и законных интересов предпринимателей, также в содействии в восстановлении их нарушенных прав.

Анализ полномочий «бизнес-омбудсменов» в этих странах показывает, что в основном их деятельность направлена на обеспечение гарантий государственной защиты прав и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности и соблюдение указанных прав органами государственной власти, органами местного самоуправления и должностными лицами²; содействие малым предприятиям, испытывающим чрезмерное или несправедливое давление со стороны федеральных регулирующих органов, такие как, частые и необоснованные ревизии,

¹ Ежегодный доклад о деятельности Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Калининградской области за 2014. С. 22. // Режим доступа: <http://ombudsmanbiz39.ru/dokumenty/doklady/> (дата обращения 14.07.2015).

² ФЗ «Об уполномоченных по защите прав предпринимателей в Российской Федерации». // Режим доступа: <http://letters.kremlin.ru/acts/38/> (дата обращения 10.07.2015)

наложение крупных штрафов, угрозы или другие недобросовестные принудительные действия³; рассмотрение жалоб граждан государств-членов ЕС, лиц проживающих на территории этих государств, предприятий, объединений и других организаций, зарегистрированных в ЕС, на предмет злоупотребления властью органами ЕС⁴; отстаивание интересов малого бизнеса, путем информирования правительства об их проблемах, информирование малого бизнеса, рассмотрение отдельных споров между малым бизнесом и государственными органами.⁵

Современный мир ставит все новые задачи, решение которых имеет первостепенное значение для интеграции государства в мировую экономику и построении полноценной рыночной экономики. Достижение этих целей видится через своевременное решение проблем, с которыми сталкиваются предприниматели. В этом направлении компетенция действующего в стране Уполномоченного по правам человека не достаточно для решения таких проблем. Также с учетом специфики предпринимательских отношений и их необходимости и значимости для развития экономики страны, создание органа, служащего связующим звеном между государством и предпринимателями является требованием времени.

На основании изложенного, представляется необходимым создать специальный орган - Уполномоченный по защите прав предпринимателей в РТ. В этих целях необходимо разработать и принять Закон РТ «Об Уполномоченном по защите прав предпринимателей в Республике Таджикистан», в котором следует предусмотреть основные направления деятельности, функции и задачи данного органа. Приоритетным направлением деятельности Уполномоченного должно стать защита прав предпринимателей, посредством внесудебного решения возникших споров между предпринимателями и государственными органами, создание благоприятного конкурентного инвестиционного климата в целях привлечения зарубежных инвестиций в экономику страны, устранение административных барьеров для развития малого и среднего предпринимательства, в особенности в производственном секторе экономики. Данный институт должен стать адекватным способом государственной поддержки предпринимательства и служить связующим звеном между предпринимателями и государственными органами. Создание данного органа позволит успешно использовать опыт экономически развитых стран в этой сфере.

³Офис Национального Омбудсмана США. // Режим доступа: <https://www.sba.gov/ombudsman> / (дата обращения 10.07.2015)

⁴Европейский Омбудсмен. // Режим доступа: <http://www.ombudsman.europa.eu/home.faces/> (дата обращения 10.07.2015)

⁵Уполномоченный по делам малого бизнеса в Австралии. // Режим доступа: <http://www.asbc.gov.au/about/our-role/> (дата обращения 10.07.2015).

Литература:

1. Ежегодный доклад о деятельности Уполномоченного по защите прав предпринимателей в Калининградской области за 2014г. // Режим доступа: <http://ombudsmanbiz39.ru/dokumenty/doklady/> (дата обращения 14.07.2015).
2. Офис Национального Омбудсмана США. // Режим доступа: <https://www.sba.gov/ombudsman/> (дата обращения 10.07.2015)
3. Европейский Омбудсмен. // Режим доступа: <http://www.ombudsman.europa.eu/home.faces./> (дата обращения 10.07.2015)
4. Уполномоченный по делам малого бизнеса в Австралии. // Режим доступа: <http://www.asbc.gov.au/about/our-role./> (дата обращения 10.07.2015).

Салохидинова С.М.

Аннотация

Уполномоченный по защите прав предпринимателей

В статье рассматривается деятельность уполномоченных по правам предпринимателей в зарубежных странах и указывается на необходимость создания данного органа и в Республике Таджикистан.

Salohidinova S.M.

The summary Business ombudsmanas

In the article is considered the activities business ombudsman in foreign countries and indicated the necessity of creation this body in the Republic of Tajikistan.

Якубова С.Н.*

Некоторые вопросы лишения депутатской неприкосновенности депутатов местных Маджлисов народных депутатов Республики Таджикистан

Ключевые слова: неприкосновенность, депутат, Конституция, местный Маджлис народных депутатов

Key words: immunity, MP, the Constitution, Local Councils of People's Deputies

Со времен приобретения независимости Республики Таджикистан (РТ) до сегодняшнего дня нормативно-правовой акт, регулировавший правовое положение депутатов местных представительных органов государственной власти РТ несколько раз подвергался изменению. Конституция РТ была принята 6. 11. 1994г. Вскоре, вслед за принятием конституции 1. 12. 1994г.,

*Доцент кафедры конституционного права юридического факультета ТНУ, к.ю.н.

был принят Закон РТ «О государственной власти на местах», регулирующий выборы, деятельность и правовое положение депутатов местных Маджлисов народных депутатов РТ. Согласно вышеназванным законам местный представительный орган государственной власти - является Маджлис народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе, города и района, который избирается избирателями Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе, города и района. Данный Конституционный закон предусматривает количество депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе - до 70, а для города и района - до 40 человек. Маджлис народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе, города и района избирается избирателями соответствующих административно-территориальных единиц на основе принципов общего, равного, прямого и тайного голосования сроком на пять лет. Деятельность местных органов государственной власти РТ регулируется Конституцией РТ, Конституционным законом, законами и другими нормативными правовыми актами РТ, а также международными правовыми актами, признанными РТ.

Местный представительный орган государственной власти в пределах своих полномочий решает вопросы местного значения. Полномочия депутата местных представительных органов государственной власти начинается со дня их утверждения Маджлиса народных депутатов и заканчивается в день открытия первой сессии Маджлиса народных депутатов нового созыва, либо в случаях досрочного прекращения полномочий. Депутат местных представительных органов государственной власти осуществляет свои полномочия, как правило, не порывая с производственной или служебной деятельностью. На время сессий, заседаний постоянных комиссий Маджлиса народных депутатов, а также для осуществления депутатских полномочий, и в иных предусмотренных законом случаях, депутат освобождается от исполнения производственных или служебных обязанностей.

Ч. 3 ст. 1 Закона РТ «О государственной власти на местах» гласит: местный Маджлис народных депутатов выражает и реализует волю населения в соответствующей административно-территориальной единицы с учетом общегосударственных интересов. Далее, ст. 28 устанавливает, депутаты являются полномочными представителями избирателей и выражают их волю интересы в Маджлис народных депутатов. Депутат несет обязанности перед Маджлисом народных депутатов и его органами, выполняет их поручения. Депутат поддерживает связь с избирателями, регулярно информирует их о работе Маджлиса народных депутатов, выполнении планов, программ экономического и социального развития данной территории. Также, Депутат участвует в организации и контроле исполнения решений Маджлиса народных депутатов, изучает общественное мнение, нужды и запросы населения, и вносит предложения в Маджлис народных депутатов. Депутат местных Маджлисов работают не на постоянной основе, но в тоже время, согласно ч. 5 ст. 8 вышеназванного

закон предусматривает возместить расходы, связанные с депутатской деятельностью, за счет средств соответствующего местного бюджета. В том числе, депутату возмещается средняя заработная плата по основному месту работы. Руководители государственных органов, общественных объединений, предприятий, организаций и учреждений, независимо от форм собственности, обязаны оказывать и содействовать в осуществлении депутату Маджлиса народных депутатов для выполнения депутатской представительной деятельности и других возложенных на них функций. В случае, если должностные лица будут игнорировать законных требований депутата, то по представлению Председателя будут привлекаться к ответственности в порядке, установленном законодательством.

13. 05. 1996г. был принят Закон РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов» регулировавший правовое положение депутатов Маджлиса народных депутатов. С принятием названного нового закона РТ коренным образом изменился правовой статус депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе, города и района. Данный закон предусматривал, взаимоотношение депутата Маджлиса народных депутатов с избирателями, политическими партиями и органами, выдвинувшими его кандидатом в депутаты, о нормах депутатской этики и ответственность за их нарушение, о том, что депутат обладает всей полнотой прав, обеспечивающих его участие в деятельности областного, городского и районного Маджлисов народных депутатов и образуемых ими органов, несет ответственность перед этими органами и выполняет их поручения. Также об участии депутата Маджлиса народных депутатов в работе сессий Маджлиса народных депутатов, т.е. депутаты на основе коллективного, равноправного и свободного обсуждения рассматривают и решают все вопросы, относящиеся в соответствии с Конституцией, конституционными законами и законами РТ к ведению Маджлиса народных депутатов. Депутат на сессии Маджлиса народных депутатов пользуется правом решающего голоса по всем вопросам, рассматриваемым на сессии Маджлиса народных депутатов. Депутат Маджлиса народных депутатов вправе: избирать и быть избранным в органы местного Маджлиса народных депутатов; предлагать вопросы для рассмотрения Маджлиса народных депутатов; вносить предложения и замечания по повестке дня, порядку рассмотрения и существу обсуждаемых вопросов; участвовать в прениях, обращаться с запросами, задавать вопросы, обосновывать свои предложения и мотивы голосования, давать справки, доводить до сведения депутатов свою точку зрения и точку зрения избирателей; о защите прав, чести и достоинства депутата и ряд других вопросов связанный с деятельностью депутата Маджлиса народных депутатов РТ.

Хочется, подчеркнуть особенности Закона РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной

области, областей, города Душанбе, городов и районов». В ст. 21 предусматривалось неприкосновенность депутата Маджлиса народных депутатов РТ. Депутат областного, городского и районного Маджлисов народных депутатов обладает правом неприкосновенности на соответствующей территории. Он не может быть задержан, за исключением случаев задержания на месте совершения преступления, арестован, подвергнут приводу, мерам административного взыскания, налагаемого в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности без согласия соответствующего Маджлиса народных депутатов, депутатом которого он является.

Впервые на законодательном уровне, депутатам местных представительных органов была закреплена норма о депутатской неприкосновенности. Данная норма предусматривает, что депутат Маджлиса народных депутатов обладает правом неприкосновенности, в пределах соответствующей административно-территориальной единицы. Депутат Маджлиса народных депутатов не может быть задержан, за исключением случаев задержания на месте совершения преступления, арестован, подвергнут приводу, мерам административного взыскания, налагаемого в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности без согласия соответствующего Маджлиса народных депутатов, депутатом которого он является. Депутат Маджлиса народных депутатов не может быть подвергнут обыску, в пределах соответствующей административно-территориальной единицы, за исключением случаев, установленных законом в целях обеспечения безопасности других.

Вместе с тем, провозглашая депутатский неприкосновенность, Закон РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов», четко определяет рамки депутатской неприкосновенности. Следуя, из сказанных, депутат имеет ограниченную неприкосновенность. Так как, за пределы соответствующей административно-территориальной единицы депутатская неприкосновенность не распространяется.

Неприкосновенность депутата надо видеть, во-первых, в освобождении депутата от судебного или внесудебного преследования за суждения и мнения, высказанные им при исполнении депутатских обязанностей, кроме случаев, когда депутатом высказаны публичные оскорбление, клевета, и за это уже наступает соответствующая ответственность. Во-вторых, выражается также в неприкосновенности личности депутата - депутатской неприкосновенности, она не допускает насильственных мер в отношении депутата и как лица с особым статусом, и как общественно-политического деятеля, в отношении которого недопустимы ограничения свободы и произвол в связи с его публичной деятельностью. Действующее законодательство РТ допускает два изъятия неприкосновенности депутата Маджлиса народных депутатов. Во – первых, он может быть задержан на месте преступления. Во – вторых, он может быть подвергнут личному

досмотру в случаях, когда закон предусматривает необходимость такого досмотра для обеспечения безопасности других лиц.

Мировой опыт свидетельствует о большом богатстве различных модификаций депутатской неприкосновенности. Говоря о неприкосновенности депутата местных представительных органов государственной власти РТ можно задать вопрос. Можно ли депутата Маджлиса народных депутатов за пределами административно-территориальной единицы без согласия Маджлиса народных депутатов подвергать к аресту, задержанию, обыску и т.д.? *Можно.* Норма вышеназванного закона ограничивает пределы неприкосновенности депутата местных представительных органов государственной власти РТ. Депутат областного, городского и районного Маджлиса народных депутатов обладает правом неприкосновенности на соответствующей территории.

В тоже время, ст. 22 Закона РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов», предусматривает порядок получения согласия на привлечение депутата Маджлиса народных депутатов к ответственности. Для получения согласия областного, городского, районного Маджлиса народных депутатов на привлечение депутата к уголовной ответственности, задержание, арест или применение по отношению к нему мер административного взыскания, налагаемых в судебном порядке, соответствующий прокурор перед предъявлением депутату обвинения, дачей санкции на задержание, на арест или направлением дела об административном правонарушении в суд вносит представление в соответствующий Маджлис народных депутатов. Вопрос о лишении неприкосновенности депутата Маджлиса народных депутатов решается по представлению соответствующего прокурора. Маджлис народных депутатов рассматривает представление прокурора не позднее, чем в месячный срок после его получения. Действующий закон наделял Маджлиса народных депутатов правом истребовать от соответствующего прокурора дополнительные материалы. Депутат, в отношении которого вынесено представление, имеет право участвовать в заседании Маджлиса народных депутатов по данному вопросу. Отказ Маджлиса народных депутатов на представление соответствующего прокурора о лишении Маджлиса народных депутатов личной неприкосновенности не является обстоятельством, исключающим производство по уголовному делу или производство по делу об административном правонарушении и влекущим прекращение таких дел.

Обращает на себя внимание, то обстоятельство, что в случае, несогласие с решением Маджлиса народных депутатов вышестоящий прокурор вправе войти соответственно в вышестоящий Маджлис народных депутатов, т.е. в Маджлиси милли Маджлиси Оли РТ с представлением об отмене решения и передаче вопроса на повторное рассмотрение соответствующему Маджлису народных депутатов. Прокурор, вносивший представление, в трехдневный срок со дня окончания производства по делу

обязан сообщить представительному органу власти, давшему согласие на привлечение депутата к ответственности и его арест, о результатах расследования или рассмотрения дела. Уголовное дело в отношении депутата может быть возбуждено прокурором соответствующей территории или вышестоящим прокурором.

Причина установление такой нормы. В прошлом на практике, были случаи, когда прокурору соответствующей административно-территориальной единицы не удавалось с первой попытки получить согласие на привлечение к уголовной ответственности депутата Маджлиса народных депутатов. Это и послужило, для того чтобы вышестоящий прокурор вправе войти соответственно в вышестоящий Маджлис народных депутатов, т.е. в Маджлиси милли Маджлиси Оли РТ с представлением об отмене решения и передаче вопроса на повторное рассмотрение соответствующему Маджлису народных депутатов. Т.е. данный случай привело к тому, что 2008г., Парламентом РТ в вышеназванный закон регулирующий правовой статус депутатов местных представительных органов власти, в отношении сказанных было внесено изменение дополнение.

Таким образом, правовое положение депутатов первого и второго созыва местных представительных органов государственной власти (1995-2000, 2000-2005гг.) регулировался вышеназванными законами РТ. 17. 05. 2004г., на смену Закона РТ « О государственной власти на местах», пришел новый Конституционный закон «О местных органах государственной власти». На равне, с данным законом действовал другой закон, Закон РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов». Этот закон подвергался постоянным изменением и дополнением.

Согласно с новым конституционным законом Маджлис народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе, города и района в пределах своих полномочий решает вопросы местного значения» (третий созыв 2005-2010г.). Маджлис народных депутатов не является постоянно действующим представительным органом. В соответствии ч. 1 ст. 15 вышеназванного конституционного закона, депутат Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе, города и района вправе свободно выражать свое мнение и голосовать в соответствии со своим убеждением. Итак, следует констатировать: главное, что избиратели не обладают правом давать депутату обязательные для него наказания, указания, директивы: депутат не несет ответственности перед избирателями и не может быть ими досрочно отозван.

Закрепление свободного мандата в правовой доктрине рассматривается, как одно из средств обеспечения независимости депутатов в деятельности своих полномочий. Главным является отражение принципа свободного мандата в осуществлении представительной функции. По нашему мнению, свободный мандат присущ депутатам местных представительных

органов государственной власти РТ. Депутату местных представительных органов государственной власти при осуществлении ими своих полномочий обеспечиваются условия для беспрепятственной и эффективной реализации их прав и обязанностей, установленных вышеназванным законом РТ. А также, организационные, материально-технические и другие виды обслуживания деятельности Маджлиса народных депутатов и его органов. Содействие народным депутатам в выполнении ими своих полномочий осуществляются аппаратом председателя Горно-Бадахшанской автономной области, области, города Душанбе, городов и районов. А также, возмещаются расходы по обеспечению Маджлиса народных депутатов. Между тем, депутат Маджлиса народных депутатов осуществляет свои функции не на постоянной основе. Законодатель оставил прежний набор неизменным. Так же неизменным остался количество народных депутатов местных представительных органов государственной власти. Следует отметить, что в вышеназванном законе элементы императивного депутатского мандата (отзыв, наказания избирателей, подотчетность депутатов), свойственные советскому периоду представительной системы отсутствует. Прежнего набора составляющих императивного мандата уже нет. Закрепляя такой статус, законодатель предоставляет депутатам местных представительных органов условия для их деятельности, беспрепятственно и эффективно выполнения своих полномочий. Большинство конституций государств мира закрепляет, что депутаты местных представительных органов осуществляют представительную функцию без императивного мандата.

Депутат местных представительных органов представляет, свой округ. В споре, кого представляет депутат местных представительных органов РТ: избирателя своего округа или же весь округ, предпочтение отдано второму варианту. Депутат является представителем округа, от которого он избран.

В ч. 2 ст. 15 нового Конституционного закона «Об органах государственной власти на местах» закреплена норма о неприкосновенности депутата местных представительных органов государственной власти РТ.

Ситуация осложняется неоднократным изменением регулирования депутатской неприкосновенности местных представительных органов государственной власти РТ. 22. 07. 2013г., Конституционный закон РТ «О местных органах государственной власти» и Закон РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов» подверглись существенным изменениям. 22. 07. 2013г., ч. 2 ст. 15 Конституционного закона РТ «О местных органах государственной власти» была полностью исключена. Далее, 22. 07. 20013г., ст. 21 и 23 Закона РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов» также была полностью исключена. А ст. 22 подверглась изменению. Следует отметить, что в изначальной редакции ст. 22 Закона РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области,

областей, города Душанбе, городов и районов» иначе регулировала соответствующие вопросы и называлась «Порядок получения согласия на привлечение депутата Маджлиса народных депутатов к ответственности». В новой редакции данная статья содержит следующие положения: «Уголовные дела и дела об административных правонарушениях в отношении депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов возбуждают Генеральный прокурор Республики Таджикистан и его заместители, прокурор Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, транспортный прокурор Таджикистана, прокурор города, района. Арест и домашний арест, арест имущества, арест переписки, прослушивание и запись телефонных разговоров депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, городов и районов производятся с согласия Генерального прокурора Республики Таджикистан и его заместителей, прокурора Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе, транспортного прокурора Таджикистана и с разрешения Верховного Суда Республики Таджикистан, суда области и города Душанбе в установленном законодательством Республики Таджикистан порядке». Эти изменения затронули правовое положение депутатов: о неприкосновенности депутата, которая связана с вопросами ареста, задержания, принудительного привода, обыска депутатов Маджлиса народных депутатов. Эти изменения отражают на качество работы депутата Маджлиса народных депутатов, т.е. степень свободы выражения мнений, способы отстаивания интересов избирателей, отсутствие стабильности в данной сфере. Этим изменением депутаты Маджлиса народных депутатов лишились депутатской неприкосновенности.

1. 03. 2015г., прошли выборы депутатов Маджлиса народных депутатов РТ. Новоизбранные депутаты Маджлиса народных депутатов будут осуществлять свою депутатскую деятельность без депутатской неприкосновенности.

Итак, мы рассмотрели, как на протяжении нескольких лет правовое положение депутатов местных представительных органов государственной власти РТ коренным образом, часто меняется. Таким образом, для привлечения депутата местных представительных органов государственной власти РТ к административной или уголовной ответственности не нужно согласие Маджлиса народных депутатов. И соответственно только суд может решать вопрос об аресте, домашнем аресте и арест имущества, арест переписки, прослушивание и запись телефонных разговоров. Таким образом, подводя итог, нами предлагается следующее: объединить два существующих закона: Конституционный закон РТ «О местных органах государственной власти» и Закон РТ «О правовом статусе депутата Маджлиса народных депутатов Горно-Бадахшанской автономной области, областей, города Душанбе». Должен существовать единый закон, регулировавший все вопросы, касающиеся депутатов Маджлиса народных депутатов:

деятельность, полномочия, основания прекращения полномочий, порядок созыва сессий, учреждений и деятельность постоянных и временных комиссий, депутатской этики, правовое положение, привлечения к ответственности. Это необходимо во избежание дублирование законов.

Надеемся, что предлагаемые рекомендации получат признание со стороны законодательного органа государственной власти РТ и будут реализованы.

Литература:

1. Диноршоев А.М., Якубова С.Н., Камолов Ш.Х. Конституционное право Республики Таджикистан. // отв. редактор Диноршоев А.М. Душанбе. 2015. (на тадж. яз).
2. Диноршоев А.М., Гадоев Б.С., Салохидинова С.М., Сафаров Д.С. Конституционное право Республики Таджикистан/отв. редактор Диноршоев А.М. Душанбе. 2015.
3. Имомов А.И. Конституционное право Республики Таджикистан. Душанбе. 2012. (на тадж. яз).

Якубова С.Н.

Аннотация

Некоторые вопросы лишения депутатской неприкосновенности депутатов местных Маджлисов народных депутатов Республики Таджикистан

В статье рассматривается один важных вопросов связанный с деятельностью местных Маджлисов народных депутатов – депутатская неприкосновенность. Автор анализируется эволюция данного института в законодательстве РТ и на основании этого предлагается ряд предложений по совершенствованию данного института в РТ.

Yakubova S.N.

The summary

Some issues of deprivation parliamentary immunity of deputies of local councils of people's deputies of the Republic of Tajikistan

The article describes one of important issues related to the activities of local assemblies of People's Deputies - the parliamentary immunity. The author analyzes the evolution of this institution in the law of Tajikistan and on the basis of the available number of suggestions for improvement of this institution in the Republic of Tajikistan.

К вопросу правового обеспечения деятельности таможенных органов в Республике Таджикистан

Ключевые слова: правовое обеспечение, деятельность таможенных органов, субъекты правового обеспечения

Key words: legal support, legal support of the customs authorities, the subjects of the legal provision of activity of the said authorities

Правовое обеспечение деятельности таможенных органов является одним из актуальных вопросов в юридической науке. Именно от качественного регулирования всех сторон деятельности таможенных органов зависит его надлежащее правовое обеспечение. Раскрыть сущность и содержание понятия «правовое обеспечение» будет содействовать правильному пониманию правового обеспечения деятельности таможенных органов.

В юридической науке существуют различные точки зрения относительно понятия правовое обеспечение. Так, В. А. Козбаненко отмечает, что правовое обеспечение понимается на широком и узком смысле. В широком смысле оно охватывает всю совокупность социально-правовых элементов и весь процесс выработки юридически значимых мер (средств, приемов и способов) и использования их в практической деятельности субъектов права по воздействию на предмет юридической регуляции для достижения фактических результатов в конкретной сфере общественных отношений. В узком смысле (конкретном) правовое обеспечение есть система законодательных, иных нормативных и прочих актов, регулирующих организацию и деятельности субъектов права в конкретных сферах общественной жизни.¹ Исходя из этого, он отмечает, что правовое обеспечение это система социально-правовых элементов и юридически значимых мер (средств, приемов и способов), влияющих на формирование и реализацию права.²

Ю.А. Тихомиров в свою очередь указывает, что «правовое обеспечение управления» означает использование правовых способов для регулирования организации и деятельности субъектов управленческих отношений и для обеспечения их воздействия посредством комплекса средств на объекты управления – организации, учреждения, предприятия, различные организационные структуры, разумеется, путем влияния на сознание людей и их общественное поведение.³

* Ассистент кафедры конституционного права юридического факультета ТНУ

¹ Козбаненко В. А. Правовое обеспечение статуса государственных гражданских служащих (теорико-административные аспекты). Дисс. ... д.ю.н. М. 2003. С.59-60

² Там же. С. 60

³ Тихомиров Ю.А. Юридические императивы управления. // Вопросы государственного и муниципального управления. М.2008. №1. С. 4

В. В. Дралов определяет понятие правового обеспечения федеральных органов государственной власти, как комплекс специальных мер, средств и способов, обладающих юридическим содержанием и нацеленных на регулирование организации и функционирования данных органов.⁴

Будучи в целом согласны с указанными точками зрения, хотелось бы отметить следующие. Приведённые выше точки зрения при определении понятия правовое обеспечение ссылаются на использование правовых способов. Однако, на наш взгляд правовое обеспечение наряду с правовыми способами и методами охватывает и не правовые способы, к которым мы можем отнести правовое воспитание, правовую культуры и т.д. По этому, считаем, что правовое обеспечение осуществляется как правовыми, так и не правовыми способами правового воздействия.

Изложив общее видение относительно понятия правовое обеспечение, перейдем к рассмотрению непосредственно вопросов правового обеспечения таможенных органов.

Правовое обеспечение деятельности таможенных органов в основном осуществляется правовыми способами. Потому что, по нашему мнению составной элемент правового обеспечения деятельности таможенных органов является правовое регулирование, которое реализуется правовыми способами. На основе этого мы можем определить правовое обеспечение деятельности таможенных органов как совокупность правовых способов, которые направлены на осуществление деятельности таможенных органов и содействует в осуществлении целей, задач и функций названного органа.

Правовое обеспечение деятельности таможенных органов осуществляется определенными субъектами. Субъекты правового обеспечения деятельности таможенных органов активно участвуют в определении и установлении правовых способов правового обеспечения деятельности таможенных органов.

Ученые, определяя круг субъектов правового обеспечения деятельности таможенных органов едины во мнении и относят к их числу следующие: парламент страны, главу государства, правительство страны, министерство финансов, центральные банки, судебные органы, таможенные службы и международные органы в области регулирования таможенной деятельности.⁵

Исходя из этого, в Республике Таджикистан (РТ), мы можем определить следующий круг субъектов осуществляющих правовое обеспечение деятельности таможенных органов: Президент РТ, Маджлиси

⁴Дралов В. В. Правовое обеспечение федеральных органов государственной власти: понятие и сущностная характеристика / В. В. Дралов // Журнал «Чинovníк». – 2004. – вып. № 204(30). URL:<http://chinovnik.uapa.ru/modern/article.php?id=470> (дата обращения: 25.05.2015г.).

⁵Жигалина О.С. Правовое обеспечение деятельности таможенных органов Российской Федерации. Дисс. ... к.ю.н. Саратов 2007. С. 53; Князева О.А. Административно – правовые и организационные основы деятельности таможенных органов Российской Федерации. Дисс. ... к.ю.н. М. 2008. С.72; Алексеева Т.С., Левичев В.Е. Обеспечение экономической безопасности России правовыми средствами таможенных органов (вопросы терминологии и правоприменения) // Вестник Алтайского государственного аграрного университета. №9 (59), 2009.- С. 86

Оли РТ, Правительство РТ, Таможенная служба при Правительстве РТ, Национальный банк Таджикистана (НБТ), Судебные органы РТ, Международные организации, особенно Всемирная таможенная организация.

Таким образом, мы можем поделить субъектов правового обеспечения таможенных органов на две категории – национальные и международные. Также исходя из специализации данные органы могут быть разделены на общие и специализированные.

Далее кратко рассмотрим каждый орган и его роль в правовом обеспечении таможенных органов.

Маджлиси Оли РТ является высшим представительным и законодательным органом РТ. Маджлиси Оли РТ в правовом обеспечении деятельности таможенных органов РТ имеет, особую роль. Как законодательный орган страны он принимает нормативно-правовые акты регулирующие деятельность таможенных органов. Также Маджлиси Оли ратифицирует международные документы в области таможенной деятельности, Маджлиси намояндагон принимает закон о бюджете страны, в котором важное место отводится и деятельности таможенных органов и т.д. Таким образом, Маджлиси Оли выступает в качестве основного субъекта правового регулирования таможенных органов.

Президент РТ занимает особое место в вопросе правового обеспечения деятельности таможенных органов. Указы Президента РТ, являются одним из правовых способов правового обеспечения деятельности таможенных органов РТ. Конституция РТ закрепляет ряд полномочий Президента РТ, которые обеспечивают деятельность таможенных органов.⁶Так, Президент РТ определяет основные направления внутренней и внешней политики государства, составной частью которой является таможенная политика. Также, Президент РТ посредством своих ежегодных посланий парламенту страны определяет основные направления развития страны в различных направлениях, в том числе правовых и экономических, составной частью которых выступает и таможенная деятельность.

Правительство РТ является одним из субъектов правового обеспечения деятельности таможенных органов РТ. Прежде всего, Правительство РТ осуществляет общее руководство таможенным делом и Таможенная служба как уполномоченный орган по вопросам таможенного дела является органом при Правительстве РТ. Постановления Правительства РТ является правовым способом правового обеспечения деятельности таможенных органов. Правительство РТ с целью развития таможенных органов принимает государственные концепции,⁷ стратегии и программы. Правительство РТ обладает полномочиями, которые, в общем распространяются на таможенные

⁶ Диноршоев А.М., Гадоев Б.С., Салохидинова С.М., Сафаров Д.С. Конституционное право Республики Таджикистан/отв. редактор Диноршоев А.М. Душанбе. 2015.

⁷ Концепция развития таможенных органов РТ. Утверждено постановлением Правительства РТ от 31. 10. 2008 г. №525 // Центральный банк правовой информации Министерства юстиции РТ. Электронная версия "Адлия". Дата обращения: 05.06.2015

органы. Так, в соответствии со ст. 14 Конституционного закона РТ «О Правительстве Республики Таджикистан» Правительство осуществляет регулирование экономических процессов, обеспечивает единое экономическое пространство и свободную экономическую деятельность, прогнозирует перспективы экономического развития РТ, разрабатывает и осуществляет программы развития приоритетных отраслей экономики, разрабатывает государственные экономические программы и принимает меры по их реализации, разрабатывает и реализует государственную политику в сфере международного экономического, финансового сотрудничества и осуществляет общее руководство таможенным делом.

НБТ в ряде других субъектов правового обеспечения деятельности таможенных органов участвует в правовом обеспечении деятельности таможенных органов. НБТ определяет валютные отношения, которые затрагивают деятельность таможенных органов. Также, НБТ устанавливает реестры банков, которые могут выступать как поручатели перед таможенными органами.

Судебные органы также выступают в качестве субъектов правового обеспечения деятельности таможенных органов. Прежде всего, Конституционный суд РТ определяет соответствие нормативно-правовых актов регулирующий таможенные отношения, с Конституцией РТ. Помимо этого судебные акты являются правовыми способами правового обеспечения деятельности таможенных органов. Пленум Верховного Суда РТ, обобщая судебную практику по применению законодательства, дает руководящие разъяснения, которые являются обязательными для судов, других органов, должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение. Верховный суд РТ подводит итоги судебной практики по рассмотрению уголовных дел в области таможенной деятельности.

Международные организации также выступают в качестве субъектов правового обеспечения деятельности таможенных органов РТ. Прежде всего, это касается Всемирной таможенной организации, которая играет важную роль в правовом обеспечении деятельности таможенных органов. Всемирная таможенная организация является международным таможенным центром, в задачи которого входит определение перспективного планирования и прогнозирования в сфере таможенной деятельности, гибкого регулирования и оказания помощи по устранению крупных сбоев в работе таможенных органов – членов организации.

Всемирная таможенная организация принимает международные правовые акты в сфере таможенной деятельности, которые направлены на регулирование этой сферы в рамках его государств – членов. Когда Таджикистан признает международные акты, которые принимаются данной организацией, то эти акты начинают выступать правовыми способами обеспечения деятельности таможенных органов РТ.

Помимо Всемирной таможенной организации другие международные и региональные организации могут выступать как субъекты правового

обеспечения деятельности таможенных органов РТ. Например, Всемирная организация торговли, ЕврАзЭС и другие организации. Они могут принимать международные правовые акты, которые, в общем, регулируют таможенные отношения и таможенное дело на международном и региональном уровне.

Литература:

1. Концепция развития таможенных органов РТ. Утверждено постановлением Правительства РТ от 31. 10. 2008г., №525 // Центральный банк правовой информации Министерства юстиции РТ. Электронная версия "Адлия". Дата обращения: 05.06.2015г.
2. Жигалина О.С. Правовое обеспечение деятельности таможенных органов Российской Федерации. Дисс. ... к.ю.н. Саратов. 2007.
3. Князева О.А. Административно – правовые и организационные основы деятельности таможенных органов Российской Федерации. Дисс. ... к.ю.н. М. 2008.
4. Алексеева Т.С., Левичев В.Е. Обеспечение экономической безопасности России правовыми средствами таможенных органов (вопросы терминологии и правоприменения) // Вестник Алтайского государственного аграрного университета. №9 (59), 2009.
5. Козбаненко В.А. Правовое обеспечение статуса государственных гражданских служащих (теорико-административные аспекты). Дисс. ... д.ю.н. М. 2003.
6. Буваева Н.Э. Деятельности Всемирной таможенной организации по сближению национальных правовых систем в области таможенного дела. Автореф. дисс. ... к.ю.н. М. 2007.
7. Тунгускова А.М. Кузьмин С.Н. Роль Всемирной таможенной организации в повышении эффективности деятельности таможенных служб мира // Вестник РУДН, сер. Юридические науки, №1.
8. Тихомиров Ю.А. Юридические императивы управления. // Вопросы государственного и муниципального управления. 2008. №1.
9. Дралов В. В. Правовое обеспечение федеральных органов государственной власти: понятие и сущностная характеристика/В.В.Дралов // Журнал «Чиновник». – 2004. – вып. №204(30). URL:<http://chinovnik.uapa.ru/modern/article.php?id=470> (дата обращения: 25.05.2015г.).
10. Диноршоев А.М., Гадоев Б.С., Салохидинова С.М., Сафаров Д.С. Конституционное право Республики Таджикистан/отв. редактор Диноршоев А.М. Душанбе. 2015.

Соибов З. М.

Аннотация

К вопросу правового обеспечения деятельности таможенных органов в Республике Таджикистан

Статья посвящена анализу субъектов правового обеспечения деятельности таможенных органов в РТ. Автором рассмотрены понятие

правового обеспечение деятельности таможенных органов и субъекты правового обеспечение данной деятельности.

Soibov Z. M.

The summary

On the question of the subjects of legal support of the customs authorities in the Republic of Tajikistan

This article analyzes the subjects of legal support of the customs authorities in the Republic of Tajikistan. The author considers the concept of legal support of the customs authorities and subjects of legal support of the activity.

Татьяна Мостовой.*

Механизмы по продвижению стандартов этического поведения на государственной службе

Ключевые слова: государственный служащий, мотивация, непрерывное профессиональное развитие, риски коррупции, этика, целостность, уязвимая должность, осведомитель

Key words: government employee, motivation, continuous professional development, the risks of corruption, ethics integrity, a vulnerable position, whistleblowers

В настоящее время особое значение уделяется действиям, непосредственно влияющим на качество услуг оказываемых должностными лицами органов государственной власти, основываясь на принципы организационной целостности, беспристрастности, лояльности и профессионализма, которые являются основой этического поведения государственного служащего. Однако в этом отношении, не стоит игнорировать вклад органов государственной власти в продвижении стандартов этического поведения, некоторые из них будут подвержены анализу в данной статье, беря за основу, действующую нормативную базу и накопленный опыт Республики Молдова (РМ).

Мотивирование государственного служащего. Мотивирование, с точки зрения менеджмента, является процессом стимуляции отдельного работника за выполнение определённых видов деятельности, в то время как мотивация является внутренним состоянием работника, ориентирующее и направляющее его поведение путем удовлетворения определенных потребностей/нужд.¹ В организационном контексте, мотивация сотрудников, зависит как от финансового, так и не финансового аспектов. Финансовое

*Докторант Международного независимого университета Молдовы (www.ulim.md); e-mail t.mostovei@gmail.com <tel. + 373 79565157>

¹Motivarea nefinanciară a funcționarilor publici. Recomandări metodice. Cancelaria de Stat a R.M. Chișinău: ed. Elena Poligراف, 2011. p. 7-8

мотивирование, направлено на создание чувства справедливости в отношении полученного вознаграждения, по отношению к выполненной работе. Что касается нематериального мотивирования, то в этой составляющей преобладает потребность удовлетворения оценочного отношения, принадлежности к определённой группе, признания результатов работы, профессионального развития и т.д.

Основная обязанность государственного служащего ответственно, объективно и четко, инициативно и коллегиально исполнять все служебные обязанности, компенсируется основным правом на нормальные условия труда и гигиены, обеспечивающие сохранение здоровья, физической и психической целостности, и получать оплату, соответствующую сложности должностных обязанностей.

Право на труд, включенное в категорию экономических прав, является частью основных прав и свобод, предусмотренных Конституцией РМ положения которой применяются в соответствии с Всеобщей декларацией прав человека (ВДПЧ).

Согласно абз. 3 ст. 23 ВДПЧ, каждый работник имеет право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное человека существование для него самого и его семьи, и дополняемое, при необходимости, другими средствами социального обеспечения.

Конституция РМ в свою очередь утверждает, что «Государство обязано принимать меры для обеспечения любому человеку достойного жизненного уровня, потребного для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи, в том числе пищи, одежды, жилища, медицинского ухода и необходимого социального обслуживания». Конституционный Суд РМ в свою очередь отметил, что «Безусловно, достойный жизненный уровень достигается преимущественно трудом гражданина и членов его семьи, а государство, в свою очередь, должно решительным образом способствовать улучшению жизненных условий для обеспечения цивилизованного стандарта жизни своих граждан. Поэтому Конституция обязывает государство принимать меры по экономическому развитию общества и соответствующей социальной защите».²

Конституционное право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение работника приобретает название "право на оплату труда" в учениях административного права. Право на оплату труда государственных служащих в контексте ВДПЧ можно рассматривать как косвенное право и членов их семей, так как, справедливое и удовлетворительное вознаграждение должно обеспечить и семье госслужащего достойного

²Постановление Конституционного Суда РМ «О конституционности постановления Правительства № 677 (п. 2) от 06 октября 1995г. «О повышении заработной платы работникам бюджетной сферы и пенсий гражданам» (в редакции Постановления Правительства № 55 от 30.01.1996 г.) № 9 от 03.03.1997» // Мониторул Официал № 18/6 от 20.03.1997 г.

жизненного уровня. Для большинства лиц, занимающих государственные должности, заработная плата, получаемая из государственного бюджета, является единственным источником доходов, по той простой причине, что занятие другой оплачиваемой деятельностью запрещено законом. Большая часть госслужащих лишены возможности дополнительного заработка. Несовместимость государственной должности дополняется и отсутствием регламентированного права выдвигать обоснованные требования повышения оплаты труда как при трудоустройстве, так и во время повседневной деятельности, так как, по сравнению с частным сектором, и в отличие от трудового права, в служебном правовом отношении, являющимся детищем публичного права, заработная плата, будучи установленной законом, не является договорной, и кандидат на должность госслужащего, вступая в должность, претендует на представляемую государством зарплату или же отказывается от должности.³

Несмотря на строгое законодательное регламентирование в РМ, обнаруживаем в некоторых странах ЕС более снисходительное отношение к дополнительным доходам государственных служащих, конечно, при условии, соблюдения режима конфликта интересов.

Эксперты в области борьбы с коррупцией, утверждают, что низкая заработная плата ставит значительную часть госслужащих перед дилеммой: профессиональная целостность или выживание.⁴ Небольшое дополнение к основной заработной плате помогает поддерживать материально семью,⁵ но кощунственно подпитывает наиболее позорную форму бытовой коррупции – коррупцию выживания.

Отметим, что на данный момент, являемся сторонниками временного приостановления веберовского принципа, согласно которому государственные должности должны быть единственными.⁶

Право на оплату труда воплощает гарантию в денежном эквиваленте. Когда сумма заработной платы не позволяет покрывать расходы необходимые для достойного существования, госслужащий подвергается соблазну принимать или даже искать дополнительный доход, некоторые ненадлежащие привилегии, извлекать выгоду путём злоупотребления служебным положением, воплощаемые определенными поведением, представляющий нарушение норм поведения.

На наш взгляд, цель оплаты труда государственного служащего взаимосвязана с размером в денежном соотношении предложенной заработной платы и ее способностью умело поддерживать баланс между доходами и расходами, исходящими из концепции "достойной жизни". В

³ Preda M. Drept administrativ, partea specială. București: Lumina Lex, 2000. p. 90

⁴ Carașciuc L. Centrul de Investigații Strategice și Reforme, Transparency Internațional Moldova. Corupția și calitatea guvernării, Chișinău. 2001. p. 6

⁵ Максимов С.В. Основы борьбы с коррупцией (системы общегосударственной этики поведения), [Электронный ресурс] http://www.transparency.org.ru/center/c_book.asp (дата обращения 12.01.2012 г.)

⁶ Profiroiu M., Parlăgi A., Crai E. Etică și corupție în administrația publică. București: ed. Economică, 1999. p. 38-39

связи с этим, уровень заработной платы является жизненно важным компонентом условий, необходимых государственным служащему для профессионального и целостного осуществления своей деятельности, демонстрируя лояльность государственной службе.

Исходя из вышеуказанного, приходим к выводу, что в общем аспекте, этическое поведение государственных служащих поддерживается и мотивируется государством, посредством приложения усилий, для поднятия или поддержания экономики страны, и соответственно достойной оплаты труда госслужащих.⁷ Государственные органы и учреждения, в свою очередь, отвечают за нефинансовое мотивирование своих сотрудников, как стимул немонетарной природы: социально-психологическую атмосферу, стиль управления, возможности карьерного и профессионального роста, символы служебного положения, подарки, признание и объективную оценку профессиональных достижений и даже командировки за границу для повышения профессионального уровня.

Непрерывное профессиональное развитие. Органы публичной администрации обеспечивают тот факт, что сотрудники ознакомлены с соответствующими стандартами этического поведения государственных служащих,⁸ путём непрерывного профессионального развития. Непрерывное профессиональное развитие госслужащих осуществляется посредством мероприятий по обучению различных типов и форм, направленных на углубление и обновление знаний, развитие навыков и формирование отношений/поведений, необходимых для эффективного исполнения служебных обязанностей. Ежегодный план непрерывного профессионального развития утверждается руководством государственного органа и подлежит размещению на веб-сайте.⁹

Пользуясь правом на доступ к информации, предоставленным Законом о доступе к информации, № 982/2000, намеревались направить запросы, посредством электронных адресов в 97 государственных органов. *De facto*, в силу различных причин, таких как отсутствие официальных веб-страниц в 7 городских мэриях, отсутствие заметки об электронном адресе на сайте, нерабочее состояние электронных адресов и др., было отправлено 69 запросов. Итак, запросив копии планов профессиональной подготовки на 2013-2015г., и или другую соответствующую информацию, подтверждающую обеспечение систематического и запланированного процесса непрерывного профессионального развития государственных служащих в рамках государственного органа.

⁷ Guțuleac V. Mostovei T. Dreptul funcționarului public la un salariu decent conform atribuțiilor acestuia. // Legea și Viața. Nr. 8/2012 p. 4-7.

⁸ НСВК 1 «Этика и целостность» // приказ Министра финансов РМ № 51 от 23.06.2009 г. по утверждению Национальных Стандартов по Внутреннему Контролю в публичном секторе. // Мониторул Официал № 107-109/485 от 03.07.2009 г.

⁹ Положение о непрерывном профессиональном развитии государственных служащих. // Приложение № 10 к постановлению Правительства РМ № 201 от 11 марта 2011 г // Мониторул Официал № 55-56/249 от 17.03.2009 г.

В результате обобщения полученных ответов было установлено:

1. Большинство местных органов государственной власти I и II уровня не имеют планов непрерывного профессионального развития. Государственным служащим предоставляется возможность участвовать в семинарах, курсах проводимыми НПО или Академией публичной администрации (АПА) при Правительстве РМ, которые никоим образом не покрывают 40-часовой минимум в год для каждого государственного служащего. В этой связи констатируется нарушение права государственного служащего на непрерывное совершенствование, предоставленное ст. 36-37 Закона № 158/2008. Одновременно констатируем невыполнение местными органами государственной власти своих обязанностей по обеспечению возможностей для профессиональной подготовки государственных служащих.

2. Стандарты целостности и этического поведения, как субъекты изучения, отражены не в полном объёме в планах предоставленных министерствами и подведомственными им учреждениями

3. В планах профессиональной подготовки отсутствуют темы, касающиеся обязанностей государственных служащих занимающих руководящие должности в продвижении этических стандартов, что на наш взгляд, прямым образом влияет на коллективные стандарты мышления, отношения, убеждения, ценности и в целом на рабочую среду.

Результаты позволяют сделать вывод, что существующая ситуация на рынке непрерывного профессионального развития государственных служащих не лишена пассивности и формализма, влияющие негативно на соблюдение принципов профессионализма и целостности на государственной службе.

По нашему мнению, достижение ожидаемых целей по непрерывному профессиональному развитию может быть представлено только в плане оценки влияния профессиональной подготовки на профессиональную целостность (integrity) государственных служащих, в частности, и институциональной/организационной целостности в общем.

Однако, необходимо учесть, что планы непрерывного профессионального развития государственных служащих, запланированные, но не выполненные на деле генерируют определённые коррупционные риски. Поверхностное ознакомление со стандартами профессиональной целостности ставят государственного служащего в неловкое положение в начале своей карьеры, которое со временем превращает его в служащего, для которого злоупотребление служебным положением становится нормой. На фоне непрерывного профессионального развития считаем необходимым внедрение научной учебной дисциплины "Деонтология государственного служащего" для студентов АПА, а также отделения магистратуры в рамках университетского образования по специальностям "Таможенное право", "Административное право", "Менеджмент по связям с общественностью" и т.д. Данная дисциплина позволит лицам, которые стремятся занять или уже

занимают государственную должность, понять общие принципы, направляющие профессиональную деятельность в совокупности с стандартами поведения государственных служащих, но приоритетным, всё же считаем необходимость формирования научного подхода в этом направлении.

Выявление и анализ коррупционных рисков. Выявление коррупционных рисков является процессом по предупреждению коррупции в государственных органах или учреждениях, путём выявления факторов, которые способствуют или могут способствовать проявлениям коррупции с последующей разработкой рекомендаций для их устранения, минимизации или контроля. С целью определения факторов и рисков коррупции, выявляются уязвимые виды деятельности, анализируются нормативно-правовая база, должностные обязанности и рабочие процессы, конкретные случаи коррупции, а также применяются иные техники исследования и выявления рисков.

Результативным упражнением в ходе выявления рисков коррупции считаем анонимный опрос сотрудников. Разнообразие и численность вопросов делают вопросник привлекательным для оценочной команды, так как одновременно охватывают профессиональные и поведенческие аспекты государственных служащих.

Как правило, в процессе выявления рисков коррупции, анализируются рабочие процессы, касающиеся уязвимых видов деятельности, к которым, относятся: администрирование информации, администрирование финансовыми средствами, имуществом и услугами, инкассирование налогов и сборов, применение закона (проверки, надзоры, установление соответствия, применение санкций) и т.д. К примеру, управление информацией может генерировать коррупционные риски как использование служебной информации в личных целях или торговля или сбыт служебной информации (инсайдерской информации).

При анализе должностных инструкций не следует обделять вниманием раздел "Квалификационные требования" потому, что именно эта глава содержит комплексный объем требований к кандидату на соответствующую должность. В частности рубрики "Образование" и "Профессиональный опыт" являются теми, которые могут быть смоделированы в соответствии с составляющими нужного для назначения или выдвижения на ту или иную должность лица. Данная уязвимость может генерировать риск назначения в должность некомпетентных людей, не имеющих необходимую подготовку в данной области. К примеру: формулировка «высшее образование, преимущественно юридическое» позволит «выбрать» нужного кандидата с любым высшим образованием, включая техническое или медицинское.

Введение концепции чувствительных должностей требует их определения. По нашему мнению, к чувствительным должностям относятся должности уязвимые к коррупции, из задач и полномочий которых исходит высокая вероятность нанесения материального и/или репутационного вреда

государственному органу или учреждению. К чувствительным относятся должности, которые: имеют доступ к материальным, финансовым и информационным ресурсам; осуществляют проверки и выносят решения; осуществляют закупки товаров/услуг/работ; осуществляют деятельность непосредственно связанную с различными физическими и юридическими лицами; имеют эксклюзивные, специальные права, дискреционные полномочия.

Важно, чтобы кандидат на чувствительную должность, знал о предъявляемых требованиях, осознавал их и принимал безоговорочно. Кандидат должен знать, что его должность уязвима, что подразумевает дополнительный контроль и мониторинг, приводимый в действие механизм ротации и размещение в "группу риска" для тестирования профессиональной целостности (integrity test).

Что касается этапа анализа конкретных случаев коррупции, произошедших в оцениваемом госоргане, то мы являемся сторонниками расширения спектра данного этапа, путём анализа инцидентов повлиявших на организационный интегритет (integrity incident), исходя того что не каждое нарушение норм поведения сводится к коррупции.

Кроме того, мы высказываемся в пользу разработки стандартизированной процедуры (инструкция, методология) анализа инцидентов путём выявления предпосылок, недостатков, которые способствовали совершению инцидентов целостности., которая могла бы применяться органами публичной администрации самостоятельно.

Оценка рисков коррупции завершается разработкой и утверждением Отчета об оценке, рекомендациями и планом целостности (integrity plan). Вместе взятый, данный набор документов может быть именован и как секторальная антикоррупционная стратегия.

Осведомление (whistle blowing). На международном уровне, осведомитель находит свою идентичность и защиту в ст. 33 Конвенции ООН против коррупции, согласно которой «каждое Государство-участник рассматривает возможность включения в свою внутреннюю правовую систему надлежащих мер для обеспечения защиты любых лиц, добросовестно и на разумных основаниях сообщаящих компетентным органам о любых фактах, связанных с преступлениями, признанными таковыми в соответствии с настоящей Конвенцией, от любого несправедливого обращения».

По мнению Группы государств против коррупции (GRECO), институт осведомления является не только инструментом борьбы с коррупцией в сфере государственного управления, но и способом формирования культуры изобличения коррупции.¹⁰

¹⁰Seventh General Report of GRECO (2006) including a section on the „Protection oh whistleblower”- Adopted by GRECO at its 32nd Plenary Meeting (Strasbourg, 19-23 march 2007).

В соответствии с рамочным положением, осведомителем является государственный служащий, включая госслужащих, имеющих особый статус, лица, исполняющие ответственные государственные должности, иные лица, оказывающие публичные услуги, которые добровольно и в интересах общества добросовестно сообщают о совершении актов коррупции и актов, смежных с коррупцией, фактов коррупционного поведения, о несоблюдении правил декларирования доходов и имущества и нарушении законных обязательств о конфликте интересов.

Детализация фактов, которые и составляют суть осведомления позволяет составление внушительного списка нарушений, которые могут повлиять на организационную целостность государственного органа/учреждения. В данном случае, выступаем за более чёткую формулировку предмета осведомления и присоединяемся к мнению, что такого рода формулировка «носит общий, смешанный и расплывчатый характер».¹¹

Следует учесть и тот факт, что отклонение от указанных в рамочном положении требований о предмете предупреждений о незаконных действиях, лишают осведомителя права на защиту гарантированную государством. Все нарушения, от недостойного поведения до преступления, должны быть перечислены и сформулированы четко и понятно для всех сторон, вовлеченных в данный процесс. Безусловно, сложно провести четкие разграничения для каждого случая в отдельности, но неоднозначность и неопределённость являются реальной угрозой применимости права на осуществление осведомления.

В праве выделяют различные виды интересов: национальный, государственный, публичный, общественный, корпоративный, частный и т.д. В соответствии с рамочным положением осведомитель действует добровольно, добросовестно и в интересах общества. Считаем, что словосочетание «в интересах общества» требует обязательного уточнения с целью установления более сбалансированной основы, необходимой для оценки предлагаемых потенциальному осведомителю вариантов. По нашему мнению «интересы общества» состоят из более широкого спектра применения в сравнении с «общественным интересом», так как в первом случае не можем рассчитывать на законодательное регулирование или отрасль права.

Что касается принципа конфиденциальности, предусмотренного рамочным положением, согласно которому сохраняется конфиденциальность персональных данных, либо других данных, содержащихся в осведомлении, которые могут привести к раскрытию личности осведомителя или содержания осведомления, отмечаем, что к данному принципу не относятся

¹¹Постановление Конституционного Суда РМ № 7 от 16.04.2015г. «О контроле конституционности некоторых положений Закона № 325 от 23 декабря 2013 г. о тестировании профессиональной неподкупности». // Мониторул Официал № 115-123/11 от 15.05.2015 г.

органы уголовного преследования, прокурор, неправительственные организации и СМИ. Предоставление информации указанным субъектам, благодаря специфике их деятельности, приводит, по крайней мере, к раскрытию содержания осведомления. При таких обстоятельствах, уведомление этих лиц остается на усмотрение чиновника-осведомителя.

Наряду с обеспечением конфиденциальности, гарантированы защитные меры, применяемые альтернативно или в совокупности, а именно:

- 1) презумпция добросовестности, пока не доказано иное;
- 2) конфиденциальность персональных данных;
- 3) перевод в другое подразделение органа публичной власти.

Так, как термин «защита» включает несколько взаимосвязанных компонентов, считаем, что различие находится в ответах на вопросы: (1) кого и почему мы защищаем? (2) от кого/чего защищаем? (3) какие действия будут предприняты для обеспечения защиты? (4) обеспечат ли предпринятые действия реальную защиту осведомителя?

С уверенностью можно сказать, что чиновник-осведомитель защищен от неправомерных санкций, даже если после расследования, осведомление оказалось необоснованным.

В этом отношении, полагаем, что защитные меры, никак не могут быть применены альтернативно, выбирая вслепую, но, как обязанность, как результат выявления рисков, которым подвергается осведомитель, а также фактических и юридических обстоятельств, при которых было сделано осведомление.

При доминирующем желании развития института осведомления, необходимо обратить внимание на защитные меры, гарантированные государством, а также на их диверсификацию. По нашему мнению, утвержденные защитные меры подвержены отсутствию разнообразия и привлекательности, для того чтобы рассчитывать на жизнедеятельность данного института. В качестве примера: может ли служить гарантом перевод в другое структурное подразделение, когда общая численность сотрудников административного органа не превышает 30 человек? Другим препятствием, с нашей точки зрения, становится отсутствие материального вознаграждения осведомителей.

Совместно с необходимостью внесения изменений и дополнений в нормативно-правовую базу относительно института осведомления, государственные органы должны сосредоточиться на надлежащей подготовке руководящего состава, путем воспитания и подготовки команды управления, укрепления их роли в прививании чувства безопасности и доверия, ожидаемое подчиненными. Именно, руководитель, кого бы уровня он ни был, является лицом внушающим уверенность в том, осведомлять или нет о нарушении. Профессионализм, коллегиальность и безоговорочное лидерство проявляемое руководителем являются предпосылками эффективного общения между начальником и подчиненным, так же как и осведомление

является компонентом общения по вертикали в рамках государственного органа.

В заключении отмечаем, что стандарты этического поведения являются составной частью административно-правового статуса государственного служащего.

Во всём разнообразии требований, госслужащий является центральной фигурой и несёт юридическую ответственность за отклонение или несоблюдение таковых. Однако, нельзя оставлять госслужащего один на один с нормам поведения, обязательствами, запретам и ограничениями. Главенство госслужащего неоспорима, но необходимо принять во внимание роль системы государственной службы в целом и государственного органа в частности, ставить акценты на мотивирующие факторы, качество нормативно-правовых актов регламентирующих стандарты поведения.

На фоне предложения о необходимости внедрения учебной научной дисциплины «Деонтология государственного служащего», находим уместным введение института советника по этике на государственной службе.

Литература:

1. Preda M. Drept administrativ, partea specială. Bucureşti: Lumina Lex, 2000.
2. Legea României nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenţei în exercitarea demnităţilor publice, a funcţiilor publice şi în mediul de afaceri, prevenirea şi sancţionarea corupţiei // Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 279 din 21 aprilie 2003.
3. Caraşciuc L. Centrul de Investigaţii Strategice şi Reforme, Transparency Internaţional Moldova. Corupţia şi calitatea guvernării, Chişinău. 2001.
4. Максимов С. В. Основы борьбы с коррупцией (системы общегосударственной этики поведения), [Электронный ресурс] http://www.transparency.org.ru/center/c_book.asp (дата обращения 12.01.2012 г.)
5. Profîroiu M., Parlăgi A., Crai E. Etică şi corupţie în administraţia publică. Bucureşti: ed. Economică, 1999.
6. Guţuleac V. Mostovei T. Dreptul funcţionarului public la un salariu decent conform atribuţiilor acestuia. În: Legea şi Viaţa. Nr. 8/2012 p. 4-7.
7. Albu E. Deontologia funcţiei publice. Bucureşti: Ed. Fundaţiei România de mâine, 2009.
8. Robert MacLean, Air Marshal Whistleblower. [Электронный ресурс] <http://www.whistleblower.org/robert-maclean-air-marshall-whistleblower> (дата обращения 15.08.2015 г.).

Аннотация

**Механизмы по продвижению стандартов этического поведения
на государственной службе**

В данной работе выносятся на рассмотрение механизмы, внедрение которых неизбежно способствуют продвижению и соблюдению стандартов этического поведения на государственной службе, беря за основу, действующую нормативную базу и накопленный опыт Республики Молдова.

Mostovei T.

The summary

The Mechanisms to promote standards of ethical conduct in the public service

In this work shall be submitted to the mechanisms, which implementation of will inevitably contribute to the promotion and respected of standards of ethical conduct in the public service, in the existing package of laws and in the accumulated experience of Republic of Moldova.

III. Вопросы уголовного права и криминалистики

Сафаров А.И.*

**Некоторые вопросы уголовной политики в сфере охраны
предпринимательства в Таджикистане**

Ключевые слова: криминализация, преступления в сфере предпринимательской деятельности, декриминализация, уголовная политика

Key words: criminalization of crimes in the sphere of business, decriminalization, criminal policy

В период реформирования экономики, направленного на урегулирование системы рыночных отношений, в Республике Таджикистан (РТ) наблюдается осложнение криминальной обстановки, которое выражается в увеличении числа зарегистрированных преступлений и лиц их совершивших, а также числа осужденных и потерпевших, отрицательном структурном изменении преступности, усилении интенсивности криминализации разных сфер жизни общества, прежде всего экономической. Нестабильность социально-политической, экономической жизни государства, снижение жизненного уровня значительной части населения страны, а также неблагоприятные действия ряда других факторов создали условия, способствующие росту экономической преступности. И наибольший удельный вес среди

*Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права юридического факультета ТНУ.

преступлений, совершаемых в сфере экономической деятельности, занимает преступления в сфере предпринимательской деятельности. Следует согласиться с К.Х. Солиевым и Р.Х. Рахимовым о том, что преступления в сфере предпринимательской деятельности является классическим преступным явлением, ответственность за которое предусматривалась во все времена и у всех народов Востока и мусульманского мира. Например, в эпоху первого централизованного государства таджикского народа-государства Саманидов, образовавшегося в IX веке, борьба с ним осуществлялась специально созданным государственным органом.¹ В конце IX и в начале X веков, в момент образования государственного устройства Саманидов, в связи с бурным ростом экономики, высокого роста ремесленного производства и усиленного развития товарооборота, наряду с другими диванами (министерства в современной смысле) был образован диван Мухтасиба. В функции дивана Мухтасиба входило наблюдение за рынком, за правильностью мер весов, установление цен, наблюдение за торговлей, чтобы не продавали на базарах подделки, чтобы были точные гири и защита других прав покупателей. Мухтасибы были облечены широкими полномочиями вплоть до применения физических мер воздействия к нарушителям норм Шариата.²

Общественная опасность преступления в сфере предпринимательской деятельности, особенно на нынешнем этапе развития в условиях перехода к рыночной экономике для защиты прав потребителей в РТ стало актуальной. Проблема с поставкой в республики товаров, не отвечающих требованиям государственных стандартов, является одним из серьёзных проблемы современности. Практика показывает, что во всех торговых центрах до сих пор продаются низкокачественные промышленные и продовольственные товары, зарубежного производства. Большая часть таких товаров красиво оформлено, оно не только далека от мировых нормативов, но их употребление может нанести вред здоровью людей.

Анализируя уголовно-правовую политику в сфере охраны предпринимательской деятельности в РТ, следует отметить нестабильность уголовного закона в сфере криминализации и декриминализации общественно опасных деяний в исследуемую сферу.

С момента принятия УК РТ1998г., в главу 27 было дополнительно включено 3 статьи, предусматривающие уголовную ответственность за совершение общественно опасного деяния в сфере предпринимательской деятельности. Это ст. 259¹УК РТ предусматривающие ответственность за «Производство, приобретение, хранение, перевозка или сбыт немаркированных товаров и продукции (в редакции Закона Республики Таджикистан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс

¹Солиев К.Х., Рахимов Р.Х. Солиев К. Х., Рахимов Р.Х. Комментарий к преступлениям в сфере экономики. Душанбе-2001. С.203-204.

² Азимов Ш. Государство и право Саманидов. Душанбе, 1999. С. 63; Солиев К.Х., Рахимов Р.Х. Указ. работа. С.203-204.

Республики Таджикистан» от 21.07.2010 г. № 617)», введен Законом РТ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Таджикистан» от 06.10. 2008г., №422, ст. 260 «Незаконное образование (создание, реорганизация) юридического лица», введен Законом РТ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Таджикистан» от 14.03.2014 г., №1066 и ст. 260¹ «Незаконное использование документов для образования (создания, реорганизации) юридического лица», введен Законом РТ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Таджикистан» от 14.03.2014 г., №1066.

Кроме этого, необходимо отметить, что почти все преступления, предусматривающие уголовную ответственность за совершение преступления в сфере предпринимательской деятельности, многократно вносились различные дополнения и изменения, которые имели полный и (или) частичный декриминализационный характер. Для иллюстрации полной картины процесса декриминализации преступлений в сфере предпринимательской деятельности можно провести следующие информации:

Закон РТ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Таджикистан» от 14.03.2014г., №1066 полностью декриминализировал ст. 260 УК РТ- лжепредпринимательства;

Закон РТ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Таджикистан» от 17.05. 2004 г. №346 частично декриминализировал в следующие преступления:

В ст. 259 УК РТ –незаконное предпринимательство:

-из части первой слова «или с причинением вреда здоровью» исключить;

В ст. 260 УК РТ лжепредпринимательство (действовавшей до 14.03.2014 г.):

-в части первой примечания слово «сто показателей для расчетов» заменить словами «одну тысячу показателей для расчетов», а слова «одну тысячу показателей для расчетов» заменить словами «две тысячи показателей для расчетов»;

-в части третьей примечания текста на таджикском языке слово «пятьдесят показателей для расчётов» заменить словом «пятьсот показателей для расчётов».

В статье 263 УК РТ – незаконная банковская деятельность:

-в примечании статьи слово «пятьсот показателей для расчётов» заменить словами «одну тысячу показателей для расчётов».

Таким образом, процесс криминализации и декриминализации преступлений в сфере предпринимательской деятельности путем исключения определение деяние из диспозиции статьи или увлечение криминализирующие признаки в примечание направлено на корректировка уголовное политика в данной сфере. Здесь следует особо отметить, что указанное явление существует не только в РТ, но и во всех стран-участников

СНГ. По этому, правильно отмечает С.Л. Нудель о том, что «в данном тренде прослеживается идея не только гуманизации и либерализации, но и дифференциации уголовного законодательства, что, безусловно, может быть оценено положительно».³

Иногда при полном анализе процесса криминализации и декриминализации без должного внимания останутся процессы пенализации и депенализации общественно-опасных деяний. Ибо, пенализация есть количественная сторона криминализации, ее показатель, мерило.⁴ Пенализация состоит в установлении принципов и критериев применения наиболее строгого государственного принуждения за деяния, признаваемые преступными; в формировании целей уголовного наказания; в определении его видов и размеров; в предложении иных мер уголовно-правового характера, необходимых и достаточных для воздействия на лиц, совершивших общественно опасные деяния.⁵

В отличие от криминализации, которая является исключительной прерогативой законодателя, сфера применения пенализации несколько шире и реализуется в двух сферах. Однако при законотворчестве, чаще одновременно с криминализацией (или законодательная пенализация), и вторая сфера реализации, независимая от последней, на уровне правоприменения при судебном рассмотрении конкретных уголовных дел (практическая пенализация).⁶

Как правильно отмечает, Г.Ю. Лесников законодательная пенализация особенно активно применяется в период кодификации уголовно-правовых норм, в особенности в рамках криминализации деяний и в определении видов наказания и его размеров, а также мер, заменяющих уголовное наказание.⁷ Что касается практической пенализации, он более гибкий инструмент уголовной политики и оказывает большее влияние на общественное правосознание, чем законодательная.⁸

Противоположным процессу пенализации выступает депенализация. Депенализация – это процесс, который сужает пределы государственного принуждения за совершение преступных деяний, проявляющееся в освобождении виновных от уголовной ответственности, в исключении отдельных наказаний из конкретных санкций или вообще из системы наказаний, в отказе от них в силу неэффективности.⁹ Таким образом, можно заключать, что в результате депенализации из уголовного закона полностью исключается определённое наказание, закрепляется дополнительная возможность

³ Нудель С.Л. Уголовно-правовая охрана финансовых отношений: дисс...д-ра юрид. наук. М.: ВНИИ МВД России, 2015. С. 87.

⁴ Российское уголовное право. Курс лекций. Т.1. Преступление // Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневосточного ун-та, 1999. С. 97.

⁵ Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 142.

⁶ Коробеев А.И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации. С.137; Лопашенко Н.А. Указ. работа. С. 143.

⁷ Лесников Г.Ю. Уголовная политика современной России (методические, организационные и правовые основы): дисс...д-ра юрид. наук. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 96.

⁸ Лопашенко Н.А. Указ. работа. С. 143.

⁹ Лопашенко Н.А. Указ. работа. С. 182.

освобождения от уголовной ответственности и наказания или предусматриваются альтернативные наказания не связанные с лишением свободы.

Для примера реализации процесса депенализации в области преступления в сфере предпринимательской деятельности, можно привести следующие факты. Закон РТ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Таджикистан» от 17.05. 2004 г. №346 полностью исключила арест в качестве уголовного наказание из ст. 47 УК РТ. Соответственно, арест была депенализировано из санкции ч. 2 ст. 258 УК РТ (Воспрепятствование законной предпринимательской деятельности) и ч.1 ст. 259 УК РТ (Незаконная предпринимательства). В другие статьи были внесены следующие депенализационные поправки: санкцию части второй статьи 258 УК РТ (Воспрепятствование законной предпринимательской деятельности) вместо «наказываются исправительными работами на срок до двух лет либо арестом на срок до шести месяцев, либо лишением свободы на срок от двух до пяти лет» изложить в следующей редакции: «наказывается штрафом в размере от пятисот до одной тысячи минимальных размеров заработной платы с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет либо лишением свободы на срок до трех лет»;

в санкции ч. 2 ст. 259 УК РТ слова «до двух тысяч» заменить словами «от одного до двух тысяч»;

в санкции ч. 1 ст. 263 УК РТ (Незаконная банковская деятельность) слова «от двух до пяти лет лишением свободы» заменить словами «до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет или без такового»;

-санкцию части второй данной статьи, вместо «наказывается лишением свободы на срок от пяти до десяти лет с лишением права занимать определенные должности или занимать определенной деятельностью сроком на пять лет» изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением свободы на срок от трех до пяти лет со штрафом в размере от пятисот до одной тысячи минимальных размеров заработной платы».

Кроме этого, Закон РТ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Таджикистан» от 21.07.10.№ 617 дополнил в ст. 49 УК РТ (штраф) положение, в соответствии котором в случае совершения лицом преступлений определённого категория, если виновный до вынесения судебного приговора полностью возместит материальный ущерб, ему назначается наказание в виде штрафа или другое наказание, не связанное с лишением свободы, предусмотренное в санкциях перечисленных статей. Наряду с другими преступлениями к таким категориям было включено почти все преступления в сфере предпринимательской деятельности (статьями 258, 259, 259¹, 260, 263, 276, 318 УК РТ).

Таким образом, процесс пенализации и депенализации путем сокращения сроков лишения свободы, предусмотрены альтернативные виды наказаний к лишению свободы и расширение возможности их применения поэтапно направлено на либерализацию и гуманизацию уголовной политики в сфере предпринимательской деятельности в РТ.

Литература:

1. Солиев К.Х., Рахимов Р.Х. Солиев К. Х., Рахимов Р.Х. Комментарий к преступлениям в сфере экономики. Душанбе. 2001.
2. Азимов Ш. Государство и право Саманидов. Душанбе. 1999.
3. Нудель С.В. Уголовно-правовая охрана финансовых отношений: дисс...д-ра юрид. наук. М.: ВНИИ МВД России. 2015.
4. Российское уголовное право. Курс лекций. Т.1. Преступление // Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневосточного ун-та, 1999.
5. Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М.: Волтерс Клувер. 2009.
6. Лесников Г.Ю. Уголовная политика современной России (методические, организационное и правовые основы): дисс...д-ра юрид. наук. М.: Академия управления МВД России. 2005.

Сафаров А. И.

Аннотация

Некоторые вопросы уголовной политики в сфере охраны предпринимательства в Таджикистане

В статье анализируются некоторые аспекты развития уголовная политика в сфере охраны предпринимательства в РТ. Исходя из этого, исследуется современное состояние криминализация и декриминализация, пенализация и депенализация общественно опасных деяний, посягающие на предпринимательскую деятельность.

Safarov A. I.

The summary

The examines some aspects of the criminal policy in the sphere of entrepreneurship in Tajikistan

The article examines some aspects of the criminal policy in the sphere of entrepreneurship in Tajikistan. Based on this, we investigate the current state of criminalization and decriminalization, penalization and decriminalization of socially dangerous acts that infringe on the business.

Проблемы квалификации преступлений религиозно-экстремистского характера

Ключевые слова: религиозный экстремизм, уголовный кодекс, преступление, уголовная ответственность, экстремистская организация, квалификация преступления, религиозно-экстремистские группы

Key words: religious extremism, criminal code, crime, criminal liability, extremist organization, qualification of a crime, religious and extremist groups

Квалификация преступления является важнейшим фактором в решении вопроса об уголовной ответственности за совершенное виновным лицом преступлений религиозно-экстремистского характера.

С момента появления в УК РТ норм об ответственности за преступления экстремистской направленности, к большому сожалению в Таджикистане не была активизирована исследования по их научному анализу. Также с учетом последних изменений уголовного закона, многие вопросы данной темы, в детальном разрешении которых нуждается правоприменительная практика, остались не решенными. Прежде всего, это касается квалификации деяний, форм соучастия в нем.

Для полноты нашего исследования необходимо их рассмотрение и анализ. **Организация экстремистского сообщества** (ст. 307² УК РТ). Организация экстремистского сообщества, ответственность за которую предусмотрена в ст. 307 УК РТ, является уголовно-правовой новеллой, принятой в связи с введением в действие Закона РТ "О борьбе с экстремизмом".

Определение, даваемое экстремистскому сообществу, пока, что слабо вписывается в правила законодательной техники закона. Как следует из текста диспозиции ч. 1 указанной статьи, экстремистское сообщество рассматривается законодателем как одна из разновидностей преступного сообщества, описываемого в ст. ст. 39 и 187 УК РТ. Как и они, ст. 307² УК РТ называет такие характеристики экстремистского сообщества, как: 1) формальное наличие группы лиц; 2) их организованность; 3) цель существования такой группы; 4) мотивы ее деятельности; 5) возможность существования в рамках данного сообщества частей, структурных подразделений, объединения их организаторов, руководителей или иных представителей.

Как видим, налицо группа признаков преступного сообщества (преступной организации), являющегося наряду с организованной группой и т.д., одной из форм соучастия. Тем не менее, диспозиция ч. 1 ст. 307² УК РТ

*Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права юридического факультета МГО ВПО «Российско-Таджикский (славянский) университет». Тел.: (+992 93) 4117227.

определяет экстремистское сообщество как просто «организованную группу» без упоминания о ее сплоченности и остальных признаках, хотя, как известно, организованная группа вовсе не предполагает наличия в ней каких-либо частей, структурных подразделений и уж тем более объединения представителей. Следует отметить, что позиция законодателя по поводу правового положения экстремистского сообщества требует глубочайшего анализа. Согласно положениям общей части УК образования, где присутствуют два и более соучастников представлены следующим образом: группа лиц без предварительного сговора; группа лиц, образованная по предварительному сговору; организованная группа и преступное сообщество (преступная организация). Границы между данными формами соучастия в преступной деятельности обозначены весьма туманно, но из дефиниций, данных в ст. 39 УК РТ следует, что они по своей природе различны и являются определяющими для всех групповых образований особенной части УК, поскольку статьи общей части служат необходимым средством раскрытия признаков норм особенной части УК РТ. Позиция законодателя при определении данных групповых образований не ясна, различно и толкование этих групповых разновидностей, что, безусловно, создает большие трудности в правоприменительной практике при квалификации рассматриваемых преступлений.

Ст. 307² УК РТ имеет примечание об освобождении от уголовной ответственности лица, добровольно прекратившего участие в экстремистском сообществе, если в его действии не содержится иного состава преступления. Такое прекращение может быть выражено как явно (явка с повинной, объявление о решении выйти из организации её руководству), так и, по нашему мнению, неявно, но фактически (отход от дел, отъезд и т. д.). Что касается других преступлений, которые могут быть совершены в период участия лица в экстремистском сообществе, то это, конечно, в первую очередь, преступления экстремистской направленности, перечисленные в диспозиции ч. 1 указанной статьи, хотя это не исключает его виновности и в любом другом преступлении.

Для квалификации вышеперечисленной деятельности по ст. 307² УК РТ, необходимо, чтобы деятельность экстремистского сообщества включала совершение либо подготовку одного из преступлений, перечисленных в ч. 1 рассматриваемой статьи УК.

В ч. 2 рассматриваемой статьи предусмотрена ответственность за участие в экстремистском сообществе. В связи с новизной данной уголовно-правовой нормы пока не совсем ясно, в чем именно может заключаться указанное участие. Можно предположить две основных формы такого участия. Одной из них является членство в экстремистском сообществе, а также участие в собраниях экстремистского сообщества, массовых акциях сообщества, предоставление ему финансовых средств, набор новых членов сообщества, без непосредственного участия в подготовке и совершении преступлений экстремистской направленности. Другая форма, которая,

несомненно, является более опасной, заключается в непосредственном выполнении его членами действий по совершению и подготовке преступлений, перечисленных в ч. 1 ст. 307². Видимо, привлекать к ответственности в соответствии с данной статьей УК следует привлекать не только за вторую, но и за первую форму участия, поскольку диспозиция рассматриваемой статьи УК РТ звучит именно как «участие в экстремистском сообществе», а не «участие в деятельности экстремистского сообщества». Однако, в зависимости от степени причастности к совершению преступлений экстремистской направленности экстремистским сообществом, членом которого является обвиняемый, следует выбирать меру ответственности за совершение преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 307², поскольку установление указанной степени характеризует личность преступника и степень его общественной опасности.

В связи с тем, что понятие экстремистского сообщества также является уголовно-правовой новеллой, возникает вопрос, что именно следует понимать под данным понятием. С одной стороны экстремистское сообщество характеризуется как организованная группа, с другой стороны в диспозиции рассматриваемой статьи УК указывается на наличие частей, структурных подразделений, объединений организаторов, руководителей такого сообщества. В связи с этим не вполне ясно, какой уровень организации необходим для того, чтобы считать группу экстремистским сообществом.

Пока неясно, следует ли считать рассматриваемый состав материальным или формальным. На наш взгляд данный состав является формальным, т.к. рассматриваемое преступление признается оконченным с момента создания экстремистского сообщества. Совершенные до этого посягательства следует квалифицировать как предварительную преступную деятельность.

Организация учебы или учебной группы религиозно - экстремистского характера (ст. 307⁴ УК РТ). Наиболее интересной новеллой УК стало появление ст. 307⁴ УК РТ об организации учебы или учебной группы религиозно-экстремистского характера, которое не имеет аналогии по сравнению с другими УК государств СНГ.

Эта норма принималась в свете Закона РТ "О борьбе с экстремизмом" и, как нам кажется, конструировались законодателем наспех, без соответствующего юридического анализа, что послужило поводом для их серьезной критики и последующей редакции. Как вполне справедливо заметил Н. Иванов, "немедленная реакция законодателя на существующие "порфиринозные" мнения без учета теоретических резонансов, без необходимой доктринальной экспертизы способна породить лишь законодательного монстра, нарушающего основополагающие принципы ответственности в силу технического несовершенства правовых норм, а также в силу

аморфности законодательных формулировок.¹ Как представляется, именно такая метаморфоза произошла с уголовно-правовой регламентацией экстремистской деятельности в результате новеллизации УК РТ - ст. 307⁴ УК РТ.

Прежде всего, отметим: логика появления этой нормы понятна, так как религиозный экстремизм во всех ее проявлениях несет серьезную угрозу стабильности и существованию нашего (и не только) общества и государства. Однако формулировка диспозиции ч. 1 ст. 307⁴ УК РТ позволяет говорить о ее двояком смысле и возможности политизированной юридической оценки указанных в ней деяний. Попытаемся выделить плюсы и минусы новой уголовно-правовой нормы. В диспозиции ч. 1 ст. 307⁴ УК РТ, появляется терминологическая раздвоенность, так как в качестве альтернативного действия названо организация учебы или учебной группы (точно так же законодатель поступил и в диспозициях ч. 1 ст. 307² УК РТ - о создании экстремистского сообщества, для совершения преступлений экстремистской направленности, в ч. 1 ст. 307³ УК РТ - об организации деятельности политических партий, общественного или религиозного объединения либо иной организации, в связи с осуществлением экстремистской деятельности). Как известно, язык закона должен быть максимально точен, тем более что технически это вполне достижимо. Экстремизм - многогранное социальное явление, охватывающее не только те или иные проявления человеческой деятельности, но и образ мыслей, желаний и пр. Но, как известно, за мысли не судят, если оно не ущемляет личные неимущественные права субъекта, а вот за их преступную реализацию - вполне. Поэтому более корректно в законе говорить именно о вполне определенных деяниях экстремистского характера (или террористической направленности).

Полезно было бы исключить действующую ст. 307⁴ УК РТ. Это обусловлено следующим. В указанной норме отсутствует примечание, где могло бы идти речь об освобождении рядовых участников от ответственности в связи деятельным раскаянием и совершившим данное деяние впервые.

Если толковать эту норму буквально, то нельзя освободить рядового участника, так как оно распространяется только на участника экстремистской организации, т.е. общественного или религиозного объединения, либо иной организации, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности. А если в отношении недавно созданного экстремистского сообщества еще не успело вступить в силу решение о запрете его деятельности и официально это экстремистское сообщество еще не было признано таковым, его нет в списках

¹Иванов Н.Г. Нюансы уголовно-правового регулирования экстремистской деятельности как разновидности группового совершения преступлений // Государство и право. 2003. № 5. С. 42.

экстремистских организаций (в соответствии с решением Верховного Суда РТ), но деятельность является именно экстремистской по своей сути, содержанию и проявлениям, особенно если совершаются преступления экстремистской направленности, как быть тогда? Не следует признавать его экстремистским сообществом? Или если лицо, участвовавшее в экстремистском сообществе, является членом таких серьезнейших, наиболее опасных экстремистских организаций, как "Хизб ут-Тахрир аль-Ислами", "Аль-Каида", в отношении которых есть судебное решение об их запрете, в соответствии с примечанием его можно освободить от уголовной ответственности, а члена недавно образованного экстремистского сообщества нельзя?

Далее, само организация какого либо объединения или организации влечет за собой ответственность по действующим ряда норм уголовного законодательства, например по ст.ст. 159, 307², 307³ УК РТ, в противном случае на лицо дублирование норм УК.

Литература:

1.Иванов Н.Г. Нюансы уголовно-правового регулирования экстремистской деятельности как разновидности группового совершения преступлений // Государство и право. № 5. 2003.

Абдухамитов В.А.

Аннотация

Проблемы квалификации преступлений религиозно-экстремистского характера

В статье автором рассматриваются проблемные вопросы квалификации преступлений религиозно-экстремистского характера предусмотренное в уголовном законодательстве РТ.

Abduhamitov V.A.

The summary

Problems of qualification of crimes of religious and extremist character

In article is considered by the author problematic issues of qualification of crimes of religious and extremist character provided in the criminal legislation of the Republic of Tajikistan.

IV. Проблемы судебного права и прокурорского надзора

Абдуллоев П.С. *

Международно – правовая помощь как механизм установление истины по уголовным делам

Ключевые слова: международно - правовая помощь; доказывания; абсолютная и относительная истина; объективная и материальная истина; конвенционные истины

Key words: international - legal aid; to proof; absolute and relative truth; objective and material truth; conventional true

Вопрос о цели доказывания в уголовном процессе сегодня приобретает особое значение. Как и в более ранние времена, так и в настоящий период данный вопрос остается «эпицентром» в научных спорах процессуалистов. Хорошо известный в теории уголовного процесса постулат, что целью уголовно-процессуального доказывания является достижение объективной истины, сегодня притягивает к себе внимание большого числа исследователей. Какая истина - объективная (материальная), формальная, конвенционная, абсолютная или относительная? Это вопрос, который остается актуальным в теории уголовного процесса.

Международно - правовая помощь как механизм правильного разрешения, в том числе установления истины по уголовным делам в последние годы стал более актуальным. Без эффективного оказания правовой помощи установление истины по уголовным делам станет невозможным. Общеизвестно, что в ходе правовой помощи по уголовным делам участвует два или несколько государств или международные организации. Для оказания правовой помощи по уголовным делам применяются уголовно – процессуальные кодексы (УПК) иностранных государств.

Практика взаимодействия правоохранительных органов одного государства с другим государством показывает, что в последние годы число направленных или исполненных поручений об оказании правовой помощи растет. Большинство из них это поручения по собиранию и проверке доказательств.¹

*Кандидат юридических наук, ассистент кафедры судебного права и прокурорского надзора юридического факультета Таджикского национального университета, тел: 900555167, e-mail: 1986_parviz.a@mail.ru Ip-адрес: 176.100.246.253

¹По официальным данным Генеральной прокуратуры РТ, в 2010г. было зарегистрировано 293 международных поручения, а в 2011 г. – 314, в 2012 г. – 299, в 2013г.- 408, 2014 г.-325 (Архив Генеральной прокуратуры Республики Таджикистан. 2015). Генпрокуратурой России в 2010 г. в компетентные органы иностранных государств направлено около 2951 запросов о правовой помощи, в 2011г. – 3036, в 2012 г. – 2943, в 2013г. - 2969 запроса. В 2010 г. рассмотрено 3373 иностранных запросов о правовой помощи, в 2011 г. – 2907, в 2012 г. – 3237, в 2013 г. - 3645 запросов (<http://www.genproc.gov.ru>).

Для установления истины при оказании правовой помощи недостаточно действий правоохранительных органов или установлений истины в уголовно – процессуальном законодательстве одного государств. Нормы уголовно - процессуального законодательства по вопросу установления истины по уголовным делам различается. Критерии установления истины в уголовно – процессуальном законодательстве зависят от воли законодателя. В одной правовой системе имеет редкое совпадение по названному вопрос. В ч. 1 ст. 54 Римского статута МУС предусмотрено: «Прокурор для установления истины проводит расследования...».² Согласно ч. 3 ст. 69 Римского статута МУС, суд правомочен требовать представления всех доказательств, которые он считает необходимыми для установления истины. Из содержания данных статей можно определить, что в действия МУС установление истины обязательно в предварительном расследовании и судебном разбирательстве.

Опубликованная практика Европейского суда по правам человека не дает оснований для вывода о том, что этот суд исходит из того, что в уголовном процессе задача установления истины не стоит. Так, в судебном решении данного суда по делу Артико (Artico) против Италии читаем: «...Суд напоминает, что на государствах-участниках Конвенции - лежит обязанность сотрудничать с созданными ею учреждениями в деле установления истины».³ В судебном решении названного Суда «Саундрес против Соединенного Королевства» (от 17. 12. 1996г.) сказано: «...Государственный интерес в защите общества от такого рода преступлений требует выявления истины...».⁴ В англо – саксонской правовой системе, которая играет важнейшую роль в принципе состязательности, устанавливается, что истина зависит от действий сторон. Естественно, суд независимо от сторон, но решение суда зависит от доказательств, которые предлагали стороны.

Федеральные правила о доказательствах США предусматривают настоящие правила следует толковать как действительно обеспечивающие установление истины и определяющие справедливый ход судебного процесса. (Правило 102).⁵

Согласно Федеральным правилам о доказательствах США необходимо толковать нормы данных правил в той мере, в которой обеспечивается установление истины в судебном процессе.

В мусульманской правовой системе установление правды обязательно. Согласно ст.185 УПК Саудовской Аравии, суд также может

²Международно-правовое сотрудничество по уголовным, гражданским и арбитражным делам / Серия международных документов. // Сост. Абдуллоев П.С., Кудратов Н.А. Душанбе.: «Озар», 2011. С. 65

³Европейский суд по правам человека: Избранные решения: В 2 т. /Председатель редколлегии В.А.Туманов. М., 2000. Т. 1. С. 321.

⁴ Там же. Т. 2. с. 330

⁵ Федеральные правила о доказательствах США.URL: <http://federalevidence.com/>.

выслушать любое лицо, которое явилось в суд по своей инициативе, если считает, что это может быть полезно для установления правды.⁶

В соответствии ч.2, ст. 23 Временного УПК Афганистана, «целью уголовного расследования является установление правды».⁷ Следовательно, решения, связанные с лишением или ограничением прав человека, должны быть строго ограничены необходимостью сбора доказательств и установления правды. (ч.1, ст.4)

Цели процессуальных действий в мусульманском праве - установление правды, в континентальной системе - установление истины. Необходимо отметить, что понятия установление истины и правды взаимосвязаны.

УПК Франции - государства демократического, цивилизованного, адресует требование установления истины офицеру судебной полиции (ст. 54), прокурору (ст. 82), председателю в судебном разбирательстве (ст. 310).⁸

УПК ФРГ предусматривает определенные действия для установления истины. Например, запись допроса (п.2, ч.1, ст. 58), обследование других лиц (ст. 81), предварительное заключение (ст.112), исследование доказательств (ст. 244), допрос свидетеля в ином месте (ст.247), исследование доказательств на предмет обоснованности заявленного ходатайства (369).

В соответствии ст. 163 УПК ФРГ, сотрудники полиции должны расследовать преступления и выносить все распоряжения, не терпящие отлагательства, чтобы предотвратить создание препятствий для установления истины.

Если в соответствии УПК Франции установление истина по уголовным делам – задача полиции, то, в соответствии УПК ФРГ, полиция создает препятствия для установления истины.

Истина устанавливается с помощью доказательств. Согласно ст. 42 УПК КНР, доказательствами являются любые фактические данные, свидетельствующие об истинных обстоятельствах дела.

В соответствии УПК КНР, не все фактические данные являются доказательствами. Доказательствами считается те фактические данные, которые устанавливают истину по уголовным делам.

Ч. 1 ст. 107 УПК Эстонии: независимо от обвинительной функции следователя предусматривается обязанность следователя строго руководствоваться требованиями закона и направлять следствие к установлению истины.

УПК стран СНГ, как УПК континентальной страны неоднозначно рассматривает вопрос установления истины. Другими словами, УПК стран

⁶УПК Саудовской Аравии от 16 октября 2001 //Опубликован в Официальном Издании Умм аль-Кура No. (3867 17 шабан 1422 – 3 ноября 2001)

⁷Саранвал – орган предварительное следствие Афганистана (Временный УПК Афганистана.2004г.// <http://constitutions.ru>)

⁸УПК Франции. Автор перевода, предисловия и примечаний: Л.В.Головко. М.: Изд.-во «Юрилический колледж МГУ». 1996. 326с.

СНГ имеет свою специфику по данному вопросу. В советское время, когда все страны СНГ были в составе единого государства (СССР), был единый подход к вопросу установление истины по уголовным делам.

В соответствии ч.1 ст.254 УПК Молдавии, орган уголовного преследования обязан принять все предусмотренные законом меры для проведения всестороннего, полного и объективного расследования обстоятельств дела в целях установления истины.

Согласно ч.4 ст. 23 УПК Армении, суд, рассматривающий уголовное дело, сохраняя объективность и беспристрастие, создает сторонам обвинения и защиты необходимые условия для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. Суд не связан мнением сторон и вправе по собственной инициативе принимать необходимые меры к установлению истины по уголовному делу.

Большинство УПК стран СНГ предусматривает установление истины как принцип уголовного судопроизводства. Они предусматривают критерии истины по уголовным делам – полное, всестороннее и объективное исследование обстоятельств дела. Например, цели и задачи уголовно - процессуальной деятельности в концентрированном виде сформулированы в ст. 2 и 21 УПК Таджикистана. Ими являются: быстрое и полное раскрытие преступлений, полное, всестороннее и объективное исследование обстоятельств дела.

Единственный УПК среди стран СНГ, который прямой не предусматривает ни установление истины, ни его критерии по уголовным делам – УПК РФ.

Многие правила, в том числе имеющие принципиальное значение, предусмотренные УПК РФ, могут служить установлению истины по уголовному делу. В их числе, например, ст. 244, ч. 2 ст. 74, ст. 75, ст. 87, ст. 17, ст. 305, 307, ч. 2 ст. 77, ч.4, ст. 302 УПК РФ, ст. 19 и многое другое.⁹

Как правильно отмечает Э.Ф. Куцова, «Нет однако оснований считать, что УПК РФ не нуждается в совершенствовании. Уголовное судопроизводство должно служить установлению истины по уголовному делу, не допуская при этом ее постижение любой ценой».¹⁰

Проект федерального закона "О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу", которые предлагает Следственному комитету РФ устанавливать объективную истину по каждому уголовному делу.

Законопроект предусматривает понятия «объективная истина» и «установление объективной истины по уголовному делу» (ст. 16.1),

⁹ Куцова Э.Ф. Истина и состязательность в уголовном процессе Российской Федерации // Ученые-юристы МГУ о современном праве // Под ред. М.К. Треушникова. М.: ОАО «Издательский дом "Городец"», 2005. С. 298.

¹⁰ Куцова Э.Ф. Указ. соч. С.308

предусматривает их как принципы уголовного процесса.¹¹ Установление объективной истины по уголовному делу, которое предлагается, это новшество в уголовно - процессуальном законодательстве и является объективно необходимым в настоящее время.

В современное время идет острая дискуссия по поводу предложения СК РФ. Некоторые авторы пред тем, что исследует законопроект исследует автор законопроекта. Например, А. С. Александров отмечает, что «СКР со своей инициативой вышел за пределы своей компетенции, авторы законопроекта дискредитировали себя, проявив непрофессионализм ...». ¹²

По нашему мнению не надо обсуждать «кто говорит», необходимо обсудить «что говорят». Идея установления истины по уголовному делу является достаточно научно обоснованной. Дискуссионным является в теории вопрос о том, какой (абсолютной, относительной, объективной, материальной) является истина и устанавливается уголовном судопроизводстве.

Одним из первых о материальной истине писал в конце XIX века известный правовед В.А. Случевский: «Уголовный судья стремится к обнаружению материальной истины ...». ¹³ Материальная истина понималась как высшая субъективная уверенность в справедливости принятого решения судом.

Определение истины в уголовном судопроизводстве, как истины материальной вызвало резкую критику ряда правоведов, в том числе П.Ф. Пашкевича и Л.Т. Ульяновой, ¹⁴ которые рассматривали вопрос о природе материальной истины, а не чужда ли она объективной истине? «Именно наличие термина «материальная истина» - отмечал П.Ф. Пашкевич, - невольно вызывает вопрос, является ли эта истина в судебной деятельности объективной или же это какая-то особая истина, отличная от объективной?». ¹⁵

Отвечая на этот вопрос, М.С. Строгович писал: «Материальной истиной в уголовном процессе называется полное и точное соответствие объективной действительности выводов следствия и суда об обстоятельствах расследуемого и разрешаемого дела...». И в конечном итоге М.С. Строгович, делал вывод: «Материальная истина - это объективная истина». ¹⁶

¹¹Надо отметить, что в практике уголовно процессуального законодательства стран СНГ имеет место установление истины как принцип уголовного судопроизводства. Например, ст. 22 УПК Узбекистана. Но установление объективной истины по уголовному делу не предусматривается ни в УПК государств или международных правовых актах, которые уже было отмечено.

¹² Александров А.С. Состязательность и объективная истина // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 3. С. 142-157.

¹³ Случевский В.А. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство и судопроизводство. Спб., 1892. - С.133

¹⁴ Пашкевич П.Ф. Объективная истина в уголовном судопроизводстве. -М.,1961 Ст.69-70; Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции.-М.,1959. С. 15.

¹⁵ Пашкевич П.Ф. Указ. соч. - С. 53.

¹⁶ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1.-М.,1968, - С.167.

Рассмотрим вопрос о понятие относительной и абсолютной истины. Каждая ступень научного познания представляет собой истину относительную - истину неполную, не исчерпывающую всех возможностей познания. Однако в познании определенного факта, имевшего место в прошлом, в определенных пределах вполне возможно исчерпывающее знание о нем. Поскольку преступления относятся именно к фактам, имевшим место в прошлом, и этот факт должен был исследован в определенных, законом пределах то в отношении конкретного преступления вполне возможно постижение абсолютной истины органами предварительного расследования и судом. Истина, которая должна быть достигнута в уголовном процессе, - истина абсолютная.

Относительная истина - это знания, верно, адекватно отражающие объективную действительность, но не полностью, не во всех свойствах и отношениях. Относительная истина - это не ошибка, не заблуждение; это объективная истина, только не полная, не законченная.¹⁷

Относительная истина является объективной истиной и даёт верное, но не полное отображение объекта, которое позднее может пополняться, уточняться, усиливаться.

Абсолютная истина - это полное, всестороннее, исчерпывающее познание того или иного круга предметов, явлений об объективной действительности, т. е. это такое познание, которое охватывает все свойства и отношения этих предметов и явлений.¹⁸

Таким образом, можно сказать, что целью доказывания в уголовном процессе является нахождение объективной абсолютной истины.

В этой связи необходимо упомянуть о конвенциональной концепции истины, в соответствии с которой конвенциональной считается истина, признаваемая таковой по конвенции, соглашению. Суждение в соответствии с указанной концепцией является истинным не потому, что соответствует действительности, а потому, что субъекты условились считать его истиной.¹⁹ Поэтому и в других системах знаний, или в другой период времени могут быть совсем другие постулаты.

Применительно к уголовному судопроизводству в соответствии с конвенциональной концепцией истины истинным признается то, к чему пришли стороны по взаимному соглашению. Представляется, что в качестве примера реализации указанной концепции в уголовном процессе следует рассматривать институт, закрепленный в главе 40 УПК РФ «Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением».

¹⁷ Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С.40-41.

¹⁸ Там же. С.40

¹⁹ Лавченко О.В. Уголовно-процессуальное доказывание: сущность, средства доказывания предмет и пределы : Автореферат дис. д.ю.н. Ижевск, 2001. С.18

Подытоживая результаты работы, отметим, прежде всего, что ни наука уголовного процесса, ни уголовно-процессуальный закон не отрицают истину как цель уголовно-процессуального доказывания.

Надо отметить, что в большинстве запросов об оказании правовой помощи по уголовным делам указывается цель, направление и результаты получения запроса следующим образом: «В целях объективности, полноты и всесторонности расследования...».²⁰

Международно – правовая помощь по уголовным делам, как механизм установления истины: 1) определяет обязанности установление истины, например, решение ЕСПЧ; 2) с их помощью получается истинное сведение (доказательство); 3) эти доказательства помогают для полного, всестороннего и объективного исследования обстоятельств дела.

Перед субъектами уголовного процесса, наделенными властными полномочиями (прокурор, суд, следователь, и дознаватель), стоит задача установить, является ли совершенное деяние преступлением, кто и при каких обстоятельствах его совершил, и на основании этого принять решение по существу дела в соответствии с требованиями закона.

Литература:

1. Уголовно-процессуальный кодекс Франции. // Автор перевода, предисловия и примечаний: Л.В.Головко. М.: Изд.-во «Юридический колледж МГУ». 1996.
2. Александров А.С. Состязательность и объективная истина // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2012. № 3.
3. Международно-правовое сотрудничество по уголовным, гражданским и арбитражным делам / Серия международных документов. Сост. Абдуллоев П.С., Кудратов Н.А. Душанбе: «Озар», 2011.
4. Европейский суд по правам человека: Избранные решения: В 2 т. / Председатель редколлегии В. А. Туманов. М., 2000. Т. 1.
5. Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж:, 1995.
6. Куцова Э.Ф. Истина и состязательность в уголовном процессе Российской Федерации// Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М.К. Треушников. М.: ОАО «Издательский дом "Городец"», 2005.
7. Лавченко О.В. Уголовно-процессуальное доказывание: Сущность, средства доказывания предмет и пределы: Автореферат дис. д.ю.н. Ижевск, 2001.
8. Случевский В.А. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство и судопроизводство. Спб., 1892.
9. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968.
10. Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. М., 1959.
11. Пашкевич П.Ф. Объективная истина в уголовном судопроизводстве. М., 1961.

²⁰ Архив Генеральной Прокуратуры РТ. 2015.

Аннотация
Международно - правовая помощь как механизм
установление истины по уголовным делам

В статье рассматривается международно - правовая помощь как механизм правильного разрешения, в том числе установление истины по уголовным делам. Отмечается, что для установления истины при оказании правовой помощи недостаточно действий правоохранительных органов или установлений истины в уголовно – процессуальном законодательстве одного государств. Нормы уголовно - процессуального законодательства по вопросу установления истины по уголовным делам различается. В одной правовой системе имеет редкое совпадение по названному вопросу. В статье дается анализ зарубежного законодательства.

Abdulloev P.S.

The summary
International - legal aid as a mechanism the truth in criminal cases

In article it is considered it is international - legal aid as the mechanism of the correct permission, including an establishment true on criminal cases. It is noticed that for a true establishment at rendering of legal aid there are not enough actions of law enforcement bodies or true establishments in criminally - the remedial legislation of one state. Norms criminally - the remedial legislation concerning a true establishment on criminal cases differs. In one legal system has rare coincidence on named a question. In article the analysis of the foreign legislation is given.

Ньматуллоев У.Э.*

Соотношение обыска и выемки в уголовно-процессуальном
праве

Ключевые слова: понятие обыска и выемки, разновидность обыска, самостоятельная следственное действие, принципиальное отличие, процессуальная схожесть, высокая степень конфликтности

Key words: the concept of search and seizure, a kind of search, an independent investigative action, the fundamental difference, procedural similarity, a high degree of conflict

На сегодняшний день в юридической литературе разработаны несколько дефиниций понятия обыска. Их общая черта заключается в

*Ассистент кафедры судебного права и прокурорского надзора, юридического факультета Таджикского национального университета, тел: 98-852-22-22, e-mail: 50umed@mail.ru Ip-адрес: 109.68.236.52

определении обыска как следственного действия, заключающегося в обследовании местности, помещений и сооружений, отдельных граждан с целью отыскания и изъятия предметов, имеющих значение для криминального производства. Отдельные авторы подчеркивают ту или иную особенность обыска. Так, А.Р.Ратинов отмечает, что обыск также проводится с целью «обнаружения разыскиваемых лиц»,¹ Р.С. Белкин в квалификации предметов обыска подчеркивает, что они – «объекты, имеющие значение для установления истины по делу (в т.ч. орудия преступления, предметы и ценности, добытых преступным путем)»,² А.А. Закатов определяет обыск как «принудительное следственное действие, заключающееся в обследовании...», чем отличается от более распространенной формулировки «следственного действия, заключающегося в принудительном обследовании...»,³ другие исследователи, в частности В.А. Образцова, И.Ф. Пантелеев, С.Г. Любичев расширяют дефиницию обыска конкретизируя возможные места, объекты, субъектов обыска.⁴

На наш взгляд, принципиальной разницы между приведенными понятиями нет, поэтому в исследовательской деятельности можно использовать как наиболее общее понятие, так и конкретизированное, согласно предложениям каждого из исследователей, а также с учетом положений ч. 14 ст. 192 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан (УПК РТ) об обязательном изъятии обнаруженных запрещенных в обороте предметов.

Таким образом, под обыском мы понимаем следственное действие, заключающееся в принудительном обследовании помещений, местности, транспортных средств иных объектов, отдельных граждан, их одежды, частей тела с целью отыскания и изъятия предметов, имеющих значение для дела (орудий преступления, предметов и ценностей, добытых преступным путем, а также других предметов и документов, имеющих значение для расследуемого уголовного дела), предметов и документов, запрещенных в обращении, независимо от их отношения к делу, а также обнаружения разыскиваемых лиц и сокрытых трупов.

В отличие от обыска, законодательное понятие выемки следует из текста УПК РТ – это следственное действие, заключающееся в изъятии определенных предметов и документов, имеющих значение для дела, и, если известно, где и у кого они находятся (ст. 191).

В юридической литературе распространено мнение о том, что выемка является разновидностью обыска. Одними из первых эту точку зрения представили М.С. Строгович и Д.А. Карницкий в комментариях к УПК

Ратинов А. Р. Обыск и выемка / А.Р. Ратинов // под ред. проф. А. И. Винберга. М.: Госюриздат, 1961. - 217 с.

² Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия: Справ. ... органов внутренних дел / Р. С. Белкин. - М. : Мегатрон-XXI, 2000. - 334 с.

³ Криминалистика: учебник / под ред. проф. А.Г. Филиппова (отв. редактор) и проф. А.Ф. Волынского. - М.: Изд. - во «Спарк», 1998. - 296с.

⁴ Луценко О.А. Обыск и выемка. Процессуальный порядок, тактика и доказательственное значение / О.А. Луценко. – Ростов н/Д : Феникс, 2005. – С. 8.

РСФСР. По их мнению, эти понятия объединяет единство цели – получение в распоряжение следователя предметов, которые могут иметь значение для дела, т.е. вещественных доказательств. Отличие обыска от выемки заключается в процессуальном порядке их проведения – обыск рассматривается, как средство достижения возможности произвести выемку. В случае если нужные для следователя предметы обнаружены, он проводит их выемку сразу, независимо от согласия обвиняемого, или лица, у которого производится выемка. Обыск производится в том случае, если обвиняемый или лицо, у которого производится выемка, отрицает наличие предметов, которые могут иметь значение для выяснения обстоятельств, установления виновного лица, доказывания вины, и изымает их в случае обнаружения.⁵

Похожей точки зрения придерживаются исследователи О.Я. Баев и Д.А. Солодов, ссылаясь на современное законодательство РФ. По их мнению, «выемка гносеологически и во многом процессуально представляет собой лишь разновидность обыска». Они аргументируют свою позицию такими доводами. Во-первых, выемка производится для изъятия, в сущности, тех же объектов, на обнаружение которых направлен и обыск, но следователь знает о существовании и месте нахождения предметов (документов), которые должны быть обнаружены при выемке. Во-вторых, нормой ч. 2 ст. 183 УПК РФ прямо указано, что выемка производится в процессуальном режиме обыска – поэтому, к ней применимы те же процессуально-тактические приемы и рекомендации, что и для обыска. В-третьих, предусмотренное нормой ч. 2 ст. 183 УПК РФ право следователя предложить добровольную выдачу подлежащих изъятию предметов и документов, и в случае отказа – произвести выемку принудительно, во многом фактически нивелирует тактические различия выемки и обыска.⁶

Противоположного мнения относительно правовой сущности выемки придерживается, в частности, Р.А. Ратинов, А.И. Михайлов и Г.С. Юрин,⁷ С.А. Шейфер, по мнению которых, хотя проведение этих процедур схоже, и им присущи общие свойства, выемка остается самостоятельным следственным действием, поскольку, в целом, имеет отличающие ее цель, основания и порядок проведения.⁸

На наш взгляд, возможность соподчиненности понятий обыска и выемки является достаточно противоречивой. Принципиальное отличие состоит в характере предпринятых действий: обыск – это поиск предметов, он имеет вероятностный характер. Результатом обыска могут быть: а)

⁵Строгович М. С. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР.: текст и постатейный комментарий / М.С. Строгович, Д. А. Карницкий // под ред. и с предисл. Н. Я. Нехамкина. — М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1925. —375 с

⁶Баев О.Я. Производство следственных действий : криминалистический анализ УПК России, практика, рекомендации : практическое пособие / О. Я. Баев, Д. А. Солодов. - 2-е изд., испр. и доп. - М. Эксмо, 2010. -53.

⁷Михайлов А. И. Обыск / А. И. Михайлов, Г. С. Юрин. – М. : ВИИ причин и разраб. мер предупр. пр-ти, 1971. – 91 с.

⁸Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. - М.: Издательство «Юрлитинформ», 2004. –67-80.

нахождение искомых предметов, документов; б) констатирование их отсутствия; в) подтверждение / опровержение их существования; г) выработка следственной версии о достоверном месте нахождения. В свою очередь, выемка производится на основании достоверных данных о существовании и месте нахождения предметов и документов (необходимое условие согласно ст. 191 УПК РТ), имеющих значение для дела, задание субъектов выемки – обеспечить их изъятие, сохранность, процессуальное приобщение к делу и пр. Ввиду этих отличий обыск и выемка рассматриваются нами как отдельные виды следственных действий.

Основные отличия обыска от выемки обусловлены степенью информированности о существовании и месте нахождения предметов, документов. Во-первых, при обыске субъекты следственных действий владеют ориентировочными данными об объектах, которые подлежат изъятию, в то время как в процессе выемки – они располагают проверенной информацией об их месте нахождения, и их действия подчинены конкретной цели (например, «изъять экземпляры финансовой отчетности предприятия, хранящиеся в сейфе исполнительного директора»). Во-вторых, выемка не может назначаться с целью задержания лиц, относительно которых проводится следственное действие.

Обыск проводится в случаях, когда имеются достаточные основания полагать, что орудия преступления, вещи и ценности, приобретенные преступным путем, а также другие предметы и документы, имеющие значение для установления истины по делу, спрятанные в определенном помещении или месте, или у какого-либо лица, а также в определенном помещении или месте укрытия преступника.

Из положений статьи ч. 1 ст. 190 УПК РТ следует, что основанием для инициирования обыска является достаточная обоснованность предположений о месте нахождения предмета, криминально-процессуальный закон не предъявляет требований относительно источников таких сведений. Соответственно достаточность сведений определяется следователем, а также оценивается судом, судьей, прокурором перед вынесением санкции об его проведении.

Как отмечалось ранее по своей сущности обыск – это поиск, средство выявления и проверки доказательств, поэтому на практике поводом для его инициирования может быть информация, не отображенная в материалах дела, а также соответствующая типовым версиям совершения преступления.

В отношении выемки, сведения о возможном месте нахождения искомого объекта могут быть получены из показаний и иных сообщений граждан и должностных лиц (заявления, объяснения, рапорты), а также вследствие ранее проведенных следственных действий (осмотр, обыск и др.); эти сведения содержатся в материалах уголовного дела.

В отличие от уголовного процессуального законодательства других стран СНГ, в УПК РТ выемка (как и обыск) проводится на основании мотивированного постановления и санкции суда, судьи (ч. 1 ст. 192 УПК РТ).

Следующим отличием является и то, что выемка в помещениях, занимаемых дипломатическими представительствами, а также в помещениях, в которых проживают члены дипломатических представительств и их семьи, может производиться только по просьбе или с согласия дипломатического представителя и в его присутствии. Такое разрешение получается путем обращения через Министерство иностранных дел РТ (ч. 10 ст. 183 УПК РТ).

Характерными чертами обыска и выемки является высокая степень конфликтности, эмоциональной напряженности.⁹ Обыск или выемка, проводимые принудительно и, как правило, внезапно, является вмешательством в установленный распорядок жизни или деятельности лица, поэтому может встречать активное противодействие со стороны не только причастных к преступлению частных или должностных лиц, но и не причастных, посторонних лиц.

В этой связи, а также с целью избегания утечки информации, сокрытия доказательств, законодательством предусмотрены специальные меры процессуального регулирования обыска. Например, ч. 8 ст. 192 УПК РТ предусмотрено право вскрытия запертых помещений и хранилищ при производстве обыска, если владелец отказывается добровольно их открыть; ч. 13 ст. 192 УПК РТ – право ограничить перемещение и общение лиц присутствующих при проведении обыска или выемки; ч. 2-3 ст. 194 УПК РТ – обязанность лица проводящего обыск или выемку указать в протоколе характер изъятия (добровольный или принудительный), а также оказывалось ли сопротивление с указанием принятых мер.

Вышеприведенные особенности обуславливают общую процессуальную регламентацию обыска и выемки, а также отображаются в методологии его проведения в практике правоохранительных структур.

Проведение обыска и выемки регламентировано положениями статей, включенных в главу 22 УПК РТ. Результаты сравнительного анализа положений отечественного процессуального законодательства показывают, что часто по результатам обыск и выемка идентичны. Так, большинство статей этой главы содержит предписания, имеющие одинаковое отношение к проведению обоих действий, что очевидно из названия соответствующих статей: «Порядок производства обыска и выемки» (ст. 192 УПК РТ), «Протокол обыска или выемки» (ст. 194 УПК РТ), или их совместного использования в формулировках норм общих статей (ч. 1 ст. 35 УПК РТ, об исключительных полномочиях суда относительно разрешения обыска и выемки предметов и документов, содержащих банковскую тайну). Но ввиду вышеизложенного, приведенное обстоятельство позволяет говорить только о схожести процессуальных понятий обыска и выемки, обусловленных

⁹ Аминов И.И. Юридическая психология : учеб. пособие / И.И. Аминов. М. : ЮНИТИ-Дана, 2007. - 170 с.

особенностями взаимодействия субъектов следственных действий и лиц, в отношении которых они проводятся.

По итогам проведенного исследования получены следующие выводы. Во-первых, развитие научных представлений о природе и соподчиненности обыска и выемки происходит симметрично совершенствованию законодательства, регулирующего их проведение. Во-вторых, результаты анализа положений действующего УПК РФ позволяют рассматривать их как независимые виды следственных действий, процессуальная схожесть между которыми обусловлена характером взаимодействия субъектов следственных действий и лиц, в отношении которых они проводятся.

Литература:

1. Ратинов А. Р. Обыск и выемка / А.Р. Ратинов // под ред. проф. А. И. Винберга. - М.: Госюриздат, 1961.
2. Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия: Справ. ... органов внутренних дел / Р. С. Белкин. - М. : Мегатрон-XXI, 2000.
3. Криминалистика: учебник / под ред. проф. А.Г.Филиппова (отв. редактор) и проф. А.Ф.Волынского. - М.: Изд.-во «Спарк», 1998.
4. Луценко О.А. Обыск и выемка. Процессуальный порядок, тактика и доказательственное значение / О.А. Луценко. – Ростов н/Д: Феникс, 2005.
5. Строгович М. С. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР.: текст и постатейный комментарий / М.С. Строгович, Д. А. Карницкий ; под ред. и с предисл. Н. Я. Нехамкина. – М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1925.
6. Баев О.Я. Производство следственных действий: криминалистический анализ УПК России, практика, рекомендации: практическое пособие / О. Я. Баев, Д. А. Солодов. - 2-е изд., испр. и доп. - Москва : Эксмо, 2010.
7. Михайлов А. И. Обыск / А. И. Михайлов, Г. С. Юрин. – М. : ВИИ причин и разраб. мер предупр. пр-ти, 1971.
8. Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. - М.: Издательство «Юрлитинформ», 2004.
9. Аминов И.И. Юридическая психология : учеб. пособие / И.И. Аминов. М. : ЮНИТИ-Дана, 2007.

Неъматуллоев У.Э.

Аннотация

Соотношение обыска и выемки в уголовно-процессуальном праве

Для достижения цели и решения задач предварительного расследования органы дознания и предварительного следствия наделены правом осуществления большого комплекса процессуальных действий, среди которых важнейшее место занимают так называемые следственные действия такие как обыск и выемка. В статье рассматривается общее понятие обыска и выемки, процессуальная схожесть, а также отличительные характеристики данных следственных действий.

The summary
Value for search and seizure in the Criminal Procedure Law

For achievement of the purpose and the solution of problems of preliminary investigation bodies of inquiry and preliminary investigation are allocated with the right of implementation of a big complex of procedural actions among which the major place is taken by so-called investigative actions such as a search and dredging. In article the general concept of a search and dredging, procedural similarity, and also distinctive characteristics of these investigative actions is considered.

**V. Проблемы гражданского права и предпринимательской
деятельности**

Гаюров Ш. К.*

Унитарное предприятие

Ключевые слова: юридическая личность, государства, публичный интерес, унитарное, предприятие

Key words: legal personality, the state, the public interest, unitary enterprise

Как вытекает из предложения, «унитарное предприятие» состоит из двух слов «унитарное» и «предприятие», каждое из которых имеет свое значение, а употребление их вместе в словосочетании означает во многих случаях объект права собственности, а в некоторых случаях организационно – правовую форму юридического лица. Путаница. Сходства в обозначении объекта и субъекта гражданского права. Острая проблема доктрины и гражданского законодательства. Между тем, как отмечается в п. 9 Программы государственной поддержки предпринимательства в Республике Таджикистан (РТ) на 2012 – 2020г., утвержденное постановлением Правительства РТ от 30. 04. 2012г., № 201, наблюдается низкий уровень развития промышленных и сельскохозяйственных предприятий, использование устаревшей техники и производственного оборудования, низкий уровень технологического производства, низкое качество и неконкурентоспособность выпускаемой отечественной продукции. Эти проблемы не будут решены, пока не будет решен вопрос о юридической личности унитарного предприятия. Ситуация усугубляется и тем, что «на

*Заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета Таджикского национального университета, доктор юридических наук, профессор. E – mail: shukrullo67@mail.ru. Тел.: 93 510 38 62. Персональный идентификационный код автора (SPIN - код) в системе SCIENCE INDEX: 6803 - 4816

данный момент процедуры контроля и надзора за рынком непрозрачны, излишне обременительны для бизнеса и не обеспечивают эффективной защиты прав субъектов регулирования. Предпринимательство сталкивается с высокими издержками деловой активности, которые возникают в связи с противоречиями в нормативных правовых актах или с отсутствием определенных положений в законодательстве, недостаточным исполнением законов, распространенной практикой вмешательства центральных и местных органов государственной власти в хозяйственную деятельность и связанным с ней процессом принятия решений».¹

Слово «унитарный» означает единый, объединенный, составляющий одно целое. Категория «предприятие» означает имущественный комплекс, используемый для осуществления экономической деятельности. Оно в целом или его часть могут быть объектом купли – продажи, залога, аренды и других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением вещных прав. В его состав входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая права пользования земельным участком, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукция, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания) и другие объекты исключительных прав, если иное не предусмотрено законом или договором. Получается, что применение категории «унитарный» в отношении категории «предприятие», ни какой нагрузки для обозначения организационно – правовой формы юридического лица не несет. Без этой же категории, понятие «предприятие» по смыслу ст. 144 ГК РТ и ст. 132 ГК РФ как единый имущественный комплекс признается недвижимостью, объектом права собственности.

При этом категория «предприятие» рассматривается как коммерческая организация (ст. 308 – 312 ГК РТ, ст. 2 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»). В этих нормах понятие «предприятие» практически совпадает с понятие юридического лица, поскольку в целом для законодательства характерно использование этой категории для обозначения организаций всех форм собственности и организационно – правовых форм. Н. Н. Ковалева считает, что употребление понятия предприятия в отношении коммерческих организаций всех форм собственности характерно для правовых актов, имеющих административно – правовую направленность, что является целесообразным и даже необходимым.²

¹Глава 1 «Анализ ситуации» Стратегии реформирования системы государственного управления Республики Таджикистан на 2005 - 2015г., утвержденное Указом Президента РТ от 15. 03. 2006г., № 1713. // [Электрон. ресурс] // АДЛИЯ : Централиз. банк правовой информации Республики Таджикистан. Версия 6.0 /М – во юстиции Республики Таджикистан. – Душанбе, 2015.– 1 электрон. опт. диск (CD – ROM).

² Ковалева Н. Н. Административно – правовой статус предприятий: дисс. на соискание ученой степ. канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 18.

С такой позиции автора согласиться нельзя. Организационно – правовые формы юридических лиц являются важными институтами гражданского права. Их использование в других отраслях права и законодательства должно соответствовать смыслу гражданско-правовой трактовки. Спорным является представление о том, что категория «юридическое лицо» используется для характеристики «частноправовых возможностей юридического лица».³ Нам представляется, что понятие юридического лица является крупным достижением цивилистической мысли и оно имеет общеправовой характер, обеспечивающий устойчивое развитие всей правовой системы.

По нашему мнению использование категории «предприятие» в целях обозначения всех коммерческих организаций является следствием недопонимания сущности юридического лица. Юридическое лицо – это не предприятие, а организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении, оперативном управлении и ином праве обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и неимущественные гражданские права, нести обязанности, а также имеет процессуальную правосубъектность. Если унитарное предприятие соответствует требованиям юридической личности общественной деятельности, то оно может быть зарегистрировано в качестве особой разновидности юридического лица. Причем унитарное предприятие является разновидностью организации, а не только коммерческой организации. При этом значении указанное слово предопределило характер осуществляемой организацией деятельности: производство товаров, выполнение работ, оказание услуг. Унитарное предприятие в соответствии с ст. 20 Закона РТ «О государственных предприятиях» может действовать в следующих сферах экономической деятельности:

- разработка, производство, транспортировка продукции для нужд государства из числа вооружения, военного снаряжения, военной техники, другого военного имущества, комплектующих с целью совершенствования обороноспособности и безопасности РТ;

- ликвидация (уничтожение, утилизация, захоронение) и переработка высвобождаемых военно – технических средств;

- добыча, производство, транспортировка, переработка, захоронение, реализация урана и других радиоактивных материалов в размере, превышающем нормы их использования без необходимости использования специальных защитных средств;

³ Теория государства и права: учебник / под ред. Марченко М. Н. М. Зерцало, 2009. С. 750.

- изготовление и реализация продукции, содержащей радиоактивные вещества в количествах, превышающих норму, допустимую для их использования без необходимости применения специальных средств защиты;
- изготовление и реализация медикаментов, лекарственных средств и лечебных препаратов, медицинского оборудования и инструментария;
- осуществление хозяйственной деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии;
- осуществление хозяйственной деятельности в области снабжения электроэнергией, водой, теплом и газом;
- оказание услуг железнодорожным и общественным транспортом, авиационными грузовыми и пассажирскими перевозками;
- оказание услуг связи (в том числе и почтовой) и телекоммуникаций, эксплуатация республиканских и международных линий связи;
- оказание услуг в области коммунального и жилищного хозяйства, а также других систем жизнеобеспечения республиканской и местной инфраструктур, которые в силу своего естественного монопольного положения и социально – экономической значимости требует прямого государственного управления;
- в области банковской, страховой и иной кредитно – финансовой деятельности;
- осуществление производственно – хозяйственной деятельности в области здравоохранения, охраны природы, образования, социальной защиты, науки, культуры и спорта;
- осуществление производственно – хозяйственной деятельности в области телевидения (в том числе кабельного) и радиовещания, издательской и полиграфической деятельности;
- осуществление иной производственно – хозяйственной деятельности, предусмотренной планами Правительства РТ по социально – экономическому развитию;
- в других сферах деятельности в соответствии с законодательством РТ.

Как вытекает из этих положений, унитарное предприятие создается с целью удовлетворения публичных интересов государства, а не с целью получения прибыли, льгот или компенсаций. Поэтому для характеристики видов деятельности унитарного предприятия используется словосочетание не коммерческая, а производственно – хозяйственная деятельность. Оно

направлено не на любые виды деятельности, а только лишь на те, которые будут соответствовать функциям, возлагаемым на государство народом. Конституция РТ провозглашает Таджикистан суверенным, демократическим, правовым, светским и унитарным государством. По его замыслу Таджикистан должна быть социальным государством, создающим условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие каждого человека (ст. 1). В нем провозглашается политическое и идеологическое многообразие, отделение религиозных организаций от государства, гарантируется свобода экономической и предпринимательской деятельности, равноправие и правовая защита собственности, в том числе частной (ст. 8, 12.). Важной для Таджикистана является ст. 13 Конституции, которая закрепила землю, её недра, воду, воздушное пространство, животный и растительный мир и другие природные ресурсы как исключительную собственность государства. В ней гарантируется эффективное использование этих ресурсов в интересах народа. Поэтому государство обязано направлять эти ресурсы над созданием социально – ориентированной рыночной экономики. А это подразумевает следующее:

а) институциональное преобразование и совершенствование государственного управления;

б) создание современной конкурентной среды на внутреннем рынке и повышение ликвидности производимой продукции;

в) постепенное преодоление сырьевой направленности в структуре экономики;

г) обеспечение занятости трудовых ресурсов, реформирование системы заработной платы и пенсионного обеспечения.

Государство не только имеет право создавать социально – ориентированную рыночную экономику, но, и обязано соблюдать требование Хартии экономических прав и обязанностей государств, принятой 12. 12. 1974г., на пленарном заседании 29 – й сессии Генеральной Ассамблеи ООН. В соответствии со ст. 7 Хартии: «Каждое государство несет основную ответственность за содействие экономическому, социальному и культурному развитию своего народа. С этой целью каждое государство имеет право и несет ответственность за выбор целей и средств развития, полную мобилизацию и использование своих ресурсов, осуществление прогрессивных экономических и социальных реформ, а также обеспечение полного участия своего народа в процессе и выгодах развития. Все государства обязаны, индивидуально и совместно сотрудничать, с тем, чтобы устранить препятствия, которые мешают такой мобилизации и использованию».

По сравнению с этатистской и либеральной модели экономики, социально – ориентированная экономика, рационально применяет рыночные и государственные механизмы воздействия, в которых нередко сочетаются

или периодически сменяют друг друга различные модели экономики и рыночные институты находятся на стадии становления. Однако государство выступает как субъект, регулирующий общественные отношения, в частности в области экономики. А правовое регулирование – это воздействие государства на экономику при помощи правовых предписаний. Поэтому оно является одной из форм государственного регулирования экономики. Институт вещных прав является основным элементом государственного регулирования экономики. Однако для формирования социально – ориентированной экономики одного вещного права мало. В настоящее время важнейшим фактором производства и развития производительных сил, кроме классических трех (труд, капитал, земля), становится актуальная информация. Это означает, что современное производство требует высших уровней использования объектов интеллектуальной собственности. Каждому предоставлено право на свободное участие в культурной жизни общества, художественном, научном и техническом творчестве и использования их достижений. Культурные и духовные ценности охраняются государством. Интеллектуальная собственность находится под защитой закона (ст. 40 Конституции РТ).

Взаимосвязь и взаимодействие триады «государство – право – экономика» ни в коем случае нельзя представлять односторонне и упрощенно. Это сложный процесс, в котором кроме государства и права, участвуют и другие элементы надстройки общества: духовные, политические, национальные, этнические. И в данном вопросе не следует упускать из виду и обратное воздействие государства на экономику.

Проведенный анализ показывает, что унитарное предприятие в трансформационной экономике РТ является одной из ведущих форм осуществления права собственности государства. Оно составляет основное звено государственного сектора экономики. Однако унитарное предприятие не является понятием одноуровневого значения с государственным сектором экономики. Хотя унитарное предприятие усиливает роль государства не только как регулятора наиболее значимых общественных отношений, но и как собственника. Понятно, что в условиях кризиса усиливается роль государства, однако это не означает, что все стороны общественной жизни подлежит огосударствлению. Цель государственности – обеспечение уравновешенного баланса между частным и общественным интересом. В этом и заключается современная модель правовой политики. Такая политика успешна и создает общее благо, если оно соответствует следующим основным направлениям правового прогресса:

- обогащение позитивного права естественно – правовыми идеями и ценностями;
- утверждение начал правового государства;
- возвышение частного права;

– возвышение и развитие правосудия.⁴

Продолжая свои рассуждения об унитарных предприятиях можно сказать, что их деятельность связана с решением ряда важных общественных проблем, к числу которых следует отнести:

1) плановое и целевое использование государственного имущества в качестве юридического лица, субъекта права хозяйственного ведения;

2) производство отдельных видов продукции, изъятой из оборота или ограниченно оборотоспособной;

3) осуществление деятельности по производству товаров, выполнению работ, оказанию услуг при непосредственной финансовой поддержке государства в целях решения социальных проблем.

Таким образом, унитарное предприятие не «коммерческое лицо государства», а особая юридическая личность, наделенный комплексным правовым статусом, выражающийся в том, что оно одновременно выступает в гражданском обороте от своего имени и в своих интересах, и в интересах государства.

Литература:

1. Ковалева Н. Н. Административно – правовой статус предприятий: дисс. на соискание ученой степ. канд. юрид. наук. Саратов, 2001.
2. Стратегии реформирования системы государственного управления Республики Таджикистан на 2005 - 2015г., утвержденное Указом Президента РТ от 15. 03. 2006г., № 1713. // [Электрон. ресурс] // АДЛИЯ : Централиз. банк правовой информации Республики Таджикистан. Версия 6.0 /М – во юстиции Республики Таджикистан. – Душанбе, 2015.– 1 электрон. опт. диск (CD – ROM).
3. Поляков С. Б. Юридическая ответственность государства. – М. Юридический мир, 2007.
4. Теория государства и права: учебник / под ред. Марченко М. Н. – М. Зерцало, 2009.

Гаюров Ш. К.

Аннотация Унитарное предприятие

В статье автор в кратком изложении определяет свою позицию по спорному вопросу о сущности унитарного предприятия. По его мнению, унитарное предприятие не «коммерческое лицо государства», а особая

⁴Слова С. С. Алексеева. Цит.: по кн. Поляков С. Б. Юридическая ответственность государства. – М. Юридический мир, 2007. С. 68.

юридическая личность, наделенный комплексным правовым статусом, выражающийся в том, что оно одновременно выступает в гражданском обороте от своего имени и в своих интересах, и в интересах государства.

Gayurov Sh. C.

The summary The unitary enterprise

The author in the summary determines its position on the contentious issue of the essence of the unitary enterprise. According to him, the unitary enterprise "commercial entity of the State," and a special legal personality, endowed with a complex legal status, reflected in the fact that it simultaneously acts in public circulation on its own behalf and in their interests and in the interests of the state.

Рольф Книпер*

Тезисы относительно статуса адвоката в рыночной экономике

Ключевые слова: адвокат, договор, товарный оборот, правоохранительная деятельность, гонорар, закон, свобода договора

Key words: attorney, contract, trade turnover, law enforcement, the fee, the law, freedom of contract

1. В рыночной экономике центральным инструментом оборота товаров и услуг является договор. Любая из транзакций, происходящих миллионы раз в повседневной жизни между физическими и юридическими лицами как частного права, так и публичного права, требует наличия договора, о котором сторонам необходимо договориться, который необходимо заключить и исполнить. В абсолютном большинстве случаев, например, когда в повседневной жизни покупаются, перенимаются и тут же наличными оплачиваются хлеб, овощи, билет на проезд в автобусе и т.п., вероятно, участники рынка совершенно не осознают, что они осуществляют комплексный юридический процесс. В других случаях, например, при покупке или найме жилья, при заключении договора о страховании или договора с банком, при проведении переговоров по «соглашениям о разделе газовой продукции» (Gas product sharing agreements, сокр. «PSA»), при принятии какого-либо предприятия, требуется тщательно продумать все вопросы, собрать большое количество информации о предмете, партнере, фактической и юридической среде договора, осознанного обеспечения равновесия интересов и рисков, наблюдения за исполнением договора. В

*Профессор Бременского университета, Германия

таких случаях зачастую обязательно необходимо наличие высокой профессиональной компетенции.

2. Договорные отношения в рыночной экономике дополняются обязательственными отношениями, предусмотренными по закону, такими, например, как неосновательное обогащение или совершение преступления, а также другие предусмотренные законом имущественные отношения и неимущественные отношения, например, отношения в семье между мужем и женой, родителями и детьми, наследниками и наследодателями. Здесь также очень часто всё просто и понятно и складывается почти «автоматически», но в этих сферах бывают также чрезвычайно сложные положения, когда необходимо сбалансировать спорные интересы на уровне равенства и требуется профессиональная консультация.

3. Во всех этих отношениях и положениях весьма существенную функцию выполняет адвокат. Это не касается рутинных сделок повседневной жизни, которые происходят миллионы раз, где переговоры по договору, его заключение и исполнение практически совпадают. Однако это верно в еще большей степени в комплексных деловых и имущественных отношениях, в которых имеет место столкновение интересов, расхождение в представлениях и необходимо привести в равновесие риски.

4. Такая ситуация может сложиться после возникновения конфликта между сторонами. В таком случае стороны нанимают адвокатов для поиска такого решения конфликта с другой стороной, которое отвечает ее соответствующим интересам. Это может происходить в форме проведения юридически обоснованных переговоров в целях достижения мирного урегулирования спора. Это может происходить в виде формализованной процедуры медиации или иного улаживания спора, представляющего собой альтернативу судебному процессу и поэтому обозначаемого часто как «альтернативное улаживание споров». И, наконец, это может происходить в рамках спорного производства по данному делу в суде или в третейском суде. Этот крупный раздел деятельности адвоката называется судебно-психологической деятельностью (нем. «forensische Tätigkeit»); в англосаксонском словоупотреблении адвоката, специализирующегося на оказание помощи в разрешении конфликтов, «*litigation lawyer*». Тем самым подчеркивается то, что для решения этих задач наряду с хорошей юридической квалификацией требуются специальные способности, которые могут заключаться в области психологии, в частности, в умелости и настойчивости в раскрытии, упорядочивании и презентации фактических обстоятельств конфликта, обстоятельств дела, доказательств. В рыночных отношениях, характеризующихся свободой договора и децентрализованной собственностью, стороны сами несут ответственность за осуществление своих интересов. Они сами должны выражать свои интересы и формулировать их в юридически обоснованном заявлении, которой основывается на норме закона, в которой закреплено соответствующее право требования; они должны раскрыть фактические обстоятельства и

представить доказательства. Существовавший в советское время принцип выяснения судом истины по делу, когда на судью возлагалась обязанность выяснить обстоятельства дела, - чужеродное тело в рыночной экономике. В комплексных конфликтах сторона, не имеющая юридического образования, практически не в силах выполнить эти обязательства. Адвокат, обозначаемый как «*litigation lawyer*», выполняет эти задачи по заказу и в интересах соответствующей стороны. Очевидно то, что юридически компетентная подготовка материалов конфликта является огромной помощью для судьи, которому презентуются как фактические основания, так и юридическое измерение конфликта. Если обе стороны представлены адвокатами, судья может быть уверен в том, что данная презентация включает в себя все спорные аспекты с точки зрения интересов каждой из сторон, и что у него достаточно материала для вынесения решения по данному конфликту. Законодатель Туркменистана в настоящий момент работает над включением этих современных принципов в современный Гражданско-процессуальный кодекс. Они точно таким же образом действуют и в системе третейских судов.

5. Подключение адвоката может также понадобиться, чтобы не допустить возникновения возможных конфликтов в договорных отношениях. В отличие от судебно-психологической деятельности такое измерение адвокатской деятельности называется правоохранительной (нем. «*kautelarische Tätigkeit*»). В комплексных договорных отношениях, в частности, когда их целью является формирование долгосрочных деловых связей, необходимо учитывать, обеспечивают ли нормы Гражданского кодекса надлежащий баланс интересов или, если они являются диспозитивными, необходимо ли их приведение в соответствие с конкретными деловыми отношениями. И вновь обе стороны или несколько сторон нанимают адвокатов в качестве своих представителей, то есть для сбора и обработки сведений, имеющих значение для договора, точного формулирования своих интересов, проведения переговоров и обеспечения баланса между своими интересами и интересами других в рамках закона. Поскольку в рыночной экономике эгоистичное увеличение собственной выгоды и отстаивание собственных интересов является легитимным, каждый из партнеров по договору несет сам обязанность формировать деловые отношения таким образом, чтобы не оказаться в менее выгодном положении. Он не может полагаться на то, что его партнер проявит честность. Возникающие в результате этого транзакционные расходы, как, например, гонорары адвоката, зачастую компенсируются таким формированием договора, которое не позволяет возникнуть дорогостоящему спору. Я сам раньше работал в адвокатском бюро, которое гордилось тем, что ему крайне редко приходилось обращаться в суд. Необходимость урегулирования какого-либо конфликта в суде считается доказательством того, что договор не был прозрачным и достаточно хорошо сформулированным, чтобы изначально не допустить возникновения конфликтов.

6. Адвокат в рыночной экономике является частью системы еще и в другом смысле. Он сам, будучи носителем свободной профессии, предлагает услуги на рынке. Те, кто ищут совета, в принципе свободны, сравнивать предлагаемые услуги, уточнять их объем и договариваться о них, а также о размере и условиях оплаты гонорара. В этом случае имеет место гражданско-правовой договор, на который распространяются общие положения о правовых сделках (ст. 75-165 ГК Туркменистана), общие положения обязательственного права (ст. 330-500 ГК Туркменистана) и особенные положения о поручении (ст. 721-735 ГК Туркменистана). Это – нормы, регулирующие внутренние отношения между клиентом и адвокатом, а не доверенность выступать и действовать в суде или в переговорах от имени стороны, дающей заказ.

7. Если учитывать такую классификацию договорных отношений, то становится очевидным, что в принципе как государству, так и профессиональным организациям не следует вмешиваться в них. Необходимо предоставить индивидуальным сторонам право выбора адвоката и вступления с ним в договорные отношения. В принципе необходимо предоставить самому рынку оценить качество услуг адвоката: тот, кто предоставляет плохое качество, будет получать заказы не часто и со временем уйдет с рынка. Но это – не всё: поскольку речь идет об обычных обязательственно-правовых договорных отношениях, адвокат, разумеется, несет гражданско-правовую материальную ответственность перед своим клиентом. Если адвокат не разъяснил своему клиенту риск какой-либо сделки, если не обратил его внимания на специальную практику работы государственных органов и указывает стратегии преодоления, если не обратил внимания на угрозу истечения срока давности правопритязания, если не совершил действий по предъявлению возможных регрессных требований по отношению к третьим лицам, если не разъяснил клиенту возможную ничтожность какой-либо оговорки в договоре и т.д., и если в результате этого клиенту причинен вред, он обязан возместить этот вред. Это – решающие предпосылки, которые определяют хороший уровень адвокатуры. Ограничение государством сроков его деятельности или прочие ограничения не совместимы с гарантированным в конституционном праве принципом свободы осуществления профессии.

8. В результате такой классификации договорных отношений и статуса адвоката в рыночной экономике, по моему мнению, следует, что профессиональную организацию необходимо организовать автономно.

9. Я неоднократно говорил здесь о «принципе» свободы договора в отношениях между клиентом и адвокатом, потому, что во многих государствах, в том числе в Германии, действуют определенные ограничения. Они обосновываются тем, что адвокат занимается не только коммерческой деятельностью, но и является органом обеспечения правосудия и тем самым несет особую ответственность за обеспечения уважения права и существования правового государства. Поэтому

законодательство Германии, как и законодательство Туркменистана, предусматривает то, что адвокат должен обладать определенной профессиональной квалификацией (высшее образование, практика и т.д.), наличие которой проверяется в рамках установленного порядка лицензирования. Для облегчения доступа к судам и обеспечения применения законов в судебном процессе в Германии гонорар адвоката не является полностью свободным. Размеры гонорара предписаны законом и только при определенных условиях могут быть согласованы иначе. Наконец, адвокат, который предлагает свои услуги публично, хотя и не подлежит обязательной контрактации и не несет обязанности принимать заказ любого клиента. Однако он обязан незамедлительно сообщить о возможном отклонении заказа. Если он этого не сделал, то он обязан возместить разочарованному клиенту возможно возникший вред. Кстати, в отношении нотариуса, кроме этого, действует правило, согласно которому он может отказать в осуществлении своей деятельности по заверению документов только при наличии достаточного основания.

Рольф Книпер

Аннотация

Тезисы относительно статуса адвоката в рыночной экономике

В статье в тезисном порядке излагаются точка зрения автора относительно места и значения рыночной экономики в формировании современного гражданского права. В нем особое внимание уделяется адвокатской деятельности и возмездной правовой услуги оказываемой адвокатами как участниками рынка услуг.

Rolf Knipper

The summary

Tezisy regarding the status of the lawyer in a market ekonomike

The article in the manner set out in thesis author's point of view regarding the place and importance of the market economy in the formation of modern civil law. It focuses on advocacy and onerous legal services rendered by lawyers how to market participants services.

О мотивах лишения азартных игр судебной защиты

Ключевые слова: азартная игра, интерес государства и граждан, индустрия развлечений, предпринимательская деятельность, судебная защита

Key words: gamble, the interest of the state and the citizens, the entertainment industry, business activities, judicial protection

Время препровождение за азартной игрой, вызываемое не подлинными и необходимыми потребностями жизни, а страстью, продиктованной стремлением обогатиться в результате удачного стечения обстоятельств без особых затрат, всегда сохраняет элемент незначительности и бесполезности с точки зрения общественных нужд и потребностей гражданского оборота. Суть незначительности сводится к тому, что явление, непосредственно не связанное с необходимой потребностью человеческого существования, не причисляется государством к явлению, заслуживающему законодательного покровительства. Безусловно, существование тех или иных потребностей, необходимость их удовлетворения осознается одинаково в любых обществах, но не всякая потребность может быть введена в рамки публичного правосознания, ибо человеку могут быть свойственны потребности, не заслуживающие удовлетворения и законодательного внимания. Поэтому только социально значимые интересы попадают в сферу правового регулирования и становятся юридическими (законными) интересами.¹

Отсутствие интереса государства к азартным играм объясняется самой природой человеческой общности с ее первоочередным почтительным отношением к практичности, производительному и рациональному труду, науке, творчеству и равнодушием к деятельности, бесполезной для общества. Именно бесполезность азартных игр и пари приводилась авторами решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената № 57 за 1883 год в качестве мотива, лишаящего их судебной защиты: «По общему понятию о пари, это такое соглашение, которое, имея все внешние признаки договора, вызывается не действительными и серьезными потребностями жизни, а прихотью или страстью и в котором стремление достигнуть известного результата лишь путем риска составляет единственный мотив соглашения. Этим отличительным свойством пари только и можно объяснить, почему французский Гражданский кодекс, относя пари к числу рискованных договоров и признавая за другими рискованными же договорами право на покровительство закона, требованиям, возникающим из пари, наравне с игрою, отказывает в защите со стороны суда. Здесь

* Доктор юридических наук, заведующая кафедрой предпринимательского права юридического факультета Российско-Таджикского (славянского) университета. 734025, Республика Таджикистан, г. Душанбе, ул. М. Турсун-заде, д.30. Email: sultanova77@mail.ru

¹Малеин Н.С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. - 1980. - №1. - С. 29.

выразилось нежелание законодателя покровительствовать сделкам пари вследствие отсутствия серьезности в их содержании и ничтожности интереса, представляемого ими для гражданской жизни общества».²

Известный дореволюционный ученый А.В. Лохвицкий всякую игру на деньги называл вредной в экономическом отношении: «люди тратят время не для увеличения массы общего богатства; деньги только переходят из рук в руки, не оставляя ничего производительного, никакой новой ценности. Поэтому законодатель не признает за игрой характера и последствий законного договора: он не дает права иска долгов по игре, мало того не признает даже долг, заключенный для игры»³. «Игра, - писал Г. Дербург, - представляет собой противоположность серьезным занятиям, приносящим пользу культурной жизни всего общества. Она не только совершенно бесполезна, но часто вызывает даже положительный вред, так при игре без удержу подрывается благосостояние отдельных личностей, а иногда и целого круга лиц».⁴

В юридической литературе называются и другие социальные мотивы «прохладного» отношения государства к азартным играм, выразившегося в отказе в судебной защите требований, возникающих из них. Это и порочность приобретения имущественных средств самым праздным и дешевым способом без применения усилий, исключительно по воле случая, развращающим нравственное чувство порядочного человека,⁵ и азарт, лежащий в основе игры, представляющий собой болезненную страсть игрока к имущественному выигрышу, жажду наживы, обогащения без затрат или минимальными затратами,⁶ который лишает участников игр и пари «способности трезво и спокойно взвешивать последствия своих действий и отдавать себе отчет в их серьезности»,⁷ а также высокая вероятность злоупотреблений и недобросовестного поведения участников в процессе игры и исполнении обязательств по ним, поскольку, как отмечает В.А. Белов, ради получения выигрышей участники азартных игр нередко пытаются содействовать собственному выигрышу, причем применяют для этого любые способы. В результате таких действий азартные игры нередко превращаются в то, что на языке уголовного права именуется мошенничеством и подкупом участников соревнований.⁸

²Законы гражданские. С разъяснениями Правительствующего Сената / Сост. И. М. Тютрюмов. – СПб., 1909. – С. 901.

³ Лохвицкий А.В. Курс русского уголовного права. – СПб.: Изд.- во журнала Министерства юстиции. 1867. – С. 435.

⁴ Дербург Г. Пандекты: Т. 3: Обязательственное право - М., 1900. - С. 341.

⁵ Мейер Д.И. Русское гражданское право. [Электронный ресурс]. - Пг.: Типография «Двигатель», 1914. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».

⁶ Миронов И. В. Проблемы алеаторных правоотношений в российском праве: дис. на соискание учён. степ. канд. юрид. наук. - М., 1998. – С. 14.

⁷ Иванова Е.В. Расчетный форвардный контракт как срочная сделка. [Электронный ресурс]. - М.: «ВолтерсКлувер», 2005. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».

⁸ Белов В.А. Игры и пари как институты гражданского права // Законодательство. - 1999. - №9. - С. 17.

Однако ни один из перечисленных негативных факторов, сопровождающих процесс азартной игры, не является, на наш взгляд, той главной побудительной причиной, которой руководствовался законодатель, лишая участников азартных игр исковых притязаний. Такой вывод подтверждается избирательным подходом гражданского законодательства к проблеме защиты субъективных гражданских прав, вытекающих из обязательств по игре. В данном случае речь идет о законодательной формулировке ст. 1077 и 1078 ГК РТ, из которой явствует идея разграниченного регулирования тех азартных игр, которые носят лицензионный (разрешительный) характер и проводятся организациями, занятыми в игровой индустрии, и бытовых азартных игр, проводимых частными лицами.

По сути дела, лицензионные азартные игры, о которых идет речь в ст. 1078 ГК по своей природе – это те же азартные игры, упоминаемые в его ст. 1077, с той лишь разницей, что они проводятся государством, административно-территориальными образованиями или третьими лицами на основании полученного от уполномоченного государственного органа разрешения (лицензии). Лицензионным азартным играм, как и всем прочим азартным развлечениям, одинаково характерны все вышеуказанные социальные негативные моменты, сопровождающие игровой процесс (азарт, страсть, развращающий характер, желание легкого обогащения, вероятность недобросовестного поведения играющих и т.д.). Однако в отношении них государство не проявляет того правового игнорирования, какое наблюдается применительно к азартным играм бытового характера.

Значит, мотивы лишения требований из игр и пари судебной защиты кроются вовсе не в тех отрицательных моментах, присущих азартной игре, не в защите общественной нравственности, а только в полной их бесполезности для государства и общества. Только тот фактор, что бытовые азартные игры связаны с интересом только их участников, является причиной не покровительственного отношения к ним со стороны государства.

На самом деле, вне общественной пользы азартная игра является лишь пустым вожделением, и качество этого пустого вожделения несколько не становится выше оттого, что им увлечены многие или даже большинство общественной массы. Позволим здесь еще раз процитировать А. В. Лохвицкого: «Люди тратят время не для увеличения массы общего богатства; деньги только переходят из рук в руки, не оставляя ничего производительного, никакой новой ценности». Однако азартная игра перестает быть только лишь досуговым времяпрепровождением, лишенным всякой общественной полезности, когда появляется положительный социальный эффект от возникающих по поводу нее отношений, когда организация игр и участие в них приобретают смысл не только для экономического благополучия самих играющих, но и для удовлетворения государственных интересов. Речь идет о фискальном интересе и

государственной заинтересованности в развитии предпринимательской деятельности в сфере игровой индустрии.

Именно положительный социальный эффект азартных игр, распознанный государством, заставил его пересмотреть отношение к ним и взглянуть на них не просто как на досуговое занятие своих граждан, а как на индустрию развлечений и отдыха, успешное развитие которой способно приносить хозяйственную пользу. Не что иное, как потребность экономического оборота в развитии игорного бизнеса явилась причиной применения судебных средств защиты в отношении тех азартных игр, которые способствуют успешному протеканию общественного хозяйства. Именно эту идею, на наш взгляд, передает смысл ст. 1078 ГК РТ, указывая, что требованиям, вытекающим из азартных игр, одной из сторон которых выступает организация, занятая в игровом бизнесе, предоставляется судебная защита.

Таким образом, при решении вопроса о предоставлении в отдельных случаях судебной защиты требованиям из азартных игр и пари, основополагающим для законодателя является не социальная характеристика азартных увлечений, а та роль, которую они играют в экономическом обороте. И выяснение обстоятельства, удовлетворяют ли они каким-либо общественно значимым интересам или нет, является решающим в вопросе их правовой охраны.

Литература:

1. Белов В.А. Игры и пари как институты гражданского права // Законодательство. - 1999. - №9.
2. Дернбург Г. Пандекты: Т. 3: Обязательственное право - М., 1900.
3. Законы гражданские. С разъяснениями Правительствующего Сената / сост. И.М. Тютрюмов; науч. ред. В.С. Ем. - М.: Статут, 2004.
4. Иванова Е.В. Расчетный форвардный контракт как срочная сделка. [Электронный ресурс]. - М.: «Волтерс Клувер», 2005. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
5. Лохвицкий А.В. Курс русского уголовного права /А.В. Лохвицкий. – СПб., 1867.
6. Малеин Н.С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. - 1980. - №N 1.
7. Мейер Д.И. Русское гражданское право. [Электронный ресурс]. - Пг.: Типография «Двигатель», 1914. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
8. Миронов И. В. Проблемы алеаторных правоотношений в российском праве: дис. на соискание учён.степ. канд. юрид. наук. - М., 1998.

Аннотация

О мотивах лишения азартных игр судебной защиты

В статье на основе продуманных положений определяется различие в правовом режиме разрешенных азартных игр и игр, проводимых на бытовом уровне. На этой основе предлагается признание правовой защиты участников азартных игр и организаторов как предпринимателей в сфере индустрии развлечений.

Sultanova T. I.

The summary

On motives of the judicial deprivation of court protection

The thoughtful article on the basis of the provisions is determined by the difference in the legal status of authorized gambling and games held at the household level. On this basis the recognition of the legal protection of the participants and organizers of gambling as an entrepreneur in the entertainment industry.

Золотухин А. В.*

Роль гражданско – правового договора в обеспечении страхования предпринимательских рисков

Ключевые слова: гражданско – правовой договор, правовое регулирование, страхования, участники гражданского оборота, риск

Key words: civil legal contract, regulation, security, the participants of civil turnover, the risk

Исследование в науке гражданского права проблематики правового обеспечения регулирования того или иного вида гражданско-правовых отношений всегда сопровождается освещением вопроса о роли и месте договора в механизме правового регулирования общественных отношений, потому как договор является бесспорным правовым инструментом организации экономических связей, с помощью которого удовлетворяются интересы участников гражданского оборота и обеспечивается достижение социально значимых целей. Во всякой классификации правовых средств, когда бы то ни было представленной научной мыслью, договор занимает важное место среди прочих правовых инструментов. К примеру, в классификации, разработанной Б. И. Пугинским, договор относится к

* Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета Российско-Таджикского (славянского) университета. 734025, Республика Таджикистан, г. Душанбе, ул. М. Турсунзаде, д.30. Тел.: (+992 37) 227 67 40 mczolotoy@rambler.ru

классификационной группе правовых средств, служащих организации согласуемых деятельности в имущественной сфере на основе определения относительных субъективных прав и юридических обязанностей граждан и организаций.¹ В трёхуровневой системе правовых средств, предложенной В.С. Белых, договор причисляется к правовым средствам, связанным со стадией реализации права и призванным быть инструментарием для всех субъектов гражданско-правовых отношений, используемым ими для достижения поставленных целей.²

Размышляя о месте договора в системе гражданско-правовых средств регулирования общественных отношений, С.С. Алексеев идёт ещё дальше, отмечая, что проблема правовых средств «в той мере, в какой она продиктована непосредственно требованиями юридической практики, приобрела остроту в связи с децентрализованным договорным регулированием. Именно здесь оказалось необходимым выяснить вопрос об использовании соответствующих юридических установлений и форм для обеспечения эффективности хозяйственных процессов и операций».³ Продолжая мысль о значимости договора в условиях децентрализованного регулирования гражданского оборота, В.В. Меркулов обращает внимание на то, что в условиях совершенствования механизма регулирования рыночных отношений «договор выступает как средство организации системы правовых средств, обеспечивающих регулирование отношений гражданского оборота».⁴

В самом деле, роль договора в системе правовых средств регулирования общественных отношений трудно переоценить. Договорной порядок, как важный регулирующий инструмент применяется во всех обществах уже на протяжении нескольких тысяч лет. Верность договору считалась особенно ценным качеством среди иранских и среднеазиатских народов в зороастрийский период. Не случайно одним из самых почитаемых божеств зороастрийской культуры признавался Митра – Бог Договора. В «Гимне Митре» говорится о восьми его божественных помощниках, которые «сидят на всех высотах, повсюду наблюдая, следят везде за теми, кто нарушает слово. Они их замечают, они их различают, как только те впервые нарушат договор».⁵ Даже в более поздний период развития иранского и среднеазиатского общества – раннее средневековье – нарушение договора

¹Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. - М., 1984. - С. 90 - 93.

²Белых В.С. Гражданско-правовое обеспечение качества продукции, работ и услуг: Дис. ... д-ра юрид. наук. - Екатеринбург, 1994. - С. 31 – 32.

³Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятия, классификация // Советское государство и право. - 1987. - № 6. - С. 17.

⁴Меркулов В.В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. - Саратов, 1994. - С. 7-8.

⁵Стеблин-Каменский. И.М. Авеста: избр. гимны; из Видевдата / пер. И.М.Стеблин-Каменского. - М., 1993. - С. 45.

всё ещё находилось на одном ряду с таким тяжким преступлением, как ересь.⁶

Основополагающая роль договора как инструмента регулирования экономическими отношениями подтверждается также экономической мыслью. В частности, по словам известного экономиста Л.Ф. Мизеса западная цивилизация, как, впрочем, и цивилизации наиболее передовых народов Востока смогла добиться впечатляющих экономических успехов благодаря установлению договорного порядка в своей экономике.

Конечно же, как регулятор экономических отношений договор в каждом отдельном обществе имеет свойственное только ему проявление в силу территориальной специфики, обусловленной национальными историческими, географическими, политическими, социальными, культурологическими особенностями. Однако в любом обществе договор всегда являлся главным средством регулирования частноправовых отношений. С развитием правового сознания и правовой культуры интерес к нему как к регулятору общественных отношений только возрастает. В частности, если сравнить с советским периодом в условиях централизованного управления и планирования договор в экономической жизни страны выполнял лишь вспомогательную роль. «Договор, - писал А.К. Кравцов, - лишь уточняет и конкретизирует права и обязанности, вытекающие из планового задания, поскольку нормативные и плановые акты предоставляют определённый простор самим сторонам в регулировании плановых отношений. В процессе выполнения этой функции договор может выступать также в качестве основания возникновения различных дополнительных прав и обязанностей, устанавливаемых путём свободного волеизъявления сторон. Эти права и обязанности появляются и существуют всецело в связи с основными правами и обязанностями, вытекающими из планового задания».⁷ В отличие от того времени сегодня договорной порядок не только продолжает оставаться гарантией равенства и справедливости, но и делает жизнеспособными современные экономические отношения. В до перестроечный период, отмечают Б.И. Пугинский и Д.Н. Сафиулин, функции договора сводились, по большому счёту, к конкретизации, детализации показателей, установленных в обязательных для предприятий плановых актах. В условиях же рыночной экономики значение договора необычайно велико. Система договоров становится ядром рыночного механизма,⁸ дополняемым иными методами регулирования.

Объяснения этому обнаруживаются в природной способности договора регулировать в рамках закона поведение субъектов права путём указания на пределы их возможного и должного поведения. Вступая в договорные отношения, их участники ставят себя в юридическую зависимость друг от

⁶Периханян А.Г. Общество и право в Иране в парфянский и сасанидский периоды. - М., 1983. - С. 252.

⁷Кравцов А.К. Понятие и общая характеристика планово-договорного хозяйственного обязательства // Изв. вузов. Правоведение. - 1969. - № 2. - С. 45.

⁸Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. - М., 1991. - С. 150.

друга. Эта зависимость находит выражение в виде обязательств, взятых на себя контрагентами, подкреплённых механизмом государственного принуждения, которые позволяют реализовать свои интересы и потребности, защищать их в случае нарушения обязательств одной из сторон.

Юридическое упорядочение взаимосвязанных отношений контрагентов усиливает реальность достижения поставленных целей, ведёт к рационализации действий, сокращению излишних стараний и затрат. Другими словами, договорной порядок регулирования отношений обеспечивает правовую регламентацию действиям, подлежащим выполнению сторонами договора, придавая им значение субъективных прав и обязанностей. Приобретая характер взаимосвязанных действий, надлежащее исполнение согласованных условий поддерживается возможностью государственного принуждения путём применения обеспечительных мер и иных средств воздействия, предусмотренных законом и самим договором. На законодательном уровне государство обеспечивает судебную защиту субъективных прав, установленных договором, и предусматривает возможность понуждения к исполнению договорных обязанностей (ст.ст. 11, 12 ГК РФ). В результате этого договор приобретает характер юридически выраженной обязательной программы взаимосвязанных действий лиц.

Более того, договор являет собой универсальную, гибкую правовую форму, в которую могут облекаться различные по характеру общественные отношения. Сегодня договор становится доступным каждому. Он может быть заключён в любой форме (устной, письменной, посредством конклюдентных действий), как при непосредственном присутствии контрагентов, так и между отсутствующими сторонами посредством переписки или через институт представительства. Заключённый договор на одних условиях может быть в последующем дополнен или изменён включением новых условий. «В известном смысле стороны в договоре устанавливают сами для себя право. Поскольку стороны не нарушают каких-либо юридических запретов, они могут по своему усмотрению устанавливать любые правила в отношении предмета своего соглашения, и правом такие соглашения будут признаваться».⁸ Современный договор может выступать юридическим инструментом опосредования отношений различных участников гражданского оборота: граждан, юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, государства и его органов, иностранных физических и юридических лиц. Любой субъект права может свободно выбирать контрагента и определять по соглашению с ним условия договора. Наряду с этим институт перемены лиц в договорных обязательствах дополнительным образом подтверждает гибкость договорного порядка регулирования отношений. Это позволяет участникам договорных отношений с

⁸ Ансон В. Договорное право / пер. с англ. - М.: Юрид. лит-ра, 1984. - С. 13.

максимальной детализированностью и полнотой решить весь круг вопросов, возникающих в их взаимоотношениях.

Являясь формой установления экономических связей между участниками гражданского оборота и основанием возникновения их взаимных прав и обязанностей, наполняя эти связи конкретным содержанием и обеспечивая их практическое исполнение, договор тем самым выполняет свою главную функцию в гражданском обороте – регулирование общественных отношений. Как пишет С.Ю. Морозов, «выполняя данную функцию, договор воздействует на такие отношения, то есть функционирует».⁹

Всё это придаёт договору качество всеобщего, универсального регулятора, распространяющегося на различные сферы общественных отношений и пригодного для реализации интересов различных субъектов права.

Сегодня основной правовой формой, опосредующей производство и продажу товаров, выполнение работ и оказание услуг стал договорной порядок. На его основе происходит взаимодействие между участниками экономического оборота, устанавливаются взаимные права и обязанности сторон, их ответственность друг перед другом. Как пишет по этому поводу Ю.С. Харитонов «договоры занимают преобладающее место среди имущественных отношений, обусловленных существованием рынка»,¹⁰ «гражданский оборот существует только благодаря наличию гражданского договора. С изменением экономического уклада жизни общества и отмены плановых вертикальных связей можно утверждать, что договор является единственным инструментом для создания полноценного гражданского оборота».¹¹ Такое значение договора для рыночных отношений обусловлено тем, что его правовая форма согласовывается с характером рыночных отношений, требующих от участников гражданского оборота самостоятельности, предприимчивости. Более того, произошедшие экономические и правовые преобразования привели к расширению свободы участников экономических отношений посредством снятия ранее существующих ограничений и запретов в сфере хозяйственной деятельности и придания правовым нормам, регулирующим гражданский оборот, преимущественно диспозитивный характер. Именно в договорном порядке в наиболее полной мере находит выражение общедозволительный метод регулирования общественных отношений, присущий гражданскому праву. Диспозитивность в законодательной регламентации условий договора позволяет участникам договорных отношений определять свои взаимные права и обязанности, оптимально сочетая свои собственные индивидуальные потребности и возможности с интересами рынка. Тем самым обеспечивается

⁹ Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров. - М.: Норма, 2011. – С. 133.

¹⁰ Харитонов Ю.С. Общие положения о договорах в гражданском праве: Учебно-методическое пособие. - М.: Моск. городской ун-т управления Правительства Москвы, 2006. - С. 3.

¹¹ Там же.

обслуживание общественного спроса и индивидуальных нужд. В условиях рынка, справедливо отмечает В.В. Меркулов, гражданско-правовой договор соединяет спрос и предложение в экономике и, тем самым, стимулирует экономическое развитие. Договор становится основной формой отношений, с помощью которой продавцы и покупатели товаров и услуг обеспечивают движение ресурсов, что позволяет признавать договор экономико-правовой моделью самого рынка.¹² В этом находит проявление другая основная функция договора – юридическое оформление обмена товарами. Дело в том, что соответствующие инструментальные качества договора обусловлены его исключительными возможностями порождать синергетический эффект взаимной экономической деятельности субъектов, в отсутствие которого экономика не может динамично развиваться. Этот синергетический эффект обеспечивает достижение результата, значительно превосходящего простую сумму результатов деятельности участников гражданского оборота, действующих по отдельности, посредством экономически эффективного обмена материальными ресурсами.¹³ Тем самым обеспечивается не только товарообмен, но и организация рыночного хозяйства.

Названные функции договора выгодно отличают его от иных правовых средств регулирования экономической деятельности и выражают ту важность и значимость, которую он имеет в современном гражданском обороте. Ведь именно через функции договора может быть установлено подлинное значение договора для экономической деятельности. На это обращали внимание ещё исследователи проблематики договорного права советского периода. «Под функцией хозяйственного договора, - писал В.Г. Вердников, - мы понимаем выражение основных целей использования договорной формы отношений между социалистическими организациями в области хозяйства, проявление основного назначения этого договора».¹⁴ «Функции договора, отмечал А.Г. Быков, - это выражение основных целей его использования, проявление договором основного, определяющего назначения в социалистической экономике».¹⁵ По мнению О.А. Красавчикова, решение вопроса о значении гражданско-правового договора, если не целиком, то в основном определяется решением вопроса о функциях договора.¹⁶

Если говорить о роли гражданско-правового договора непосредственно в обеспечении страхования предпринимательских рисков, то его назначение в данной сфере экономической деятельности, как и в каком-либо ином виде деятельности, опять же устанавливается через его функциональные возможности. Но сначала скажем несколько слов о факторах, побуждающих

¹² Меркулов В.В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. - Саратов, 1994. - С. 7.

¹³ Цветков И.В. Договорная работа: учебник. - М.: Проспект, 2010. - С. 9.

¹⁴ Вердников В.Г. Функции хозяйственного договора. - М., 1971. - С. 29.

¹⁵ Быков А.Г. Хозяйственное право. - М., 1977. - С. 86.

¹⁶ Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции. - Свердловск, 1980. - С. 39.

хозяйствующих субъектов связывать себя договорными отношениями со страховщиками. Основной характерной чертой предпринимательства является её рисковый характер. «Чтобы обеспечить себе возможность дохода, - писал ещё А.И. Каминак, - предприниматель должен взять на себя и покрытие возможных убытков, то есть предприятие должно вестись за счёт предпринимателя, на его риск».¹⁷ Предпринимательский риск может быть связан с производством и реализацией товаров, работ и услуг, с закупкой сырья, необходимого для производства продукции, с осуществлением финансовых сделок, с возможным колебанием рыночных процентных ставок, национальной валюты, иностранных курсов валют.

«Как бы ни было поставлено хозяйство, справедливо подметил Г.Ф. Шершеневич, оно всегда находится под страхом угрожающих в будущем тех или иных опасностей, освободиться от которого только и можно с помощью института страхования, направленного на обеспечение страхователя от этих опасностей».¹⁸ Присутствие риска в предпринимательской деятельности хозяйствующих субъектов требует от них находить способы обходить риски, снижать степень их действия, ограничивать их. В виду этого предпринимательский риск является мощным стимулом для создания гарантий, обеспечивающих возмещение ущерба в случае непредвиденных событий, которые могут негативно повлиять на формирующиеся производственные связи, породить убытки в предпринимательской деятельности.

Заключение договора страхования призвано защитить участника от неблагоприятных имущественных последствий будущего непредсказуемого события. Путём заключения договора можно достичь уменьшения убытков в деятельности предпринимателя – в виде неполучения ожидаемых доходов от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам. То есть страхование предпринимательских рисков может оградить предпринимателя от возможной недобросовестности контрагентов, с которыми он вступает во взаимоотношения, неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств с их стороны по иным причинам. Помимо риска убытков, связанных с договорными отношениями, посредством договора страхования предпринимательского риска предприниматель может оградить себя и от не зависящих от него рисков изменений условий осуществления предпринимательской деятельности (например, инфляционные изменения, изменения в законодательстве, введение правительственных запретов и т.п.).

Подчёркивая значение гражданско-правового договора для страховых отношений, И.И. Степанов ещё в своё время считал, что именно договоры составляют главную правовую форму страхового отношения. На это

¹⁷ Каминак А.И. Основы предпринимательского права. - Пг., 1917. - С. 75 - 76.

¹⁸ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. - М., 2003. Т. II. - С. 314, 322.

указывает следующее его высказывание: «Самострахование не обеспечивает собственника вещи: гибель вещи является для него невозвратным вредом. И вот собственник прибегает к договору как способу распределения или передачи вещи. Он или соединяется с другими собственниками в общество с целью отклонения общими силами несчастья, могущего постигнуть того или иного из его членов (договор взаимного страхования), или переносит с известным пожертвованием лежащий на нем риск на другого (договор страхования за премию). Сам же по себе страховой договор есть способ передачи риска; средство, при котором страхователь ставит страховщика по отношению к застрахованной вещи в то положение, которое он занимал бы сам при самостраховании.¹⁹

Роль гражданско-правового договора здесь, в первую очередь, заключается в установлении правовой связи между предпринимателями, имеющими намерение оградить свой бизнес от нежеланных рисков, и страховщиков, заинтересованных в создании устойчивого страхового портфеля с большим числом страховых договоров. Мотивом предпринимателя заключения договора страхования является «страх действительной опасности»,²⁰ целью выступает «защита от судьбы».²¹ Побудительной причиной для него является потребность восстановить имущественное положение в случае наступления неблагоприятных последствий будущего события или действий контрагентов. Его интерес в договоре страхования состоит в получении от страховщика денежных средств на устранение неблагоприятных последствий наступления страхового случая в пределах страховой суммы. Страховая компания же, вступая в договорные отношения, руководствуется целью извлечения прибыли (не из страховых взносов, поскольку в расчёты страховых тарифов прибыль не закладывается), а посредством инвестирования временно свободных средств сформированного страхового фонда.

Для реализации своих целей контрагенты связывают себя взаимными обязательствами: страхователь обязуется выплачивать страховую премию, страховщик обязуется при наступлении предусмотренного в договоре страхового случая возместить страхователю-предпринимателю причиненные убытки, возникшие в его предпринимательской деятельности. Именно эта правовая связь позволяет участникам такого рода страховых отношений реализовать свои взаимные экономические интересы и потребности.

Назначение договорного порядка в рассматриваемом виде страхования состоит также в определении участниками договорных отношений и юридическом фиксировании общих экономических целей. Обозначенные выше мотивы заключения договора каждого из контрагентов позволяют сформировать единую цель их договорных взаимоотношений. Эта цель

¹⁹ Степанов И.И. Опыт теории страхового дела. - Казань: Унив. тип., 1875. - С. 11.

²⁰ Яновский А. Рисковые сделки // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. 26-А. - СПб., 1899. - С. 804.

²¹ Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecons de droit civil.Paris, Tome troisieme.P. 1202.

заключается в распределении непредвиденного риска в соответствии с интересами сторон: со стороны страхователя – переложить риск непредвиденных убытков от предпринимательской деятельности на страховщика; со стороны страховщика – принять этот риск страхователя на себя в силу специфики своей деятельности. Согласование и юридическое закрепление этих целей вносит общий смысл в договорные взаимоотношения контрагентов, создаёт единую направленность и упорядоченность их усилий.

Конечно, можно утверждать, что «всякий договор есть взаимное страхование от множества рисков мелких и крупных и распределение этих рисков между заключившими этот договор».²² Однако в договоре страхования предпринимательских рисков в силу его алеаторного характера риск не просто присутствует в той или иной степени, а приобретает определяющий смысл в договоре, характеризует его. Категория риска в договоре страхования рассматривается как первостепенная, отсутствие же риска влечёт его ничтожность. Здесь риск, принимаемый на себя каждой из сторон, выражается в допустимости того, что «либо один, либо другой контрагент фактически получит встречное удовлетворение меньшего объёма, чем им самим представленное».²³ Распределение риска между сторонами составляет цель договора страхования,²⁴ поскольку намерения сторон, конечный результат и материальная ценность договора «поставлены в зависимость от события совершенно неизвестного, или случайного, или только вероятного, так что при заключении его совершенно неизвестно, которая сторона в конечном результате выиграет, получит большую выгоду».²⁵ «Именно рисковый характер страхования, не неизбежность, а только вероятность гибели в определённое время и составляет суть этого юридического института».²⁶

Рисковый характер договора страхования предпринимательских рисков находит проявление с двух сторон. С одной стороны, предприниматель, уплачивая страховую премию, не знает наверняка, получит ли он страховое вознаграждение, а если получит, то при продолжительности вноса премий покроет ли страховое вознаграждение уплаченные им премии. В свою очередь, страховщик до наступления страхового случая находится в неведении относительно того, придётся ли ему производить страховые выплаты и каков будет объём страхового вознаграждения.

²² Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Избранные труды по общей теории права / отв. ред. А.К. Кравцов. - СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр «Пресс», 2006. - С. 166.

²³ Иоффе О.С. Обязательственное право. - М.: «Юридическая литература», 1975. - С. 295.

²⁴ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о банковском вкладе, банковском счете, банковские расчеты, конкурс, договоры об играх и пари. Книга 5. в 2-х томах. [Электронный ресурс]. - М.: Статут, 2006. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».

²⁵ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. [Электронный ресурс]. - СПб.: Синодальная типография, 1896. Доступ из справ-правовой системы «Гарант»

²⁶ Менглиев Ш., Ойгензихт В. Страховой риск // Актуальные проблемы государственного строительства и укрепления социалистической законности в Таджикской ССР. - Душанбе, 1973. - С. 252.

Таким образом, распределение непредвиденного риска между страховщиком и страхователем является общей экономической целью страхования, которая может быть достигнута только посредством договорных связей сторон. Реализация этой общей экономической цели достигается в процессе исполнения договора, что, в свою очередь, приводит в движение защитную функцию договора страхования. Договорной порядок обязывает страхователя и страховщика к надлежащему выполнению согласованных и взятых на себя взаимных прав и обязанностей, что служит достижению общей цели договора. Рассуждая о защитной функции договора страхования Ш.М. Менглиев, обращает внимание на восстановительное значение данного договора, позволяющего путём механизма уплаты страхового возмещения восстановить объект страхования, не допустить уменьшения имущества лиц в результате разрушительных сил природы и, тем самым, максимальным образом способствовать охране имущественных интересов страхователей.²⁷ Будучи восстановительными правоотношениями с применением мер защиты, страховые правоотношения представляют собой индивидуально-определённые связи управомоченных и обязанных лиц, направленных на восстановление субъективных гражданских прав.²⁸ В ходе реализации этих связей физически разрушенное имущество превращается в экономически неразрушаемую капитальную ценность, несмотря на разрушаемость его физических свойств.²⁹

Однако защиту интересов страхователя-предпринимателя делает возможным формирование специализированного фонда, из средств которого выплачивается страховая сумма в случае наступления страхового случая. Это фонд управляется страховщиком и формируется не за счёт одного страхователя, а из взносов большого числа подобных страхователей, передавших взамен этих взносов риск возможных убытков от предпринимательской деятельности страховой организации. Поэтому говорят, что в страховании воплощена идея распределения возможных потерь между определенным числом лиц, благодаря чему потери эти становятся менее чувствительными или вообще нечувствительными для того, у кого они в действительности произошли.³⁰ При этом формирование страхового фонда является залогом прибыльности и самой страховой компании.

Однако формирование за счёт взносов определенного числа участников единого фонда как источника покрытия возникающих у одного или

²⁷Менглиев Ш.М. Особенности и значение института страхования / Укрепление законности и правопорядка, совершенствование советского законодательства и социалистической государственности. Сб. статей. Вып.2. – Душанбе, 1978. – С. 88.

²⁸Менглиев Ш.М. К вопросу о понятии восстановительных правоотношений и совершенствование гражданского законодательства / Укрепление социалистической законности и совершенствование законодательства. Сб. науч. трудов. – Душанбе, 1984. – С. 61.

²⁹Лион С.Е. Договор страхования по русскому праву. - М., 1892. - С. 7.

³⁰Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. [Электронный ресурс]. – М.: «Статут», 2002. Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

нескольких участников убытков, невозможно без договорного инструментария, ибо создание страхового фонда происходит только в результате возникновения договорных отношений, возникающих между страховщиком и отдельным страхователем. Заключаемые договоры страхования выступают юридическим инструментом для обозначенного привлечения денежных средств. Именно договорная природа взаимоотношений страховщика с конкретным страхователем «даёт жизнь» страхованию как виду экономической деятельности, и это само собой указывает на высочайшую роль гражданско-правового договора в обеспечении страхования в целом и страхования предпринимательских рисков в частности.

Литература:

1. Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятия, классификация // Советское государство и право. - 1987. - № 6.
2. Ансон В. Договорное право / пер. с англ. - М.: Юрид. лит-ра, 1984.
3. Белых В.С. Гражданско-правовое обеспечение качества продукции, работ и услуг: Дис. ... д-ра юрид. наук. - Екатеринбург, 1994.
4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о банковском вкладе, банковском счете, банковские расчеты, конкурс, договоры об играх и пари. Книга 5. в 2-х томах. [Электронный ресурс]. - М.: Статут, 2006. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
5. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. [Электронный ресурс]. – М.: «Статут», 2002. Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».
6. Быков А.Г. Хозяйственное право / Отв. ред.: Грибанов В.П., Красавчиков О.А. - М.: Юрид. лит., 1977.
7. Вердников В.Г. Функции хозяйственного договора. М., 1971.
8. Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: «Юридическая литература», 1975.
9. Каминка А.И. Основы предпринимательского права. [Электронный ресурс]. - Пг., 1917. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
10. Кравцов А.К. Понятие и общая характеристика плано-договорного хозяйственного обязательства // Изв.-во вузов. Правоведение. - 1969. - № 2.
11. Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции. Межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1980.
12. Лион С.Е. Договор страхования по русскому праву. М., 1892.
13. Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. -1998. - № 4.

14. Менглиев Ш., Ойгензихт В. Страховой риск // Актуальные проблемы государственного строительства и укрепления социалистической законности в Таджикской ССР. Душанбе, 1973.
15. Менглиев Ш.М. К вопросу о понятии восстановительных правоотношений и совершенствование гражданского законодательства / Укрепление социалистической законности и совершенствование законодательства. Сб. науч. трудов. Душанбе, 1984.
16. Менглиев Ш.М. Особенности и значение института страхования / Укрепление законности и правопорядка, совершенствование советского законодательства и социалистической государственности. Сб. статей. Вып.2. Душанбе, 1978.
17. Меркулов В.В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 1994.
18. Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров. - М.: Норма, 2011.
19. Периханян А.Г. Общество и право в Иране в парфянский и сасанидский периоды. - М., 1983.
20. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. [Электронный ресурс]. - СПб.: Синодальная типография, 1896. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
21. Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984.
22. Пугинский Б.И., Сафиуллин Д.Н. Правовая экономика: проблемы становления. - М., 1991. М.: Юрид. лит., 1991.
23. Стеблин-Каменский. И.М. Авеста: избр. гимны; из Видевдата / пер. И.М.Стеблин-Каменского. М., 1993.
24. Степанов И.И. Опыт теории страхового дела. Казань: Унив. тип., 1875.
25. Харитонов Ю.С. Общие положения о договорах в гражданском праве: Учебно-методическое пособие. М.: Моск. городской ун-т управления Правительства Москвы, 2006.
26. Цветков И.В. Договорная работа: учебник. М.: Проспект, 2010.
27. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. [Электронный ресурс]. М., 2003. Т. II. Доступ из справ-правовой системы «Гарант».
28. Яновский А. Рисковые сделки // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. 26-А. СПб., 1899.

Золотухин А. В.

Аннотация

Роль гражданско – правового договора в обеспечении страхования предпринимательских рисков

В статье определяется роль гражданско – правового договора в обеспечении страхования в целом и страхования предпринимательских

рисков в частности. В нем также раскрываются особенности этого договора в обеспечении интересов кредиторов и уменьшении риска.

Zolotukhin A.V.

The summary

RoI – civil law contract to provide insurance business risks

The article defines the role of civil – legal contract to provide security in general and the insurance business risks in particular. It also reveals the peculiarities of this agreement to ensure the interests of creditors and reducing risk.

Саъдиев И.З.*

Законодательная основа поиска, оценки и добычи нефти и газа в Республике Таджикистан

Ключевые слова: законодательная основа, предпринимательские отношения, поиск, оценка, добыча, нефть и газ

Key words: legislative framework, business relationships, search, evaluation, mining, oil and gas

В Республике Таджикистан (РТ), с приобретением государственной независимости идет процесс глубоких преобразований всей системы общественных отношений: переход от командно-административной системы к рыночной и создание современной, социально-ориентированной национальной экономики рыночного типа. Переход к рыночным отношениям и формирование высокоэффективной социально-ориентированной рыночной экономики потребовали проведения в стране радикальной экономической реформы. Важнейшей составной её частью явилась развитие предпринимательской деятельности в сфере поиска, оценки и добычи нефти и газа, нацеленное на создание принципиально новой предпринимательской системы, отвечающей особенностям и требованиям функционирования рыночной экономики.

В современном мире нефть и газ – основные источники энергии для мировой экономики, которым пока нет замены. Более того, потребность в углеводородном сырье - нефти и газе - на планете будет только возрастать. В отличие от использования недр в целях имеющей тысячелетнюю историю горной промышленности в ее классическом понимании, использование недр для геологического изучения и добычи нефти, а впоследствии и газа, насчитывает «всего» около полутора столетий, но имеет особенности, требующие серьезного правового исследования с научной и практической точек зрения.¹

* Ассистент кафедры предпринимательского и коммерческого права юрид. ф.-та ТНУ.

¹ Павлов И.И. Правовой режим использования недр для геологического изучения и добычи нефти и газа в Российской Федерации: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2008. С.3.

Законодательной основой осуществление предпринимательской деятельности в РТ в сфере поиска, оценки и добычи нефти и газа следующие нормативно-правовые акты:

- Постановление Совет Министров РТ от 5 июля 1993 года, № 322 «О создании совместных предприятий по разведке и эксплуатации месторождений нефти и газа в Республике Таджикистан»;
- Постановление Совет Министров РТ от 6 июля 1993 года, №326 «О ценах на нефть и газ природный»;
- Закон РТ 20 июля 1994 года, № 983 «О недрах»;
- Постановление Совет Министров РТ от 31 марта 1994 года, №148 «Об образовании Государственной компании "Таджикнефтепродукт"»;
- Постановление Правительства РТ от 15 мая 1995 года, № 341 «Вопросы Комитета по нефти и газу при Правительстве Республики Таджикистан»;
- Постановление Правительства РТ от 1 июня 1995 года, № 384 «О некоторых мерах по восстановлению нефтегазодобывающей отрасли»;
- Положение о Комитете по нефти и газу при Правительстве РТ от 3 июня 1995 года, № 394;
- Постановление Правительства РТ от 21 июня 1995 года, № 432 «Об освоении газовых месторождений юга Таджикистана»;
- Постановление Правительства РТ от 5 сентября 1996 года, №418 «Об утверждении Положения о размерах порядке и условиях взимания платежей за право на пользование недрами»;
- Постановление Правительства РТ от 18 июля 1996 года, № 324 «О структуре нефтегазовой отрасли Республики Таджикистан»;
- Постановление Правительства РТ от 7 февраля 1997 года, № 73 «О мерах по развитию нефтяной и газовой отрасли Республики Таджикистан»;
- Положение «О Государственном фонде геологической информации о недрах Республики Таджикистан» от 6 мая 1997 года, № 210;
- Положение о порядке государственного учета и государственной регистрации работ по геологическому изучению недр, участков недр, предоставленных для добычи полезных ископаемых и в целях, не связанных с их добычей от 2 июня 1997 года, № 259;
- Постановление Правительства РТ от 7 августа 1997 года № 359 «О переработке сырой нефти»;
- Программа «Стратегии развития реформ в энергетическом секторе Республики Таджикистан» от 27 октября 1998 года, № 417;
- Постановление Правительства РТ от 25 марта 1999 года, № 113 «Об отводе земель Комитету по нефти и газу при Правительстве Республики Таджикистан для проведения поисково-разведочных работ»;
- Постановление Правительства РТ от 19 апреля 2001 года, №192"О дебиторской задолженности Государственной акционерной холдинговой компании "Барки Точик", Государственного унитарного предприятия

"Таджикгаз" и дополнительных мерах по обеспечению более полного сбора средств за потребленный природный газ и электроэнергию";

- Постановление Правительства РТ от 7 июня 2001 года, № 236 "Об утверждении Устава Государственного унитарного предприятия "Таджикнефтегаз";

- Постановление Правительства РТ от 4 марта 2002 года, № 92 «О лицензировании пользования недрами Республики Таджикистан»;

- Закон РТ от 30 июля 2007 года, № 309 «О государственном регулировании производства и оборота отдельных видов нефтепродуктов»;

- Постановление Правительства РТ от 30 августа 2011 года №426 «Об утверждении Правила определения размеров подписного бонуса, размеров бонуса коммерческого обнаружения и заключения контрактов на недропользование и порядка проведения обязательной налоговой экспертизы контрактов на недропользование»;

- «Программа по улучшению инвестиционной привлекательности сферы недропользования в Республике Таджикистан на 2012-2015 годы» от 1 августа 2012 года, №385;

- Постановление Правительства РТ от 2 марта 2013 года, № 89 «О вопросах порядка проведения конкурсов на право пользования недрами»;

- Закон РТ от 18 марта 2015 года, № 1190 «О нефти и газе» и др.

Принятие этих нормативно-правовых актов было направлено на достижение определённой цели Правительства РТ - повышение автономности и самодостаточности предприятий энергетического сектора путем их реструктуризации, чтобы быть подходящими для рыночной экономики, отвечающей требованиям страны в целом посредством эффективного распределения дефицитных ресурсов, а также:

- разработку энергетической политики, а также юридических и уставных рамок, которые располагали к деятельности рыночной энергетической системы, в которой: а) покупатели могут сделать выбор между альтернативными поставщиками энергии основываясь на цене, качестве и надежности поставки; б) поставщики энергетических услуг смогут свободно соревноваться без правительственного регулирования цен, качества, количества и местоположения товаров, являющихся лишь предметом следования стандартам здравоохранения, окружающей среды и нормам безопасности; в) дискриминация не должна быть среди различных категорий поставщиков энергии (напр. между государственными и частными владельцами); и г) потребление энергии не искажается путем правительственного контроля цен, субсидиями и другими способами;

- усовершенствование управления и эффективность распространения в секторе энергетики путем: (а) создания подходящей правительственной организации, которая будет ограничивать свою роль разработкой политики, планированием и регулированием сектора; (б) повышения вовлечения частных владельцев и конкуренции в энергетическом секторе;

- усовершенствование кооперативного управления и повышения эффективности остальных государственных энергетических предприятий, предоставив им больше автономии, улучшив финансовую отчетность и управление, обеспечив стимул ведения бизнеса наравне с коммерческими предприятиями, и в то же время держать их полностью ответственными за их деятельность;

- разработку политики ценообразования в энергетическом секторе, которая будет способствовать эффективному использованию энергии и поддержит развитие сектора, принимая во внимание социальные аспекты;

- улучшение сборов;

- способствовать конкуренции путем разбора контроля, который препятствуют входу или выходу новых предприятий в сектор, и завершения приватизации поставщиков энергетических услуг;

- улучшение региональной торговли энергией и совместного сотрудничества с соседствующими странами;

- улучшение норм безопасности и окружающей среды;

- основание транспарантной целевой сети социальной защиты.

Первоочередным приоритетом были создание конкуренции в секторе энергетики. Чтобы достичь этого, Правительство обязывалось провести всесторонний пересмотр правовых и регулятивных рамок и утвердить необходимые поправки и законодательство. Правительство улучшило управление сектором путем реструктуризации основных организаций и передачи своих функций частному сектору. В дополнение к этому Правительство также улучшило корпоративное управление, внедрило рыночное ценообразование, и принципы оплаты потребителями. Правительство открыло энергетический сектор для частного сектора и отказалось от своей собственности в акционерных предприятиях, а также списало не ключевые активы этих предприятий. Эти меры были, подкреплены прогрессивным удалением оставшихся административных барьеров к конкуренции.

Одним из факторов развития предпринимательской деятельности в сфере поиска, оценки и добычи нефти и газа стало образование Комитета по нефти и газу при Правительстве РТ в 1995 года. Комитет по нефти и газу при Правительстве РТ является органом государственного управления нефтяной и газовой отраслью республики и в своей деятельности подчиняется непосредственно Правительству РТ. Комитет функционирует в условиях полного хозяйственного расчёта и содержится за счет отчислений от прибыли, остающейся в распоряжении подведомственных предприятий. Его деятельность осуществляется за счёт самофинансирования, а также финансирования из средств государственного бюджета по утвержденным планам геологоразведочных и буровых работ. Целью деятельности Комитета является более полное удовлетворение потребностей народного хозяйства РТ в нефти, нефтепродуктах и газе, повышение эффективности и технического уровня производства. Комитет через подведомственные предприятия и

организации, входящие в его состав, осуществляет государственную политику и координацию научно-исследовательских, поисковых, разведочных и эксплуатационных работ на нефть и газ, а также работ по созданию нефтегазоперерабатывающих мощностей на территории РТ и за её пределами. Предметом деятельности Комитета являются: а/ поиск и разведка месторождений нефти и газа; б/ добыча нефти и газа как из новых месторождений, так и из существующих путём внедрения передовых технологий; в/ создание и эксплуатация мощностей по нефтегазопереработке; г/ осуществление научно-исследовательских и проектных работ; д/ разработка и внедрение передовых технологий в области разведки, добычи и переработки нефти и газа; е/ разработка новых форм и методов управления в нефтегазовой отрасли с учетом развитая рыночных отношений; ж/ организация работ вахтово-экспедиционным методом, трудоустройство специалистов-нефтяников; з/ организация и осуществление торгового, коммунального, культурно-бытового и медицинского обслуживания работников и членов их семей в местах проживания нефтяников; и/ создание безопасных условий труда; к/ осуществление производственно-хозяйственной деятельности, не противоречащей законодательству РТ.

В соответствии с предметом деятельности Комитет: а/ участвует в подготовке и разработке проектов основных направлений экономического и социального развития РТ по вопросам, входящим в компетенцию Комитета; б/ формирует программу производства, строительства и заказ государства с учетом мощностей подведомственных предприятий и организаций; в/ выполняет функции заказчика на договорной основе. Эффективно использует капитальные вложения, выделяемые на проведение работ по глубокому бурению, геологоразведочным работам и осуществляет контроль за их использованием подведомственными предприятиями и организациями; г/ проводит единую техническую политику по развитию производственной базы и мощностей, внедрению новейших достижений науки и техники, передового опыта, ведёт капитальное строительство; д/ разрабатывает и утверждает по согласованию с соответствующими органами проекты и схемы разработки месторождений нефти и газа, правила технической эксплуатации месторождений нефти и газа, нормативную документацию по проектированию, планированию, учёту и финансированию буровых и геологоразведочных работ; е/ руководит производственной деятельностью подведомственных предприятий, создаёт экономические и организационные условия для эффективного использования их производственного потенциала; ж/ ведёт учёт разведанных запасов и составляет их отчётные балансы; з/ даёт предписания подведомственным предприятиям об остановке геологоразведочных, буровых, строительных работ, проводимых на нефть и газ и незарегистрированных в установленном порядке, и прекращает их финансирование через соответствующие учреждения банка при нарушениях правил их ведения до устранения нарушений; и/ проводит подготовку, переподготовку и повышение квалификации кадров; к/ готовит отчеты к

утверждению в Государственной комиссии по запасам полезных ископаемых при Правительстве РТ о разведанных запасах нефти и газа; л/ утверждает в установленном порядке оперативные приросты запасов нефти и газа; м/ обеспечивает контроль за обязательной государственной регистрацией подведомственными предприятиями работ по геологическому изучению и использованию недр на нефть и газ; н/ представляет в Государственный геологический фонд РТ отчеты по работам, прошедшим государственную регистрацию, отчёты по балансам запасов по форме 5-гр; о/ обеспечивает контроль за использованием и охраной недр в соответствии с законом РТ "О недрах"; п/ утверждает и изменяет структуру подведомственных предприятий и организаций; р/ разрабатывает и согласовывает с соответствующими органами, и осуществляет мероприятия по охране окружающей среды при производстве продукции, работ; с/ осуществляет контроль за исполнением мероприятий по технике безопасности, созданию нормальных бытовых условий при производстве работ на объектах добычи и переработки нефти и газа, бурения, строительства; т/ осуществляет в системе Комитета контрольно-ревизионную работу методическое руководство правовой работой.

В соответствие с ст. 4. Закона РТ от 18 марта 2015 года, № 1190 «О нефти и газе» месторождения нефти и газа являются исключительной собственностью государства. Добытая нефть и газ в соответствии с условиями могут быть собственностью юридических лиц, в том числе совместной собственностью иностранных физических и юридических лиц. Имущество, стоимость которого в соответствии с условиями лицензии возмещена государством в виде сырой нефти и газа, является государственной собственностью. Лицензиат имеет исключительное право на пользование указанным имуществом в течение всего срока действия лицензии и несет ответственность за его сохранность и целевое использования.

В последние годы наметилась, активизация инвестиционной деятельности в сфере недропользования, но все ещё остро ощущается дефицит долгосрочных капиталовложений в данную отрасль. Многие инвесторы объясняют это несовершенством законодательства страны, сложной процедурой получения лицензий и оформления прав недропользования, а также слабо организованной информационной системой, содержащей сведения о недрах страны. Экономические интересы РТ в долгосрочной перспективе будут существенно зависеть от состояния минерально-сырьевой базы. Сфера недропользования должна стать естественным конкурентным преимуществом народного хозяйства и промышленной отрасли РТ, одним из факторов, обеспечивающих ускоренное развитие и диверсификацию экономики страны, рост благосостояния населения.

В последние годы в стране проблема внутренней миграции населения из отдаленных высокогорных районов в столицу и другие города принимает

постоянный характер. Трудовая миграция в зарубежные страны наряду с позитивными моментами, отрицательно влияет на развитие рынка труда в стране и имеет негативные социальные последствия. Миграция вызвана отсутствием рабочих мест и возможной сферы приложения труда. Развитие сферы недропользования может стать мощным сдерживающим фактором внутренней и внешней миграции. Кроме того, создание одного рабочего места в сфере недропользования влечет за собой возникновение как минимум нескольких рабочих мест в смежных производствах и отраслях. Примером может стать участие главы двух государств - Эмомали Рахмон и Си Цзиньпина¹³. 09. 2014г. в торжественном старте строительства таджикского участка межгосударственного газопровода «Центральная Азия-Китай». Было отмечено, что протяженность данного газопровода по территории Таджикистана составляет 400 км, на его строительство будет направлено более 3 млрд. 200 млн. американских долларов. В процессе строительства данного крупного сооружения, которое продолжится в течение 3 лет, более 3 тыс. человек будут обеспечены работой, большую часть из которых составят граждане Таджикистана. Проект подразумевает создание сорока семи туннелей общей протяженностью семьдесят шесть километров. В двадцати четырёх случаях он будет проложен под водой. Была выражена надежда на то, что геолого-разведывательные работы Китайской государственной нефтегазовой корпорации (CNPC) и её партнеров в Таджикистане дадут положительные результаты и у нас в ближайшем будущем будет свой газ и нефть.²

Другой проблемой в данной сфере является перепродажа лицензии хозяйственными субъектами. Об этом говорил в своем послании Президент Таджикистана Эмомали Рахмон Парламенту страны в 2008 году: «Вызывает озабоченность ещё один вопрос. Мы выдали 114 лицензий на освоение и ведение изыскательских и разведочных работ на месторождениях, в том числе – нефти и газа. Однако пока между компаниями наблюдается всего лишь торговля лицензиями – и ничего больше. Кроме того, следует принять эффективные меры по внесению необходимых изменений и дополнений в налоговое и гражданское законодательство, созданию единой системы обеспечения информацией о размещении месторождений полезных ископаемых, упрощению порядка регистрации, расширению прав пользователей месторождений и подготовке местных кадров».³

Литература:

1. Павлов И.И. Правовой режим использования недр для геологического изучения и добычи нефти и газа в Российской Федерации: Автореферат

²Грандиозные планы двух соседних стран и возможность поступления 6 млрд. американских долларов в Таджикистан// Электронный ресурс: <http://www.president.tj/ru/node/7498> (дата обращения: 20.06.2015 г.)

³Послание Президента Таджикистана Эмомали Рахмона Парламенту страны от 15.04.2008// Электронный ресурс: <http://www.president.tj/ru/node/867>(Дата обращения: 19.05.2015 г.)

диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2008.

2. Грандиозные планы двух соседних стран и возможность поступления 6 млрд. американских долларов в Таджикистан// Электронный ресурс: <http://www.president.tj/ru/node/7498> (дата обращения: 20.06.2015 г.)

3. Послание Президента Таджикистана Эмомали Рахмона Парламенту страны от 15. 04. 2008 // Электронный ресурс: <http://www.president.tj/ru/node/867> (Дата обращения: 19.05.2015 г.)

Саъдиев И.З.

Аннотация

Законодательная основа в сфере поиска, оценки и добычи нефти и газа в Республики Таджикистан

В статье анализируется законодательная основа предпринимательских отношений в сфере поиска, оценки и добычи нефти и газа в РТ с момента приобретения независимости до настоящего времени. В зависимости от принятых нормативно-правовых актов отслеживается преобразование командно-административного регулирования на рыночное и выявляются действующие недостатки этой сфере.

Sadiev I.Z.

The summary

Legislative framework of research, evaluation and production of oil and gas in the Republic of Tajikistan

The article examines the legal framework of business relations in the sphere of research, evaluation and production of oil and gas in the Republic of Tajikistan since independence to the present. Depending on the adoption of legal acts tracked conversion command and administrative regulation on the market and identifies the existing shortcomings in this sphere.

VI. Правила для авторов

Порядок рецензирования статей, предоставляемых в научно – информационный журнал «Правовая жизнь»

Статьи, поступающие редакцию, проходят предварительную экспертизу (проводится членами редколлегии – специалистами по соответствующей отрасли науки) и принимаются в установленном порядке. Требования к оформлению оригинала статьей приводятся в «Правилах для авторов», публикуемых в каждом номере журнала. Если рукопись принята, то редакция сообщает автору замечания по содержанию и оформлению статьи, которые необходимо устранить до передачи текста на рецензирование. Затем статьи рецензируются в обязательном порядке членами редколлегии журнала или экспертами соответствующей специальности (кандидатами и докторами наук).

Рецензия должна содержать обоснованное перечисление качеств статьи, в том числе научную новизну проблемы, её актуальность, фактологическую и историческую ценность, точность цитирования, стиль изложения, использование современных источников, а также мотивированное перечисление её недостатков. В заключении дается общая оценка статьи и рекомендации для редколлегии – опубликовать статью, опубликовать её после доработки, направить на дополнительную рецензию специалисту по определенной тематике, отклонить. Объем рецензии – не менее одной страницы текста.

Статья, принятая к публикации, но нуждающаяся в доработке, направляется авторам с замечаниями рецензента и редактора. Авторы должны внести все необходимые исправления в окончательный вариант рукописи и вернуть в редакцию исправленный текст, а также его идентичный электронный вариант вместе с первоначальным вариантом рукописи. После доработки статья повторно рецензируется и редколлегия принимает решение о её публикации. Статья считается принятой к публикации при наличии положительной рецензии и если её поддержали члены редколлегии. Порядок и очередность публикации статьи определяется в зависимости от даты поступления её окончательного варианта. Рецензирование рукописи осуществляется конфиденциально. Разглашение конфиденциальных деталей рецензирования рукописи нарушает права автора. Рецензентам не разрешается снимать копии статей для своих нужд. Рецензенты, а также члены редколлегии не имеют права использовать в собственных интересах информацию, содержащуюся в рукописи, до её опубликования.

Қоидаҳо барои муаллифон

1. Дар маҷаллаи «Ҳаёти ҳуқуқӣ» мақолаҳое ҷоп мешаванд, ки натиҷаи тадқиқоти илмҳои ҳуқуқшиносӣ мебошанд.
2. Мақолаҳо бо тавсияи яке аз аъзои ҳайати таҳририя барои ҷоп қабул мешаванд ва ба талаботҳои зерин бояд ҷавобгӯ бошанд.
3. Ҳаҷми мақолаҳо набояд аз як ҷузъи ҷопи (то 16 саҳифаи компютерӣ) зиёд бошад, расмҳо, ҷадвалҳо, нақшаҳо ва матн хулоса, ки дар охири мақола ҷой дода мешаванд, ба ҳамин ҳаҷм дохиланд.
4. Ба мақола роҳхати муассиса (барои муаллифони берун аз ДМТ, пешниҳоди Шӯъбаи дахлдор, хулоса, калидвожаҳо (ба забонҳои тоҷикӣ, англисӣ ва русӣ) дар ду нусха, бо нишондоди номи мақола, ном ва фамилияи муаллиф замима мешавад.
5. Мақола дар як нусхаи ҷопӣ ва ҷопи электронӣ қабул карда мешавад. Мақола дар компютер бояд танҳо аз як тарафи қоғаз, бо фосилаи 1,5 (андозагӣ) ҷоп шавад. Ҳошия аз тарафи чапи матн бояд 4-см-ро ташкил намояд. Варақҳо бояд саҳифабандӣ шаванд.
6. Дар охири мақола баъд аз хулоса рӯйхати адабиёти истифодашуда ҷоп мешавад, баъд аз ин аз тарафи чап номи муассисае, ки мақоларо пешниҳод намудааст, маълумот дар бораи муаллиф, телефон ва имзои муаллиф дарҷ мешавад.
7. Дар сурат омода намудани рӯйхати адабиёти истифодашуда шартҳои зерин бояд риоя шаванд:
 - а) барои китобҳо - фамилия ва номи муаллиф, номи пурраи китоб, ҷои нашр, соли нашр, рақами ҷилд, саҳифа;
 - б) барои мақолаҳои маҷаллаҳо ва маҷмӯаҳо – фамилия ва номи муаллиф, номи мақола, номи маҷалла ва ё маҷмӯа, соли нашр, рақам ва саҳифа (барои маҷаллаҳо); рақами ҷилд, ҷои нашр, соли нашр ва саҳифа (барои маҷмӯаҳо).Дар сурати тақрори истинод ихтисорҳои муқаррарӣ ҷоиз аст.
8. Агар дар матн ҷадвал овардашуда бошад, онро дар ду нусха ҷоп карда, саҳифаро нишондода, ба мақола замима кардан лозим аст.
9. Агар мақола барои дохилнамудани тағйироти ҷиддӣ, дигар гунӣ ва ё ихтисор ба муаллиф баргардонда шавад, таърихи пешниҳоди он рӯзи гирифтани нусхаи охирини вай ба ҳисоб меравад.
10. Ҳайати таҳририя ҳуқуқ дорад, ки бо розигии муаллиф мақолаҳоро ихтисор намояд.
11. Барои интишори дастхати аспирантон маблағ ситонида намешавад.
12. Мақолаҳое, ки ба ин қоидаҳо ҷавобгӯ нестанд пазируфта намешаванд.

Правила для авторов

1. В журнале «Правовая жизнь» печатаются статьи являющиеся результатом научных исследований по юридическим наукам.
2. Статьи принимаются к печати по рекомендации одного из членов редколлегии в соответствии с настоящими правилами.
3. Объем статьи не должен превышать одного п.л. (до 16 страниц) компьютерного текста, включая в этом объеме рисунки, таблицы, графики, текст аннотации и ключевые слова, приводимой в конце статьи. Объем аннотации – не более 0,5 страницы. Три рисунка считаются за одну страницу.
4. К статье прилагаются направление от учреждения (для внешних авторов), рецензия соответствующего Отдела, аннотации и ключевые слова (на таджикском, русском и английском языках) в двух экземплярах, с указанием названия статьи, инициалов и фамилии автора.
5. Статьи принимаются в одном экземпляре в текстовом и в электронном вариантах. Статья быть напечатана на компьютере с одной стороны листа, через 1,5 (полуторный) интервала. Слева от текста следует оставлять поля (4 см.). Страницы должны быть пронумерованы.
6. В конце статьи после текста, аннотации дается список использованной литературы, слева указываются название учреждения, представляющего статью, а также сведения об авторе, телефон и подпись автора (авторов).
7. При оформлении список использованной литературы следует указать:
 - А) для книг – фамилия и инициалы автора, полное названия, место издания, издательство, год издания, номер тома, страницу;
 - Б) для журнальных статей и сборников – фамилию и инициалы автора, название статьи, название журнала или сборника, год издания, номер и страницу (для сборника). При повторной ссылке на литературу допустимы общепринятые сокращения.
8. К имеющимся в тексте таблицам необходимо отпечатать дубликаты и приложить к статье с указанием страницы, к которой таблица относится.
9. В случае возвращения статьи автору для существенных исправлений или для ее окончательного редактирования, они должны внести все необходимые исправления в окончательный вариант рукописи и вернуть в редакцию исправленный текст, а также его идентичный электронный вариант вместе с первоначальным вариантом рукописи.
10. Редакция оставляет за собой право производить сокращения и редакционные изменения рукописей.
11. Плата за опубликование рукописей аспирантов не взимается.
12. Статьи, не соответствующие настоящим правилам не принимаются.