

И.А. Зинченко, В.Н. Григорьев, А.В. Победкин, Т.В. Трубникова

## ОТКАЗ ОТ ПРАВА – КОМПЛЕКСНАЯ ПРОБЛЕМА УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА И УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

*Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ, проект № 16-03-00413.*

На материале и по результатам анализа монографии А.С. Гамбаряна «Отказ от права и вопросы уголовно-процессуального вмешательства» рассмотрены проблемы, связанные с объективным отказом от права и с отказом участника уголовного судопроизводства от своих субъективных прав. Определены формы и обозначены пределы отказа участника процесса от своих субъективных прав, обоснована невозможность отказа от некоторых субъективных прав, определены последствия злоупотребления своими субъективными правами со стороны обвиняемого.

**Ключевые слова:** обеспечение прав и свобод в уголовном судопроизводстве, отказ от права, злоупотребление субъективным правом, злоупотребление дискреционными полномочиями.

Права на защиту жизни, здоровья, свободы, собственности и других благ – важнейшие, неотъемлемые права гражданина, признание которых объясняется в юридической и философской литературе их естественным генезисом [1]. Государство эти права легализует, т.е. формулирует, уточняет объемы, закрепляет способы и процедуры реализации, устанавливает соответствующие обязанности государственных органов. Таким образом появляются юридические права. Особую актуальность проблемы реализации прав человека и гражданина, их защиты приобретают в уголовном судопроизводстве, где, несомненно, меры принудительного государственного воздействия на личность наиболее болезненны. Безгрешны ли процессуально-правовые механизмы обеспечения прав участников уголовного производства, особенно в последние годы зыбкости и изменчивости процессуальной формы? Вопрос, надо полагать, риторический.

Пытливые исследователи обнаруживают в ряду указанных проблем все новые аспекты, формулируют новые вопросы, ищут ответы на них. Один из интереснейших подходов представлен в новой книге доктора юридических наук, профессора, заведующего кафедрой теории и истории государства и права Российско-Армянского университета А.С. Гамбаряна «Отказ от права и вопросы уголовно-процессуального вмешательства». Отметим также: Артур Сиреканович – юрист практикующий, он является заместителем председателя Следственного комитета Республики Армения, поэтому ему хорошо известны проблемы не только теории, но и правоприменительной практики обеспечения прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве. В данной монографии [2], в которой получили новое звучание традиционные вопросы не только уголовного судопроизводства, но и, не будет преувеличением заявить, правоведения в целом. В последние годы из-под пера А.С. Гамбаряна вышло немало хороших работ, в том числе и в российских издательствах (специалистам они хорошо известны), но назвать данную книгу «очередной работой» было бы несправед-

ливо банально. Монография А.С. Гамбаряна неординарна. Ее своеобразие проявляется в комплексном характере проведенного им исследования, которое развивается в двух магистральных направлениях. Прежде всего, автор не ограничил себя и читателей обращением лишь к проблематике уголовного процесса. Первую часть книги он посвятил историко-философским и теоретическим вопросам феномена «отказ от права». В этой ее части А.С. Гамбарян задается непростыми вопросами: обязан ли человек использовать свое право на жизнь так, чтобы обеспечить сохранение жизни; обязан ли он пользоваться своим правом на труд или правом участвовать в управлении государством; может ли кто-либо быть принужден к использованию права? В контексте отказа от права его привлекает соотношение понятий «свобода воли» и «побег от ответственности». В поисках ответа на эти и другие методологически значимые вопросы он обращается к исследованию философских категорий свободы – внешней и внутренней, позитивной и негативной, к идеологии автономии субъекта, к исследованию понятий «неотчуждаемости» и «неотъемлемости» основных прав человека, к анализу полномочий публичной власти. Привлекательным представляется суждение автора о том, что если, с одной стороны, государство может отчуждать права человека, ограничивая их, а с другой – человек отчуждать свои права, отказываясь от них, то можно прийти к заключению, что «неотъемлемое право» представляет собой правовой миф, фикцию (мы бы добавили – идеологему). В позитивном же праве «оно обретает содержательные признаки – память, волю, интеллект – в понятии дееспособности» [2, с. 42].

Будем честны, человек может быть лишен любого права. В отдельных случаях общество само готово отказаться от некоторых прав (А.С. Гамбарян называет это объективным отказом от права). Объявленные на конституционном уровне «высшей ценностью» права и свободы человека могут быть ограничены ради иных ценностей: для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, обеспечения обороны страны и безопасности государства

(ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации). С учетом многочисленных новаций действующего Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, вызывавших бурные дискуссии по отдельным вопросам (обеспечение прав человека, возможность установления истины, соответствие принципам уголовного процесса и др.), впору поставить вопрос о том, не произошло ли «скрытого» отказа от вышеперечисленных «абсолютных ценностей»? Не получилось ли так, что подмененным оказался предмет? Отказывались от формализма, а отказались от прав, достойных быть неотъемлемыми? Есть о чем размышлять в ракурсе, заданном А.С. Гамбаряном.

Теория отказа от права в монографии представлена анализом правовых концепций отказа от объективного и субъективного права. Под отказом от объективных прав в работе понимается отказ от государственного признания права человека со стороны народа (жителей конкретной территории). Говоря же об отказе от субъективного права, имеется в виду поведение лица – правомерное или неправомерное деяние, – из которого вытекает, что оно не желает реализовывать свое право или отказывается от правовой защиты [2, с. 64, 81, 322].

Второе (основное) направление исследования (являющееся логическим продолжением первого и тесно с ним связанное) состоит в изучении проблематики уголовно-процессуального характера. В монографии оно представлено вторым разделом, включающим шесть глав, и соответственно анализом шести уголовно-процессуальных институтов: 1) отказ от права на участие в судебном разбирательстве; 2) отказ от права на встречный опрос (конфронтацию); 3) отказ от права на неприкосновенность жилища; 4) отказ от права на тайну связи; 5) отказ от соматических прав; 6) отказ от права на личную свободу.

Перечисленные институты исследуются автором в контексте вмешательства в названные права государства в лице субъектов, осуществляющих уголовное судопроизводство.

Заметим, что автор отнюдь не старается упростить проблему отказа от права. В упрощенном виде возможность такого отказа виделась бы весьма опасным явлением, ставящим под угрозу гарантии прав и законных интересов личности в уголовном процессе. Под отказом от субъективного права А.С. Гамбарян понимает: 1) отказ от *реализации* (курсив наш. – Авторы) субъективного права; 2) отказ от субъективного права путем дачи согласия на вмешательство в право; 3) отказ от субъективного права путем совершения неправомерного (противоправного) деяния (*forfeiture by wrongdoing*). Иначе говоря, речь идет об отказе от реализации права в конкретном правоотношении, а не от права вообще. Это крайне важно. Отказаться от предоставленного законодателем права нельзя, оно, будучи предусмотрено законом, составляет элемент правового статуса человека, который не может им самим корректироваться. Скорее именно поэтому, а не ввиду особенностей советских правовых отношений нельзя было отказаться от права на труд. Отказ же от обязанности трудиться в советской системе, действительно, не допускался, одновременно делая невозможным отказ от *реализации* (курсив наш. – Авторы) права на труд.

В целом считая, что возможен отказ от любого права (в смысле, разъясненном автором монографии, который, повторим, вовсе не заключается в отказе от права как элемента правового статуса), А.С. Гамбарян признает, что отказ от некоторых прав, являющихся элементом более сложных систем (например, принципов), невозможен. Так, невозможен отказ от права на толкование неустрашимых сомнений в пользу обвиняемого, иначе это привело бы к краху системы. С этой позицией невозможно не согласиться [3, с. 16–18; 4].

Импульс к размышлению, заданный А.С. Гамбаряном, заставляет предположить, что термин «отказ от права» даже в смысле реализации его в конкретном правоотношении не в полной мере применим ко всем ситуациям нежелания реализовывать право. Право – мера возможного поведения, однако, отнюдь не должного поведения лица. Если лицо не реализует право, это не всегда означает, что оно именно отказывается от его реализации. В ряде случаев оно его просто не использует, т.е. отказывается совершать действие, а не реализовывать право в целом. Так, например, незаконное подозревается (обвиняется) соглашения с адвокатом не означает еще его отказа от предоставления ему квалифицированной юридической помощи. Отказ от реализации права скорее имеет место в ситуациях наличия фактических оснований для реализации права, при нежелании управомоченного лица воспользоваться правом. Полагаем, что такое разграничение отказа от реализации права и отсутствия фактических оснований для совершения действий, составляющих его содержание, важно с практической позиции. Отказ от реализации права в таком понимании заслуживает особой оценки правоприменителем, поскольку сопряжен со значительным риском вынужденности [3, с. 16–18].

Стоит всерьез поразмыслить и о соотношении отказа от права с дачей согласия на вмешательство в право. Субъективные права личности могут быть элементом иных правовых конструкций, которые не исключают реализацию права и допустимость правомерного вмешательства государства в сферу охраняемых законом субъективных прав. Например, право на неприкосновенность жилища не исчерпывается правом человека требовать от государственных органов недопустимости действий по проникновению в жилище. Дача человеком согласия на осмотр жилища, как представляется, может рассматриваться как действие в рамках реализации права на неприкосновенность жилища, а не как отказ от реализации такового. Хотя признаем, что аргументация автора монографии, который видит в этой ситуации именно отказ от реализации права на неприкосновенность жилища, солидна и его точка зрения бесспорно заслуживает быть введенной в научный оборот, равно как и масса других идей, обоснованных в монографии.

Труд А.С. Гамбаряна предоставляет поистине богатейшую почву для размышлений. Несомненным достоинством данной книги является широкое использование компаративистского подхода, позволяющего соотносить уголовно-процессуальное законодательство Республики Армения (причем не только действующее, но и ожидаемое – Республика готовится к принятию

нового УПК), а также законодательство Российской Федерации и ряда других государств ближнего и дальнего зарубежья. Невозможно не обратить внимание и на тщательность авторского анализа рассматриваемых им институтов и норм: даже придирчивым взглядом в книге трудно отыскать ситуации, неминуемо возникающие в многогранной практике уголовного судопроизводства в части реализации прав человека, которые остались бы вне поля зрения А.С. Гамбаряна. Кроме того, в монографии использован значительный по объему и уникальный, ранее не опубликованный в российских литературных источниках фактический материал. В этом, по свидетельству самого автора [2, с. 5], ему была оказана неоценимая помощь английскими, немецкими и французскими учеными-правоведами.

Уделим более детальное внимание анализу структуры лишь одного из разделов монографии А.С. Гамбаряна «Отказ от права и вопросы уголовно-процессуального вмешательства» [2, с. 132–181], сопровождая его некоторыми авторскими мыслями, которых не может не вызывать научная работа высокого уровня на злободневную тему. Это позволит читателю составить представление о круге охваченных автором проблем.

Данная глава состоит из 5 параграфов, резюмируемых ясными и краткими выводами. В первом параграфе анализируются доктринальные и историко-сравнительные аспекты отказа от права на участие в судебном заседании, анализируется соотношение данного права с соответствующей обязанностью подсудимого и доступностью правосудия для потерпевшего. В историческом аспекте рассматривается регламентация отказа на участие в судебном заседании в римском праве, в УПК РСФСР 1922, 1923 и 1961 гг. В позитивном праве анализируется законодательство Армении, Грузии, Казахстана, России и Украины, а также уголовно-процессуальное законодательство США, Франции, Германии и Англии.

Второй параграф посвящен анализу судебной практики Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда Российской Федерации и Кассационного Суда Республики Армения в части отказа от такого права. Детально анализируются правовые последствия отказа от рассматриваемого права, в частности условия правомерности оглашения досудебных показаний подсудимого.

В этой части работы А.С. Гамбарян совершенно справедливо задается вопросом о «судьбе» иных, неотделимых от участия в судебном заседании процессуальных прав. Отвечая на него, автор отмечает, что сам по себе отказ подсудимого от анализируемого права вовсе не означает отказ от реализации других прав (дачу показаний, участие в перекрестном допросе и др.). Он полагает, что для разрешения подобных ситуаций «законом должны быть предусмотрены дополнительные гарантии, например, обязательное участие защитника, предоставление лицу возможности подачи жалобы в условиях истечения установленных законом сроков» [2, с. 162–163]. Кроме того, по мнению А.С. Гамбаряна, суд заранее должен разъяснить подсудимому, что его отсутствие в зале судебного заседания, ставшее

последствием его неправомерного поведения в судебном разбирательстве (например, в случае удаления его из зала суда), может расцениваться судом как его отказ от дачи показаний. В этом случае его показания, данные при производстве предварительного расследования, могут без ограничений оглашаться и использоваться в качестве доказательств [2, с. 164]. Заметим, что в данном случае речь, в конкретной ситуации, может идти и о злоупотреблении судом своими дискреционными полномочиями [5].

В третьем параграфе анализируются проблемы законодательства и правоприменительной практики, обусловленные отказом от участия в судебном заседании по ходатайству подсудимого, а в четвертом – потеря рассматриваемого права путем совершения противоправного деяния. В последнем случае обращено внимание на нестандартную ситуацию – намеренное приведение подсудимым себя в состояние процессуальной недееспособности, исключающее его участие в работе суда (примером может служить объявление голодовки, применение наркотических средств).

В заключительном параграфе главы формулируются предложения автора, в которых он приходит к выводу о целесообразности замены законодательного положения об обязанности подсудимого на участие в судебном заседании соответствующим субъективным правом. Допустимость такого отказа, по мнению А.С. Гамбаряна, не может априори зависеть от тяжести совершенного преступления и строгости наказания, суд должен иметь дискреционные полномочия для решения этого вопроса в каждой конкретной ситуации» [2, с. 180]. Отдавая должное авторской позиции и ее аргументации, хотим подчеркнуть, что к ликвидации обязанности подсудимого участвовать в судебном заседании необходимо подходить осторожно. Судебное разбирательство – процессуальная форма осуществления правосудия, значение которого отнюдь не ограничивается собственно вынесением итогового решения. Непосредственное участие подсудимого в процессе – важная гарантия не только обоснованности судебного решения, но и средство социально-воспитательное. В публичном уголовном процессе лицо, обвиняемое в совершении преступления, должно «предстать перед судом» в буквальном смысле. Факт участия подсудимого в процессе осуществления правосудия является элементом справедливости для потерпевшего, общества, имеет мощный воспитательный потенциал. Вспомним выездные судебные заседания, практиковавшиеся в советское время, когда воспитательное значение уголовного судопроизводства не считалось отжившим и бессмысленным, а напротив, рассматривалось как неотъемлемая характеристика уголовного процесса, что, наверное, правильно.

Аналогичная структура изложения материала использована автором и в других главах второго раздела монографии, которые также насыщены не менее интересными суждениями, выводами и рекомендациями. В частности, относительно новыми и недостаточно исследованными в теории уголовного процесса, не получившими серьезного развития в УПК РФ, нам представляются рассмотренные в книге проблемы обеспече-

ния соматических прав граждан и соответственно вопросы уголовно-процессуального вмешательства при отказе от них [2, с. 237–309]. Они касаются защиты прав граждан при их отказе от участия в производстве таких процессуальных действий, как получение образцов (прежде всего, биологических) для сравнительного исследования и освидетельствования. Добавим к сказанному – книга А.С. Гамбаряна написана хорошим литературным языком, привлекательно оформлена. Заинтересованные специалисты найдут в ней ответы на многие вопросы и пищу для дискуссий и размышлений.

Кроме обозначенного, автору можно адресовать некоторые пожелания.

1. В монографии высказано немало идей, направленных на изменение или дополнение уголовно-процессуального законодательства. Во многих случаях хотелось бы при этом увидеть конкретные формулировки норм, которые можно учесть в законотворческой деятельности. Без них порой трудно составить исчерпывающее представление о позиции автора. Активное участие Артура Сирекановича в работе над совершенствованием законодательства хорошо известно и его конкретные законотворческие предложения были бы несомненно интересны читателю.

2. Представляется также, что полезным для монографического исследования могло быть обращение автора к законодательству ряда других, оставленных им без внимания государств, расположенных на постсоветском пространстве. Например, к весьма привлекательному во многих отношениях новому УПК Киргизской Республики 2017 г. (он вступает в силу с 1 января

2019 г.) или УПК Республики Молдова. В них мы находим ряд интересных новелл, относящихся к предмету исследования А.С. Гамбаряна, в частности касающихся соматических прав участников уголовного процесса. В то же время мы понимаем – нельзя «объять необъятное». Любому автору приходится всегда себя ограничивать.

3. Как мы уже отмечали, в монографии широко представлены материалы следственной и судебной практики, высказано немало практических рекомендаций. В этом смысле круг ее читателей должен быть гораздо шире, чем заявлено в аннотации к книге. (В ней указано, что монография будет интересна лишь «специалистам в области общей теории права, конституционного и уголовно-процессуального права» [2, с. 2].) Немало интересного в ней должны для себя обнаружить и компаративисты, и те, кто создает законы, и практикующие юристы – дознаватели, следователи, прокуроры, судьи, и все, кому небезразличны проблемы уголовно-процессуального права и уголовного процесса.

Общая оценка монографии А.С. Гамбаряна, ее научная и практическая значимость, вне всяких сомнений, высока. Она написана квалифицированным человеком, равнодушным к современным проблемам уголовно-процессуального права и уголовного процесса и, очевидно, не для книжных полок. Думается также, что выход в свет работы А.С. Гамбаряна инициирует развитие научных исследований, направленных на изучение общественных отношений, обусловленных отказом от права, и в иных отраслях юрисдикционного производства – конституционном, гражданском, арбитражном и административном.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Андреева О.И. Концептуальные основы соотношения прав и обязанностей государства и личности в уголовном процессе Российской Федерации и их использование для правового регулирования деятельности по распоряжению предметом уголовного процесса : дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 2007. 443 с.
2. Гамбарян А.С. Отказ от права и вопросы уголовно-процессуального вмешательства / под ред. проф. А.В. Смирнова. М. : Юрлитинформ, 2018. 352 с.
3. Трубникова Т.В. Право на справедливое судебное разбирательство: правовые позиции Европейского суда по правам человека и их реализация в уголовном процессе Российской Федерации : учеб. пособие. Томск : Изд-во Том. ун-та, 2011. 296 с.
4. Андреева О.И. Пределы ограничения прав личности в уголовном процессе // Вестник Томского государственного университета. 2012. № 358. С. 46–49.
5. Андреева О.И., Трубникова Т.В. Злоупотребление правом в уголовном процессе: некоторые итоги исследования // Юридический вестник Самарского университета. 2017. Т. 3, № 4. С. 86–94.

## WAIVER OF RIGHT AS A COMPLEX PROBLEM RELATING TO CRIMINAL PROCEDURE LAW AND CRIMINAL PROCEEDINGS

*Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*, 2018, no. 12, pp. 82–86. DOI 10.17223/23088451/12/16

Igor A. Zinchenko, Kaliningrad Branch of the International University in Moscow (Moscow, Russian Federation). E-mail: zinchenko3939@mail.ru

Viktor N. Grigoryev, Research Institute of the Federal Penitentiary Service of Russia (Moscow, Russian Federation). E-mail: grigorev.viktor@gmail.com

Aleksandr V. Pobedkin, Academy of Management of the Ministry of Internal Affairs of Russia (Moscow, Russian Federation). E-mail: apobedkin71@mail.ru

Tatyana V. Trubnikova, Tomsk State University (Tomsk, Russian Federation). E-mail: trubn@mail.ru

**Keywords:** ensuring rights and freedoms in criminal proceedings, waiver of right, abuse of subjective right, abuse of discretionary power

On the basis and analysis of A.S. Gambaryan's monograph, this article considers the problems associated with the admissibility, manifestation forms, permissible limits and consequences of the waiver of right. The issue is whether certain recent amendments to the criminal procedure legislation do not actually restrict a number of inalienable rights; whether there has been a kind of a covert denial of "absolute values". The article considers two types of the waiver of right. The first is defined as an objective surrender of certain human rights (caused by the legal awareness of the people); the second stands for a surrender by a person (including a participant in criminal proceedings) of their subjective rights. The authors substantiate that the surrender of a subjective right may take one of the following

forms; 1) a surrender of exercising the powers that are elements of the subjective right; 2) a surrender of the subjective right through giving consent to the state interference with the right; 3) a surrender of the subjective right through committing an unlawful (illegal) act (or abuse of the right). The authors argue that the need to protect public interests implies that certain rights cannot be subject to surrender; also it indicates a number of limits to the trial participant's waiver of their subjective rights. For example, the participation of the accused in the court hearing should be considered not only as their right, but also as their duty. The trial is a procedural form of the administration of justice, so its significance is not limited to making the final decision. The defendant's direct participation in the procedure not only provides an important safeguard for the court decision validity, but also contributes to fulfilling the social and educational goals of the criminal procedure. In a public criminal trial, a person accused of committing a crime must literally "stand trial". The fact of the defendant's participation in the procedure of administering justice introduces the idea of fair justice to the victim and society, and has a strong educational potential as well. The article also considers the possibility of limiting the rights of the accused in case of their abuse of these rights (for example, in the case of the court procedure violation). Moreover, the authors take into account a nonstandard situation when the defendant deliberately brings themselves to a state of procedural incapacity precluding their participation in the proceedings (for example, a hunger strike or a use of narcotic drugs).

### References

1. Andreeva, O.I. (2007) *Kontseptual'nye osnovy sootnosheniya prav i obyazannostey gosudarstva i lichnosti v ugovnom protsesse Rossiyskoy Federatsii i ikh ispol'zovanie dlya pravovogo regulirovaniya deyatel'nosti po rasporyazheniyu predmetom ugovnogo protsessa* [Conceptual framework for the correlation of the rights and obligations of the state and the individual in the criminal procedure of the Russian Federation and their use for the legal regulation of activities to dispose of the subject of the criminal process]. Law Dr. Dis. Tomsk.
2. Gambaryan, A.S. (2018) *Otkaz ot prava i voprosy ugovno-protsessual'nogo vmeshatel'stva* [Waiver of right and questions of criminal procedure intervention]. Moscow: Yurlitinform.
3. Trubnikova, T.V. (2011) *Pravo na spravedlivo sudebnoe razbiratel'stvo: pravovye pozitsii Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka i ikh realizatsiya v ugovnom protsesse Rossiyskoy Federatsii* [The right to a fair trial: the legal positions of the European Court of Human Rights and their implementation in the criminal proceedings of the Russian Federation] Tomsk: Tomsk State University.
4. Andreeva, O.I. (2012) Limits of individual rights restriction in criminal proceeding. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 358. pp. 46–49. (In Russian).
5. Andreeva, O.I. & Trubnikova, T.V. (2017) Zloupotreblenie pravom v ugovnom protsesse: nekotorye itogi issledovaniya [Abuse of right in criminal proceedings: some results of the research]. *Yuridicheskiy vestnik Samarskogo universiteta*. 3(4). pp. 86–94.