80 лет

МИНИСТЕРСТВО ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ОМСКАЯ АКАДЕМИЯ МВД РОССИИ

Сборник научных трудов

ПРАВОВАЯ НАУКА НА РУБЕЖЕ XXI СТОЛЕТИЯ

1920-2000

ББК 67 в
П 68

П 68 **Правовая наука на рубеже XXI столетия:** Сб. науч. тр. — Омск: Омская академия МВД России, 2000. — 272 с.

ISBN 5-88651-118-0

Редакционная коллегия: А.С.Бахта (зам. отв. ред.), О.И.Бекетов, В.В.Векленко, В.В.Кальницкий, М.П.Клейменов, А.А.Кузнецов, А.И.Марцев, Е.С.Минкович (отв. секретарь), В.В.Николюк (отв. ред.), С.Н.Поправко, В.А.Сысоев.

В сборник, приуроченный к 80-летию образования Омской академии МВД России, вошли статьи известных ученых-правоведов, чьи судьбы связаны с обучением или преподаванием в разные годы в стенах старейшего в стране милицейского учебного заведения.

Статьи сборника, несомненно, привлекут внимание всех ученых, интересующихся концептуальными проблемами юридической науки.

П $\frac{1202000000 - 001}{96 Д (03) - 2000}$ План вып. изд., 2000 ББК 67 в

ISBN 5-88651-118-0 © Омская академия МВД России, 2000

Ю.П. Соловей,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации
(Омская академия МВД России)

К вопросу о конструировании правомочий милиции

Сфера ответственности милиции такова, что все свои действия она должна осуществлять с учетом места, времени, создавшейся обстановки, имеющихся сил и средств, других самых различных факторов. Как правило, любая из отдельно взятых обязанностей, возложенных на милицию, может быть выполнена не каким-то одним, а различными способами действий, и отсюда возникает необходимость наделения ее правами — арсеналом средств достижения целей, выбор которых зависит не только от самой цели, но и от условий, в которых она должна быть достигнута[1].

В юридической литературе отнесение правомочий (средств деятельности) органа исполнительной власти к самостоятельному предмету правового регулирования ставится иногда под сомнение. Ряд авторов придерживаются воззрения, согласно которому права органа являются в то же время и его обязанностями, выступая в качестве "правообязанностей" [2]. Так, по мнению О.И.Граковича, наделение сотрудника милиции соответствующими правами вовсе не означает, ‘что он по своему усмотрению решает применять или не применять предоставленное ему право. В соответствии с принципом ... законности при складывающихся обстоятельствах работник милиции просто обязан сделать это"[3]. Аналогичной позиции придерживался и извест-

---

[1] См.: *Гукасян Р.Е.* Концепция слияния прав и обязанностей и административно-командные методы управления // Сов. гос-во и право. — 1989. — № 7. — С. 31.

[2] См.: *Алехин А.П.* Права, обязанности и ответственность государственных служащих органов государственного управления // Управление и право. — М., 1979. — Вып. 5.— С. 150; *Проблемы* общей теории социалистического государственного управления.— М., 1981.— С. 111; *Илясов С.Г.* Демократический централизм в организации и деятельности советской милиции: Дис... инд. юрид. наук.— М., 1967.— С. 195; *Иванова З.Д.* Обстоятельства, влекущие возникновение правоотношений в деятельности органов советской милиции // Тр. Высшей школы МВД СССР.— М., 1961.— Вып. 5.— С. 152, 153.

[3] *Гракович О.И.* Органы внутренних дел в борьбе за укрепление общественного порядка. — Минск, 1980.— С. 37.

ный российский правовед Н.М.Коркунов: "Если закон постановляет, что полиция может при известных условиях требовать содействия войск, это значит, что в случае признанной ею надобности она должна это сделать[4].

Однако проблема в том и состоит, что поскольку "складывающиеся обстоятельства" или "известные условия" по объективным причинам не могут быть заранее указаны в юридической норме, постольку сотрудник милиции, реализуя предоставленные ему права, устанавливает их наличие самостоятельно, т.е. проявляет усмотрение. Иными словами, методологический порок отождествления прав и обязанностей органа исполнительной власти заключается, на мой взгляд, в том, что в результате само исполнение обязанности ставится в зависимость от усмотрения должностного лица, в то время как именно против такой постановки вопроса, неприемлемой с позиций законности, направлена, как кажется ее авторам, концепция "правообязанностей".

При одновременном признании в нормативных актах за одним и тем же действием характера права и обязанности право нейтрализуется обязанностью, поглощается ею. Формулировки типа "не только право, но и обязанность" в научной литературе недопустимы, так как ведут к подмене правовых способов регулирования администрированием. Концепция слияния прав и обязанностей является, по существу, ни чем иным, как отражением и теоретическим обоснованием административно-командных методов управления[5].

Не случайно высказывавшаяся в литературе рекомендация не выделять в законе отдельно обязанности и права милиции, "поскольку право при соответствующих обстоятельствах становится обязанностью работника милиции, и наоборот" [6], оказалась отвергнутой всеми законами о милиции (полиции), принятыми на постсоветском пространстве. Возобладала наиболее правильная позиция, согласно которой права и обязанности — самостоятельные элементы компетенции, имеющие разную направленность: обязанности по выполнению возложенных на него задач орган исполнительной власти несет перед государством, а наделен правами в отношении отдельных орга-

---

[4] *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права.— 3-е изд. — СПб., 1894.- С. 123.
[5] См.: *Гукасян Р.Е.* Указ. соч.— С. 31, 32.
[6] *Герасимов А. П.* Закономерности управления правоохранительной деятельностью социалистического государства: методологические основы анализа и использования: (По материалам органов внутренних дел): Дис... д-ра юрид. наук.— М., 1989.— С. 463.

низаций и физических лиц[7]. Хотя они и неразрывны, связь между ними не носит "автоматического" характера. Всегда имеется, по верному замечанию Б.М. Лазарева, юридическая возможность самостоятельной оценки обстановки и принятия в зависимости от этой оценки решения — действовать ли, и если да, то как именно[8]. Следовательно, права органа исполнительной власти — это его конкретные правовые возможности, использование которых зависит воли данного органа[9]. Они и составляют, если можно так выразиться, его правовую оснастку.

В свое время, выступая перед крупными чинами российской милиции, Д. Макнамара, бывший начальник полиции Сан-Хосе и Канзаса (США), а ныне научный сотрудник Гуверовского института, предостерегал, что "не надо идти на поводу у населения", которое "любит грубые формы работы полиции" и "требует ужесточать законы" [10]. Избыточность прав полиции действительно является серьезной угрозой свободе. Тем не менее предостережение американского коллеги, вполне уместное для страны с устоявшимися демократическими традициями и развитым, не обремененным идеологическими предрассудками, правовым регулированием деятельности полиции, представляется неактуальным применительно к условиям российской деятельности. По уровню и характеру “правовооруженности", обусловленном нынешним правовым регулированием и обыкновениями правоприменительной практики, российская милиция все еще уступает, судя по имеющимся сведениям, западным (в частности, американскому) аналогам.

Недостаточная правовая оснащенность заставляет сотрудников милиции идти на превышение власти, либо использовать блеф как метод достижения законных целей, либо, что значительно чаще, бездействовать даже в тех ситуациях, где они становятся очевидцами преступления. Может быть, это и парадоксально, но демократические режимы в значительно большей степени, в сравнении с тоталитарными, нуждаются в хорошо оснащенной в правовом отношении полиции. Нельзя забывать, личная свобода неотделима от опасности, и укрепить безопасность можно подчас лишь ценой ограничения свободы[11].

---

[7] См.: *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права. — Свердловск, 1964. — Вып. 2. — С. 129.
[8] См.: *Лазарев Б.М.* Компетенция органов управления. — М., 1972. — С. 85.
[9] См.: *Мицкевич А.В.* Субъекты советского права. — М., 1962. — С. 129.
[10] *Логинова Н.* Полиция + милиция = любовь до гроба // Московские новости. — 1992. — № 36.— С. 19.
[11] См.: *Паркинсон С.Н.* Законы Паркинсона.— М., 1989.— С. 199, 200.

Таким образом, обеспечение адекватной, соответствующей новой социальной роли правовой оснащенности российской милиции предполагает "заострение" используемых ею правовых средств, хотя и при одновременном отказе от некоторых из них. Это вполне естественно, если учесть требования, которые необходимо, на мой взгляд, соблюдать при конструировании правовых средств деятельности милиции.

Во-первых, мера вторжения в сферу личной свободы гражданина, заключенная в том или ином милицейском правомочии, должна быть пропорциональна социальной ценности той законной цели, ради которой предоставляется данное правомочие. Так, вопреки мнению некоторых авторов[12], вряд ли оправданно для выявления нарушения правил регистрационного учета ("паспортной системы") или пресечения административных правонарушений, "угрожающих общественному порядку или личной безопасности граждан", входить в жилые помещения против воли проживающих там лиц. Не случайно, Закон Российской Федерации "О милиции", в отличие от предшествовавшего законодательства, уже не управомочивает ее сотрудников на это, равно как и лишает их права подвергать приводу в милицию лиц, систематически допускающих нарушение общественного порядка и другие правонарушения, для соответствующей регистрации и официального предостережения о недопустимости антиобщественного поведения.

Трудно согласиться с тем, чтобы милиция, как предлагают отдельные авторы, располагала сформулированными в законе правом организации засад в жилых помещениях вопреки воле проживающих там лиц[13], а также правом патрулирования с потерпевшими или свидетелями с целью опознания разыскиваемого, производства подворного (поквартирного) обхода (с целью установления свидетелей) и опросов граждан; использования субъективных портретов и служебно-розыск-

---

[12] См.: *Олейник А.Е.* Совершенствование деятельности милиции по обеспечению конституционных прав неприкосновенности личности, жилища советских граждан и их личной жизни: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Киев, 1986.—С. 19, 20.

[13] См.: *Олейник А.Е.* Конституционное право советских граждан на неприкосновенность жилища и некоторые вопросы совершенствования компетенции милиции по его обеспечению // Проблемы социалистической законности.— Харьков, 1986.— Вып. 17.— С. 138; *Родионов А.И.* Закон РСФСР "О милиции" и некоторые вопросы проведения специальных операций // Закон РСФСР "О милиции" и совершенствование оперативно-служебной деятельности милиции Республики.— Омск, 1992.— Т. 1.— С.90.

ных собак при отсутствии согласия на это со стороны лиц, без участия которых названные действия осуществлены быть не могут[14].

Следовало бы поддержать и тех[15], кто считает невозможным реализовать предложения о наделении милиции правом досмотра жилых помещений при наличии достаточных данных о самогоноварении[16], а также правом проникновения туда при наличии информации об употреблении наркотических средств или занятии проституцией. Нецелесообразно, на мой взгляд, соглашаться с мнением о необходимости закрепления в законе права милиции на производство обыска или досмотра жилых помещений в порядке производства по делам об административных правонарушениях[17]. Напротив, имеет смысл, — подчеркиваю это в надежде не быть причисленным к сторонникам тех, по ироническому определению К.Б. Клокарса, «зловещих политических сил, которые добиваются для полиции “наручников"»[18], — устранить наказуемость деяний, не "дотягивающих" по характеру и степени общественной опасности до уровня преступлений и квалифицируемых ныне как административные правонарушения, если их выявление в большинстве случаев невозможно без ущемления прав граждан на неприкосновенность частной жизни, тайну переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, а также неприкосновенность жилища.

Во-вторых, с учетом того, что "разумное правило может быть заимствовано только из самого существа вещей"[19], что законодатель призван не изобретать законы, а только формулировать их[20], милиция должна

---

[14] См.: *Косенко А.С.* Процессуальные и криминалистические вопросы розыскных действий на стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования: Автореф. дис... канд. юрид. наук.— М., 1987.— С. 14, 15, 21.

[15] См.: *Бабаев М.М., Блувштейн Ю.Д.* Бюрократизм в правоохранительной деятельности: (Истоки и пути преодоления) // Сов. гос-во и право.— 1990.— № 9. — С. 62.

[16] См.: *Мишкинис А.* Борьба с самогоноварением// Бюллетень МВД Литовской ССР.— 1988. — № 2. — С. 54.

[17] См.: *Иванов В.А.* Совершенствование гарантий прав граждан в административном процессе // Сов. гос-во и право. — 1977. — № 2. — С. 29,30; *Додин Е В.* Актуальные проблемы теории и практики административной ответственности // Сов. гос-во и право.— 1990. — № 11.— С. 150; *Волков В.Р.* Организация и совершенствование деятельности участковых инспекторов милиции по охране общественного порядка и профилактике правонарушений в курортных городах: Дис... канд. юрид. наук.— М., 1991. — С.75.

[18] *KlockarsC.B.* The Idea of Police (Law and criminal justice series; v.3). — Sage Publications Beverly Hills, London, New Delhi, 1985. — P. 54.

[19] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч.— 2-е изд.— Т. 1.— С. 63.

[20] Там же.— С. 162.

располагать всеми теми правами, которые расцениваются людьми в качестве естественных, само собой разумеющихся средств полицейской работы. В отсутствие таких прав деятельность милиции вступает в противоречие со здравым смыслом. Например, милиция была существенно ограничена (хотя это по каким-то причинам оставалось неизвестно отдельным специалистам [21]) в ее праве изолировать, выражаясь бытовым языком, пьяных "семейных скандалистов". Дело в том, что достаточные основания для возбуждения милицией против них уголовного дела и задержания в порядке ст. 122 УПК РСФСР либо задержания в порядке производства по делу о мелком хулиганстве зачастую отсутствуют[22]. На практике сотрудники милиции, разрешающие конфликты, вынуждены были нарушать закон, доставляя их зачинщиков в медицинский вытрезвитель или дежурную часть милиции с последующим привлечением к административной ответственности за мелкое хулиганство или появление в общественном месте в пьяном виде, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность.

Исходя из этого, Закон Российской Федерации “О милиции" предоставил ей право задерживать лиц, находящихся в жилище в состоянии опьянения, "по письменному заявлению проживающих там граждан, если есть основания полагать, что поведение указанных лиц представляет опасность для их здоровья, жизни и имущества". Более удачной представляется первоначальная формулировка рассматриваемого правомочия, предлагавшаяся автором к включению в законопроект о милиции и воспринятая белорусским, латвийским и туркменским законодателями, а именно: задержание "скандалистов" допускается в том случае, если заявители "опасаются оставаться с ними и если отсутствуют другие основания для задержания”.

В анализируемом аспекте нуждается в совершенствовании и процессуальная часть КоАП РСФСР. Речь, конечно, не идет о полной аналогии с уголовно-процессуальным законодательством, ибо трудоемкость административно-процессуальных действий должна быть сопоставима с теми социальными ценностями, которые охраняются мерами административной ответственности, как, впрочем, и с самими административными взысканиями. Тем не менее такие полномо-

---

[21] См.: *Портнов И.П.* Работа участкового инспектора милиции по предупреждению хулиганства.— М., 1990.— С. 51.

[22] См.: *Самофалов Л.П.* Роль процессуальной формы в реализации конституционных прав и свобод советских граждан в их отношениях с милицией: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Киев, 1987. — С. 20; *Мышляев Н.П.* Семейный конфликт: пути его преодоления // Участковый инспектор милиции. — М., 1992. — №5. — С. 25.

чия милиции и других субъектов административной юрисдикции, касающиеся проведения осмотра места происшествия, очной ставки, освидетельствования, предъявления для опознания, должны быть, по крайней мере, упомянуты в КоАП РСФСР. В качестве меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях, используемой наряду с административным задержанием, целесообразно было бы узаконить залог.

В-третьих, комплекс правовых средств милицейской деятельности в целом и каждое из них в отдельности должны в полной мере учитывать логику, закономерности полицейского вмешательства и реагирования. Осуществление милицией некоторых своих прав есть сложные действия, часть которых может быть подвергнута сомнению в том плане, охватываются ли они данным правом. В этой связи следовало бы взять за правило непосредственное упоминание в законе тех имеющих достаточно самостоятельное значение принудительных действий, без которых то или иное правомочие реализовано быть не может. Так, автору удалось доказать необходимость дополнения российского законопроекта о милиции в части ее права использовать не принадлежащие ей транспортные средства словами "с отстранением при необходимости водителей от управления транспортными средствами", а в части права милиции входить в жилые и иные помещения словами "и осматривать их". К сожалению, предложение указать также при формулировании последнего правомочия на возможность вхождения в помещения "с повреждением при необходимости запирающих устройств и других предметов" было реализовано только белорусским и в несколько измененном виде ("при необходимости с применением физической силы") латвийским законодателями.

До тех же пор, пока самим законодателем не будет внесена ясность, следовало бы, на мой взгляд, придерживаться принципа допустимости всех действий милиции, которые вытекают из содержания соответствующего правомочия. Например, право милиции пользоваться беспрепятственно в служебных целях средствами связи, принадлежащими организациям, общественным объединениям и гражданам, явно предполагает возможность принудительного вхождения сотрудника милиции в телефонизированную квартиру. Если намерением законодателя не охватывалось наделение милиции столь широким, избыточным правом, то он должен выразиться яснее (например: "При этом запрещается входить в жилище без согласия проживающих в нем лиц").

В-четвертых, законоположение, предоставляющее милиции то или иное правомочие, если оно не носит бланкетного характера, следует формулировать детально, по крайней мере, с указанием на

конкретные операции, осуществляемые сотрудником милиции. Этому требованию не отвечает, например, предлагаемое для включения в Закон о милиции ее право "осуществлять деятельность по выявлению причин и условий, способствующих формированию как пьянства и алкоголизма, так и других видов отклоняющегося поведения граждан"[23]. Осуществление подобного рода "прав" практически не поддается юридическому контролю, поскольку соответствующая норма не содержит для этого необходимых критериев.

Наконец, в-пятых, законодатель, предоставляя милиции то или иное правомочие, обязан позаботиться о закреплении надлежащих процедур, гарантирующих право граждан на защиту и обеспечивающих возможность последующей проверки законности ее деятельности. Порядок осуществления милицейских полномочий обычно как-то ускользал из поля зрения нормодателя. В результате, как справедливо отмечал И.И.Веремеенко, "далеко не каждая административно-правовая материальная норма в сфере охраны общественного порядка имеет должную процессуальную оснастку"[24].

К сожалению, мое предложение о включении в законопроект о милиции отдельной статьи, посвященной указанному порядку[25], реализовано не было. Тем не менее оно и сейчас ничуть не утрачивает своей актуальности.

Высказанные в настоящей статье соображения затрагивают, разумеется, далеко не весь спектр проблем, которые возникают в ходе научно-теоретического поиска оптимальной модели правовой оснастки российской милиции. Только в результате их активного, заинтересованного и всестороннего обсуждения можно будет обеспечить столь необходимый в демократическом обществе баланс между интересами уважения прав и свобод человека и гражданина, с одной стороны, и эффективного противодействия преступности — с другой.

---

[23] *Дьяков В.Г.* Правовое обеспечение и организация деятельности органов внутренних дел по борьбе с пьянством и алкоголизмом в сфере бытовых отношений: Дис... канд. юрид. наук.— М., 1990.— С. 61.

[24] *Веремеенко И. И.* Механизм административно-правового регулирования в сфере охраны общественного порядка. В 2 ч. — М., 1982. — Ч. 2: Элементы и формы реализации права в механизме административно-правового регулирования в сфере охраны общественного порядка. — С. 7.

[25] Возможный вариант такой статьи см.: *Соловей Ю.П.* Закон РСФСР "О полиции" (инициативный авторский проект) // Информационное и правовое обеспечение деятельности органов внутренних дел. — Омск, 1991. — С. 98-100.

Другие предложения на этот счет см.: *Иванова И. А.* Административно-правовая охрана субъективных прав советских граждан в сфере общественного порядка Автореф. дис... канд. юрид наук.— М., 1986.— С.20; *Косенко А. С.* Указ. соч.— С. 19.

Содержание

Харитонов А.Н. О некоторых проблемах контроля над преступностью в России 3
Лебедев С.Я. Криминологическая безопасность личности, общества, государства 13
Клейменов М.П. Понятие и предмет этнокриминологии 22
Конев А.А. Биопсихическое состояние и антисоциальный тип поведения 31
Аминов Д.И. К вопросу о концепции уголовной политики государства, направленной на стабилизацию экономических отношений 41
Галахов С.С., Тарсуков К.М. Терроризм — угроза государственности России в XXI веке (исторические, правовые, праксеологические проблемы) 49
Чернявский В.С. О концепции информатизации судов общей юрисдикции и системы Судебного департамента при Верховном суде Российской Федерации 67
Марцев А.И. Некоторые условия признания деяния преступным 90
Никонов В.А. Логическое содержание уголовно-правовой категории "наказание" 99
Максимов С.В. Сравнительный анализ Конвенции Совета Европы «Об уголовной ответственности за коррупцию» и сопоставимых норм Уголовного кодекса Российской Федерации 109
Томин В.Т. Динамика взглядов процессуалиста на понятие и систему принципов уголовного процесса 117
Азаров В.А. Функции правосудия и судебного контроля на рубеже XXI столетия 127
Николюк В.В. Развитие отечественной доктрины и законодательства о правосудии для несовершеннолетних 135
Кальницкий В.В. Восстановление утраченных уголовных дел — правовая и организационная проблема судопроизводства 165
Булатов Б.Б. Современные тенденции в практике задержания подозреваемых в совершении преступлений 180
Волынский А.Ф., Волынский В.А. Криминалистика и общественный прогресс 188
Фролов В.Ю. Генезис оперативно-розыскной теории и практики 197

Чечетин А.Е. О правовом регулировании ограничения неприкосновенности частной жизни в оперативно-розыскной деятельности 205
Черников В.В. Перспективы совершенствования правового обеспечения деятельности органов внутренних дел 216
Соловей Ю.П. К вопросу о конструировании правомочий милиции 225
Килясханов И.Ш. Концепция института защиты прав и свобод граждан в сфере исполнительной власти 233
Бекетов О.И. Конституционное право граждан на неприкосновенность жилища и право милиции входить беспрепятственно в жилые и иные помещения и осматривать их 242
Кожевников В.В. О проблемах профессиональной культуры современного сотрудника органов внутренних дел 248
Герасименко Ю.В. Лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации, как субъект конституционного права 263