

ОТКАЗ ОТ РЕАЛИЗАЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА И ПРИНУДИТЕЛЬНАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРАВ

© 2018

А.С. Гамбарян, доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой «Теория и история государства и права»
Российско-Армянский университет, Ереван (Республика Армения)

Ключевые слова: отказ от права; субъективные права; принудительная реализация; права на судебную защиту; права обвиняемого на защиту; права обжалования судебного акта.

Аннотация: В данной статье обсуждается вопрос ограничения отказа от субъективных прав в контексте принудительной реализации процессуальных прав. Автор отмечает, что сущность субъективного права заключается в том, что человек свободен в решении пользоваться данным правом или нет. Принудительная реализация субъективного права в целом противоречит его сущности. Только человек решает, что для него хорошо, а что плохо. На основании этого суждения автор делает вывод, что никто не может принудительно пользоваться каким-либо своим правом. В то же время, автор пишет, что в исключительных случаях законом может быть предусмотрена возможность принудительной реализации процессуальных прав. Исходя из определенных публичных интересов, государство, в отдельных ситуациях, отклоняется от требования реализации лицом своих субъективных прав и предусматривает законом механизмы их принудительной реализации. В статье автор обсуждает принудительную реализацию права обвиняемого на защиту, права на судебную защиту, права обжалования судебного акта. Также рассматриваются случаи принудительной реализации права на судебную защиту в рамках процессуального права РА.

В данной статье автор выделяет институт обязательного участия защитника как процессуальный механизм принудительной реализации права обвиняемого на защиту. Перечислены случаи, когда участие защитника обязательно, независимо от желания обвиняемого.

Автор делает вывод о том, что никто не может принудительно пользоваться каким-либо своим правом. В исключительных случаях законом может быть предусмотрена возможность принудительной реализации процессуальных прав. Государство, в отдельных ситуациях, отклоняется от требования реализации лицом своих субъективных прав и предусматривает законом механизмы их принудительной реализации.

ВВЕДЕНИЕ

Сравнительный анализ отказа от прав показывает, что это понятие не имеет единого восприятия, что свидетельствует о его богатом содержании. Можно выделить следующие концепции отказа от права: концепция отказа от объективного права и концепция отказа от субъективного права. В данной работе мы не затронем сложные вопросы по поводу объективных и субъективных прав и множество подходов, что является темой отдельного исследования, а лишь отметим наше восприятие отказа от объективных и субъективных прав.

В самом широком смысле, говоря об отказе от субъективного права мы имеем в виду проявления определенного поведения лица в конкретной ситуации (правомерное и неправомерное деяние), из чего вытекает, что он не желает реализовать свое субъективное право или отказывается от правовой защиты этого права.

Отказ от субъективного права проявляется следующими способами:

- 1) отказ от реализации субъективного права;
- 2) отказ от субъективного права, дачей согласия на вмешательство в право;
- 3) отказ от субъективного права, путем совершения неправомерного (противоправного) деяния (forfeiture by wrongdoing).

В этой статье обсудим вопросы ограничения отказа от субъективных прав в контексте принудительной реализации процессуальных прав.

Сущность субъективного права заключается в том, что человек свободен в решении пользоваться им или нет, однако, истории права известны случаи, когда человек не мог распоряжаться своим правом: приостано-

вить его или отказаться от него. Европейский суд по делу «Альбер и Ле Конт против Бельгии» (Albert and Le Compte v. Belgium, 10.02.1983г.) постановил: «По общему признанию, природа некоторых прав, обеспечиваемых Конвенцией, такова, что она исключает возможность отказа от права на их осуществление, но то же нельзя сказать о других правах». В литературе отмечается, что Европейский суд этим решением, по сути, объявил о делении прав, гарантированных Конвенцией, на две группы: права, от которых можно отказаться, и права, отказ от которых не допускается. Европейский суд, однако, прямо не установил тот перечень прав, которые входят в эти две группы. Европейский суд также не разработал общие и абстрактные критерии, на основании которых можно было бы определить перечень этих прав. В настоящее время по этому вопросу ведутся только доктринальные дискуссии (doctrinal speculation), а прецедентное право Европейского суда развивается поэтапно, из чего пока невозможно составить полное представление [1].

Американские юристы отмечают, что суды как минимум на теоретическом уровне соглашались, что можно отказаться от большинства прав, но существуют некоторые права, от которых отказаться невозможно, так как они существенно связаны с процессом собирания фактов, например, право на защиту [2].

Л.И. Петражицкий критикуя теорию воли и теорию интересов восприятия субъективного права, отмечал, что существуют права, которыми человек не может распоряжаться и не может приостановить их даже при большом желании и интересе. В качестве примеров автор отмечал право мужа или жены, которое принадлежало им,

вне зависимости от их воли, принудительное наследство, известное римскому праву *Heredes sui et necessarii*, согласно которому некоторым лицам против их воли или желания передавались права и обязанности умершего, что могло обанкротить этого человека, однако он не мог избежать этого, так как отказ от права наследования не допускался [3].

Относительно принудительного наследования отметим, что *Heredes sui et necessarii* являлись лица, находящиеся в момент смерти наследодателя под его непосредственной властью, например, рабы. Раб определялся наследником, когда наследодатель был в долгах. Позднее по преторскому праву *heredes sui et necessarii* мог отказаться от наследства – *jus abstinendi*, и тем самым избежать неприятных последствий принятия наследства [4].

В настоящее время принудительная реализация субъективного права в целом противоречит его сущности. С. Егоров отмечает, что только человек решает, что для него хорошо, а что плохо. На основании этого суждения автор делает вывод, что никто не может принудительно пользоваться каким-либо своим правом [5]. Сказанное вытекает из принципа самостоятельности человека и исключения патриархального подхода государства к человеку.

Современные немецкие юристы отмечают, что версия отсутствия полномочий распоряжения собственными основными правами проблематична в тех случаях, когда затрагиваются не общественные блага, а в случаях, когда лицу, наделенному основными правами, против его воли, в пользу него же, принуждается защита основных прав. Это характерно, например, для судебной практики, когда фиксируется нарушение достоинства человека относительно так называемых *Peer-Show* в тех случаях, когда сами оголяющиеся женщины, не видят ничего отрицательного в этом. Например, вызывает подозрение, когда законом запрещается альтруистское донорство органа исходя из интересов донора, кроме тех случаев, когда между донором и получателем органа имеется специальная личная связь (однако это одобряет Федеральный конституционный суд, NJW 1999, 3399) [6].

В то же время, необходимо зафиксировать, что в исключительных случаях законом может быть предусмотрена возможность принудительной реализации процессуальных прав. Исходя из определенных публичных интересов, государство, в отдельных ситуациях, отклоняется от требования реализации лицом своих субъективных прав и предусматривает законом механизмы их принудительной реализации. И.Л. Петрухин отмечает, что в ряде случаев государство существенно заинтересовано в том, чтобы субъективное право было реализовано даже вопреки воле его обладателя, т. е. под принуждением. При этом, субъективное право не превращается в обязанность. Речь идет лишь об обязательной реализации права в случаях, когда субъект по возрасту, из-за психических недостатков или в силу иных причин не в состоянии понять значение предоставленной ему правовой возможности для защиты собственных законных интересов. Это отдельные исключения из общего правила, согласно которому, на усмотрение субъекта права оставляется решение вопроса, воспользоваться своим правом или добровольно отказаться от его осу-

ществления. Свободная личность, как правило, не может быть принуждаема к реализации своих субъективных прав. Принудительное осуществление субъективных прав – это несвобода или ограниченная свобода, поскольку при таком подходе личность рассматривается лишь как средство достижения публичных интересов. С другой стороны, не всякая личность способна понять, что предоставленное ей субъективное право служит ее же интересам. Такой субъект не вполне свободен в своем выборе нужного варианта поведения. Он может допустить ошибку, отказавшись от реализации своего субъективного права, и причинить вред своим же интересам. В этих случаях общество может и должно прийти гражданину на помощь, добившись реализации субъективного права. Тем самым общество раздвигает границы социальной свободы, преодолевая затруднения отдельных граждан в реализации их субъективных прав, вызванных болезнью, несовершеннолетием и другими причинами, ограничивающими правовую дееспособность. В нашей литературе вопрос о принудительном осуществлении субъективного права, предоставленного участнику процесса, в таком аспекте не поднимался.

Между тем в ряде случаев государство существенно заинтересовано в том, чтобы субъективное право было реализовано даже вопреки воле его обладателя, т. е. под принуждением. При этом субъективное право не превращается в обязанность. Речь идет лишь об обязательной реализации права в случаях, когда субъект его по возрасту, из-за психических недостатков или в силу иных причин не в состоянии понять значение предоставленной ему правовой возможности для защиты собственных законных интересов. Это отдельные исключения из общего правила, согласно которому на усмотрение субъекта права оставляется решение вопроса о том, воспользоваться своим правом или добровольно отказаться от его осуществления [7].

Государство может предусмотреть механизмы принудительной реализации субъективных прав, если четко обосновывается отсутствие сознательных или волевых элементов отказа от субъективных прав их носителями или наличие иного общесовременного интереса. Например, наличие у обвиняемого психической болезни или временного психического расстройства является основанием для обязательного участия защитника. В таком случае, если обвиняемый отказывается от защитника, то согласно ч. 2 ст. 72 УПК РФ, орган уголовного преследования имеет право не принять отказ обвиняемого от защитника и назначить защитника или сохранить полномочия назначенного защитника.

Если публичный интерес, оправдывающий или обосновывающий принудительную реализацию субъективных прав, не видим, то принудительная реализация субъективных прав может создать более опасную ситуацию, чем в том случае, когда их носитель имел бы возможность отказаться от субъективных прав. Представим гипотетический пример. Так, подсудимый, находящийся под арестом, письменно обращается к суду, сообщив, что отказывается от своего процессуального права участия на судебном заседании, так как не хочет слышать ложные показания, представленные против него. Обвиняемый также сообщает, что в ходе судебного заседания его интересы будет представлять защитник. Суд, рассматривающий дело, разъясняет подсудимому,

что согласно ст. 302 УПК РА, судебное разбирательство происходит с участием подсудимого, явка которого в суд обязательна, следовательно, подсудимый не вправе отказаться от участия в судебном разбирательстве, в противном случае он будет доставлен в суд принудительным образом. В день судебного заседания обвиняемый отказывается выходить из места содержания заключенных и заявляет, что если попробуют доставить его в суд силой, то он покончит с жизнью. Служба сопровождения Полиции РА сообщает о сложившейся ситуации суду, однако, последний разъясняет, что по закону участие обвиняемого обязательно, следовательно, Полиция РА обязана обеспечить его участие на судебном заседании. На основании поручения, Полиция РА доставляет подсудимого в соответствующую комнату административного здания суда. До начала судебного заседания Полиция РА обнаруживает, что обвиняемый покончил с собой. В конкретном примере необходимо отдельно рассмотреть, имеется ли та правомерная цель, для защиты которой была предусмотрена принудительная реализация процессуального права обвиняемого на участие в судебном заседании, не обеспечивает ли, само собой, участие защитника реализацию процессуальных прав обвиняемого, не вмешалось ли государство в право на жизнь обвиняемого, принудительно реализовав его процессуальное право?

Цель работы – рассмотрение вопросов принудительной реализации права обвиняемого на защиту, права лица на судебную защиту и права на обжалование судебных актов.

ПРИНУДИТЕЛЬНАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВА ОБВИНЯЕМОГО НА ЗАЩИТУ

Процессуальным механизмом принудительной реализации права обвиняемого на защиту является институт обязательного участия защитника. Законом предусматриваются случаи, когда участие защитника обязательно, независимо от желания обвиняемого, то есть, защитник назначается в силу закона, независимо от того, хочет ли этого обвиняемый или нет. И.Я. Фойницкий отмечал, что защита по делам уголовным нужна не только в интересах подсудимого, но и в интересах всего процесса [8].

Институт обязательного участия защитника является одним из наиболее важных приобретений современной уголовной юстиции, однако, становление этого института имеет исторические корни. Например, Германский Устав 1876 года: Защита необходимая обязательно назначается судом, по требованию самого закона, при разбирательстве дела в судебном заседании (но не на предварительном следствии); закон, безусловно, требует от суда назначение защитника: по делам глухонемых, немых и несовершеннолетних, и в делах о признании сумасшествия [8].

В настоящее время в праве Европейского Союза отмечается, что государства должны предпринимать дополнительные шаги для защиты прав обвиняемых, принадлежащих к уязвимым группам (инвалиды, дети), например, привлекая третьих лиц для их защиты. В проекте Директивы Европейского Союза о средствах защиты «О процессуальных гарантиях для детей, привлеченных в уголовном процессе в качестве подозреваемых или обвиняемых» установлено, что дети не мо-

гут отказаться от права на защитника [9]. Кроме этого, руководством Европейской комиссии о процессуальных гарантиях уязвимых лиц запрещается принимать отказ уязвимых лиц от права на защиту [10]. По делу Пановиц против Кипра (*Panovits v. Cyprus*, 11.12.2008 г.) Европейский суд по правам человека отметил: «...Учитывая уязвимость несовершеннолетнего подозреваемого и дисбаланс сил, который является результатом сущности уголовного производства, отказ от важного права, предусмотренного ст. 6, может быть принят лишь в случае, если оно было выражено без сомнения, и власти предприняли все необходимые меры для того, чтобы удостовериться, что он полностью осведомлен о своем праве на защиту, и в случае необходимости может понимать следствия своего поведения. 29.06.2009 г. Кассационный суд РА по делу ЕКРД /0436/01/08 подтвердил нарушение права, так как один из подсудимых был несовершеннолетним.

И.Я. Фойницкий отмечал, что сюда, далее, следует отнести укоренившуюся в судебной практике теорию, по которой защита составляет лишь благодеяние для подсудимого, от которого он может отказаться по своему усмотрению. Так, сенатом неоднократно разъяснялось, что если председатель, даже без всяких заслуживающих уважения причин, не назначил защитника подсудимому и не поставил его о том в известность, но подсудимый при открытии заседания не просил об отсрочке разбирательства для приискания себе защитника, то оставление его без защиты не служит поводом кассации (1868 № 702, Тарасова; 1870 № 48, Федорова и др.; 1870 № 652, Савинова; 1874 № 346, Максимовой). Равным образом сенат признавал, что назначение председателем для защиты такого лица, которое не принадлежит к составу присяжных поверенных и не состоит в числе кандидатов на судебные должности, не составляет нарушения закона, если подсудимый против этого не возражал (1871 № 1471, Сологубского). Другими словами, сенат считает возможным покрывать все отступление от закона по предмету назначения защитника согласием на них подсудимого, забывая, что защитник призывается служить не только и даже не столько общим интересам правосудия. Лишь изредка в практике судебных мест проскальзывает более правильное отношение к защите; сюда принадлежит приведенное уже сенатское решение по делу Федорова и Фирфарова (1878 № 2), которым признано, что о назначении защитника несовершеннолетним подсудимым председатели должны позаботиться независимо от заявлений самих подсудимых [11].

В современных российских источниках указывается, что в соответствии с законодательством, действовавшим с 1961 по 2002 г., по общему правилу, отказ обвиняемого от защитника был обязательен для лица, осуществлявшего производство по делу, даже тогда, когда закон предусматривал обязательное участие защитника в процессе. Только в нескольких случаях, когда отказ обвиняемого от защитника был не обязательен для лица, осуществлявшего производство по делу, он должен был указывать причины своего отказа в удовлетворении требования обвиняемого. Согласно действующему уголовно-процессуальному законодательству РФ, во всех случаях отказа от защитника следователь и суд обязаны выяснить причину отказа и установить, является ли

волеизъявление обвиняемого свободным и добровольным и нет ли причин для признания такого отказа вынужденным и причиняющим вред его законным интересам [12].

В случае принудительной реализации права на защиту «уязвимого» обвиняемого, защитник должен быть наиболее активным и предприимчивым, чтобы от имени своего доверителя реализовать все процессуальные права, которые в конкретном случае вытекают из его интересов.

По поводу принудительной реализации права на защиту (назначение публичного защитника) в случае удаления подсудимого из зала судебных заседаний, Конституционный суд РА 13.02.2018 г. в решении ПКС - 1403 отмечает, что,

Во-первых, публичный защитник может быть назначен без согласия подсудимого только в интересах правосудия, каковым, в частности, является обеспечение эффективности судебной защиты, права на разумный срок судопроизводства и принципа состязательности в уголовном процессе.

Во-вторых, подсудимый должен быть осведомлен о следствиях оставления защитником зала суда в случае удаления подсудимого из зала судебных заседаний. Так как юридическая помощь может иметь значительное влияние в процессе обеспечения эффективной реализации основных прав и свобод, то отказ от защитника должен быть добровольным и осознанным, а лицо должно быть заранее осведомлено о следствиях отказа.

В-третьих, если назначается публичный защитник, однако в дальнейшем подсудимый хочет иметь защитника, выбранного им самим, то полномочия публичного защитника могут сохраниться судом в интересах правосудия, что не может стать преградой участию защитника, выбранного подсудимым.

ПРИНУДИТЕЛЬНАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВА НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ

Вопрос отказа от права на судебную защиту (право на правосудие) не воспринимается однозначно. Права

в сфере правосудия, особенно право на судебную защиту, С. Алексеев называл «правом иметь права», от которого нельзя отказаться. Он отмечал, что: «...Если феномен права имеет глубокие природные корни, то, по всей видимости, одним из его естественных выражений в условиях цивилизации становится «право на право», реализуемое главным образом, в требованиях правосудного решения, в других конституционных правах в области юстиции, правосудия. Наиболее яркое из них – право человека на решение конфликтной ситуации в правосудном порядке. Отказ от такого права, от его использования не только упрочен в моральном отношении (и об этом прямо говорил Кант в своих лекциях в Кенигсбергском университете в 1780–1782 гг.), но и существенно подрывает сами основы правового статуса гражданина, лишает его истинно правового значения» [13].

В советском и постсоветском российском процессуальном праве широкое распространение имеет тот подход, что отказ от права обращения в суд недействителен (ст. 3 ГПК от 1964г., ч. 2 ст. 3 ГПК РФ, ч. 1 ст. 4 Арбитражного процессуального кодекса). В процессуальном праве принято, что недействительность отказа от права

на обращение в суд имеет универсальный характер, поскольку и право на судебную защиту, гарантированное Конституцией РФ (ст. 46), имеет всеобщий и универсальный характер [14]. В отличие от российского права, в армянском позитивном праве (Гражданско-процессуальный и Административно-процессуальный кодексы) не предусмотрены нормы о недопустимости (недействительности) отказа от права обращения в суд.

Одним из способов отказа от права на судебную защиту является то, когда участники правоотношений заключают соглашения, в соответствии с которыми изначально отказываются от каких-либо своих притязаний, которые могут возникнуть в дальнейшем, в том числе от права на судебную защиту. Например, согласно п.п. 3 и 4 ст. 16 закона РА «О примирителе финансовой системы», соответствующая финансовая организация, посредством заключения письменного соглашения с Офисом примирителя финансовой системы, может отказаться от права оспаривать решения Примирителя финансовой системы. Центральный банк и Офис на своих веб – сайтах публикуют список тех организаций, которые не заключили соглашения об отказе от права оспаривать решения Примирителя финансовой системы. Из данной нормы вытекает, что финансовые организации заключают письменный договор о том, что также отказываются от права на обжалование в суде решений Примирителя финансовой системы. Этот способ предварительного (в рамках регулирующих правоотношений) отказа от права на судебную защиту не соответствует правомерным условиям отказа от субъективных прав, в частности, требованию о том, что отказ от права должен быть конкретным, должно быть право, подлежащее отказу, или юридические факты, необходимые для его возникновения, при условии которых лицо может решить: отказаться или пользоваться своим субъективным правом. Кроме того, последствия предварительного в рамках регулирующих правоотношений отказа от права на судебную защиту непредсказуемы: лицо, которое предварительно отказывается от права на судебную защиту, не может предвидеть характер правонарушения, которое совершит другая сторона правоотношений в будущем, какие последствия для него возникнут в связи с этим правонарушением.

Даже те авторы, которые в целом выступают за отказ от права на защиту, принимают, что нельзя отказаться от тех правовых возможностей, которые еще не наступили: поскольку охранительное субъективное право еще не возникло, то нельзя от него заранее и отказаться, т.е. отсутствует объект отказа [15].

Таким образом, неприемлем тот способ отказа от права на судебную защиту, когда стороны правоотношений предварительно (в рамках регулирующих правоотношений) заключают договор об отказе от права на требование, в том числе от права на обращение в судебные органы с целью восстановления нарушенных прав.

В данной работе под отказом от права на судебную защиту имеются в виду те случаи, когда по факту правонарушения рождаются конкретные защитные правоотношения, однако, носитель права отказывается от обращения в суд, а если обратился в суд, то отказывается от своего иска или жалобы, в результате чего производство в суде прекращается. Например, исторически в английском гражданском праве право иска, вытекающее

из договора, прекращается в силу одного из следующих оснований: (I) в силу отказа (release) (§ 354) Право иска, вытекающее из нарушения договора, прекращается отказом (release), когда управомоченная на иск сторона отказывается от своей претензии посредством документа за печатью. Обещание не предъявлять иска не создает обязательства, если оно не является «отказом за печатью» (release under seal) или не совершено за встречное удовлетворение [16].

Возможность отказа от права на судебную защиту в рассматриваемом смысле не абсолютна. В процессуальном праве РА предусмотрены случаи принудительной реализации права на судебную защиту. Они в основном относятся к тем ситуациям, когда несмотря на то, что лицо, обратившееся в суд или орган уголовного преследования, отказывается от своего иска, жалобы, однако, производство продолжается, что обусловлено публичным интересом. Так, согласно ч. 1 ст. 108 Административного процессуального кодекса РА, истец вправе без какой-либо мотивации отказаться от своих требований полностью или в части до окончания судебного разбирательства. В этом случае Административный суд выносит определение о прекращении производства по делу в той части требования, от которой истец отказался, за исключением тех дел, рассмотрение которых вытекает из интересов общества или государства (дела об оспаривании правомерности нормативно-правовых актов).

Другой пример в уголовного процессе. По делу частного обвинения частный обвинитель (потерпевший) может отказаться участвовать в уголовном правосудии (от права на судебную защиту). Отдельные российские юристы отмечают, что свобода потерпевшего распоряжаться своим правом отказаться от правосудия, его желание разрешить возникший конфликт без помощи и вмешательства государства – это его законный интерес, стоящий выше по своей ценности, чем публичный интерес по делам о преступлениях, отличающихся невысокой степенью общественной опасности [17].

Потерпевший (жертва) по делу частного обвинения может отказаться от уголовного процесса (права на защиту, правосудия) двумя способами: 1) не представив заявление для привлечения лица к уголовной ответственности, 2) примирившись с обвиняемым. По указанным двум случаям потерпевший, по существу, отказывается от уголовного процесса, так как, в результате его позиции, государство отказывает в возбуждении уголовного дела (не осуществляет уголовного преследования) или прекращает производство по уголовному делу. Встречаются ситуации, когда обусловлено публичным интересом, уголовное преследование по делам частного обвинения возбуждается и осуществляется независимо от воли и желания потерпевшего. В данном случае право на судебную защиту частного обвинителя (потерпевшего) реализуется принудительно.

Случаи принудительной реализации права на судебную защиту частного обвинителя (потерпевшего), обусловленной публичным интересом, следующие:

Первое: принудительная реализация права на судебную защиту жертв, находящихся в беспомощном, либо по иным объективным причинам в незащищенном состоянии. В силу ст.ст. 33 и 183 УПК РА, возможность возбуждения уголовного дела по частному обвинению

и осуществлению уголовного преследования по нему зависит от желания и волеизъявления заявителя обращаться в орган уголовного преследования для защиты его прав и законных интересов посредством привлечения преступника к уголовной ответственности. Если лицо, права которого были нарушены, и которое в силу своего беспомощного положения или по иным объективным причинам, не может защищать свои права и законные интересы, и если причина возбуждения уголовного дела является законной, а основания достаточными, то в данной ситуации решение о возбуждении уголовного дела должно быть принято в общем порядке, предусмотренном для возбуждения уголовных дел публичного обвинения, независимо от наличия жалобы заявителя (постановление КП-73/08 Кассационного суда РА от 26.12.2008 года).

Второе: принудительная реализация права на судебную защиту жертвы семейного насилия. Потерпевшие (жертвы) по делам семейного насилия (по делам частного обвинения) периодически представляют сообщение о преступлении, однако, в дальнейшем отказываются от права на правосудие, не представляя заявление о привлечении лица к уголовной ответственности или примиряясь с обвиняемым. О правовой позиции необходимости осуществления уголовного преследования по делам частного обвинения в случае отсутствия жалобы жертвы семейного насилия высказал Европейский суд по правам человека по делу Опуз против Турции (Opuz v. Turkey, 09.06.2009г.).

Согласно п. 10 «Руководства о едином подходе возбуждения или отказа в возбуждении уголовного дела в порядке частного обвинения», утвержденном приказом председателя Следственного комитета РА от 17.11.2014 г., в случае отказа заявителя (потерпевшего) от своего заявления (жалобы) по делам семейного насилия, преследуемым в частном порядке, уголовное дело возбуждается или уголовное производство продолжается в публичном порядке, если есть опасность повторного совершения преступления в отношении потерпевшего. В рамках надлежащего расследования по уголовным делам, возбужденным по делам семейного насилия в условиях отсутствия жалобы заявителя, следователь выясняет тяжесть преступления, характер вреда, причиненного потерпевшему (физический или психический вред), применение оружия, наличие угроз после нападения, влияние, оказанное на детей, проживающих дома (в том числе психическое), возможность повторного совершения преступления, возможность продолжительной опасности для безопасности или здоровья потерпевшего, либо иного лица, нынешнее положение взаимоотношений обвиняемого с потерпевшим, влияние этих взаимоотношений на продолжение уголовного преследования, вопреки воли потерпевшего, и так далее.

30.12.2017 г. Национальное собрание РА дополнило ст. 183 УПК РА пунктом 3, согласно которому: «Прокурор вправе независимо от представления жалобы потерпевшим возбудить уголовное дело по преступлениям, предусмотренным ч. 1 данной статьи в случае насилия в семье, если лицо не может защищать свои правомерные интересы из-за своего беспомощного состояния или в силу факта наличия зависимости от лица, совершившего предполагаемое преступление.»

В таком случае уголовное дело возбуждается и расследуется в общем порядке, предусмотренном данным кодексом и уголовное преследование не прекращается в случае примирения потерпевшего и обвиняемого.

ПРИНУДИТЕЛЬНАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВА ОБЖАЛОВАНИЯ СУДЕБНОГО АКТА

Обжалование судебных актов является важнейшим правом участников процесса. Они самостоятельно решают пользоваться правом на обжалование или нет, и свободно могут отказаться от реализации права на обжалование, однако, в процессуальных системах предусмотрены (или в прошлом были предусмотрены) случаи, когда режим обжалования действует (или действовал) независимо от желания участника процесса. В таком случае можно говорить о принудительной реализации права на обжалование.

Первое: в современных состязательных процессах судебный акт может быть пересмотрен при наличии жалобы, в то время как, в инквизиционных процессах режим обжалования действовал даже в тех случаях, когда обвиняемый отказывался от права на обжалование судебного акта (ревизионный порядок обжалования). С. Познышев отмечал, что суть ревизионного порядка обжалования заключалась в том, что судебные акты передавались в следующую инстанцию в силу закона, независимо от того, есть ли жалоба или нет [18].

Второе: Отзыв жалобы является одной из форм отказа обжалования судебного акта, однако, оно тоже не абсолютно. Законодательством могут быть предусмотрены иные формы запрета или ограничения отзыва жалобы. Например, в уголовном процессе Японии предусмотрено, что если приговором суда первой инстанции было назначено наказание в виде пожизненного лишения свободы или смертной казни, то лицо не имеет право отзывать апелляционную жалобу. Такие апелляционные жалобы называются «неотзываемые» и являются гарантиями пересмотра приговоров, предусматривающих наиболее строгое наказание [19]. Согласно ч. 4 ст. 383 УПК Монтенегро (был принят 18.08.2009 г.), обвиняемый не вправе отказаться от права на обжалование или отозвать жалобу, если в отношении него было применено наиболее строгое наказание.

Согласно ч. 3 ст. 386 УПК Швейцарии (был принят 05.10.2007 г., в редакции от 01.07.2015 г.), отказ от обжалования или отзыв жалобы является окончательным, за исключением тех случаев, когда сторону побудили отказаться от обжалования путем обмана, совершения преступного деяния, либо предоставления недостоверной официальной информации [20].

Ч. 5 ст. 556 Уголовно-процессуального закона Латвии (был принят 21.04.2005 г. [21]) были предусмотрены интересные основания принудительной реализации права на обжалование судебных актов. Согласно указанной статье, отзыв апелляционной жалобы не является обязательным для суда, если: 1) апелляционную жалобу отзывает несовершеннолетний или лицо, которому вследствие его физических или психических недостатков обеспечивается защита в обязательном порядке, либо защитник или представитель несовершеннолетнего или такого лица; 2) суд апелляционной инстанции устанавливает очевидное нарушение Уголовного закона или настоящего Закона, вследствие которого обжалуе-

мое решение подлежит отмене или изменению для уменьшения объема обвинения, смягчения наказания или прекращения дела.

Подобное ограничение отзыва жалобы соответствует философии принудительной реализации субъективных прав уязвимых лиц: если для несовершеннолетнего лица или лица с ограниченными психическими возможностями законом предусмотрено обязательное участие защитника (принудительная реализация права на защиту), то по той же логике, если суд первой инстанции вынес, например, судебный акт, нежелательный для несовершеннолетнего подсудимого, то по закону необходимо, либо предусмотреть рассмотрение судебного акта апелляционным судом *ex officio*, либо норму обязательного обжалования защитником судебного акта. При этом, судебный акт является неблагоприятным для несовершеннолетнего подсудимого, если 1) несовершеннолетний подсудимый был признан виновным по судебному акту, в то время как, подсудимый заявлял о своей невиновности (сказанное относится также к случаю признания частично виновным); 2) несмотря на то, что несовершеннолетний подсудимый признал себя виновным в суде, а суд вынес обвинительный приговор, однако, у защитника была противоположная позиция относительно его вины; 3) обвинительным приговором суд назначил такой вид или меру наказания, которая отличается от вида или меры наказания, представленных в речи защитника.

Третье: по осложненным обвинениям *In personam* могут возникнуть ситуации, когда один из соисполнителей, признанных виновными по приговору, обжаловал судебный акт, а другой – нет. В такой ситуации, согласно ч. 1 ст. 385 УПК РА, апелляционный суд рассматривает судебный акт в рамках оснований и обоснований апелляционной жалобы. В основе такого подхода лежит модель классической апелляции, обусловленной идеей диспозитивности, согласно которой вышестоящая инстанция рассматривает дело в той мере, в какой оно было обжаловано (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Одновременно, необходимо рассмотреть те случаи, когда в описанной ситуации апелляционный суд по части подсудимого, обжаловавшего судебный акт, выносит оправдательный судебный акт, например, на основании отсутствия события преступления, в то время как, другой подсудимый, который не обжаловал судебный акт, продолжает нести наказание в случае, когда по оценке Апелляционного суда событие преступления отсутствует. По этому вопросу процессуалист дореволюционного периода И. Фойницкий отмечал: «Отмена приговора может воспоследовать только в том объеме, который намечен жалобщиком и только по отношению к тем лицам, которые принесли жалобу. Новый германский Устав уголовного судопроизводства вводит любопытное расширение этого общего правила: если по данному делу принесена жалоба одним или вообще некоторыми из всего числа подсудимых и кассационная инстанция нашла ее уважительною, то приговор суда может быть отменен по отношению ко всем подсудимым; здесь интерес публичный берет верх над интересом искомым» [8, с. 555].

В случае модели «нет жалобы, нет пересмотра судебного акта», когда отсутствует апелляционная жалоба, то Апелляционный суд РА не может пересмотреть

судебный акт по части подсудимого, не обжаловавшего его. Вследствие этого нарушаются:

1) публичный интерес, так как относительно одного и того же обстоятельства имеются два судебных акта, противоречащих друг другу, что отрицательно сказывается на авторитете судебной власти;

2) частный интерес, так как подсудимый продолжает нести меры уголовно-правового воздействия в том случае, когда Апелляционный суд РА по части подсудимого, обжаловавшего судебный акт, высказался, что отсутствует событие преступления. При этом, такая ситуация возникает также и в тех случаях, когда Апелляционный суд подтверждает процессуальные нарушения, искажающие законность всего производства суда первой инстанции, например, рассмотрение дела судьей суда первой инстанции, подлежащим отводу, или рассмотрение с нарушением правил подсудности.

Указанные интересы оправдывают ту позицию, согласно которой, право на обжалование в части подсудимого, не обжаловавшего судебный акт, должно быть реализовано принудительно, и то, что судебный акт должен быть пересмотрен даже в случае отсутствия его жалобы.

ВЫВОДЫ

Никто не может принудительно пользоваться каким-либо своим правом. В исключительных случаях законом может быть предусмотрена возможность принудительного реализации процессуальных прав. Исходя из определенных публичных интересов, государство, в отдельных ситуациях, отклоняется от требования реализации лицом своих субъективных прав и предусматривает законом механизмы их принудительной реализации.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Drooghenbroeck Sebastien Van. Does the Theory of Waiver of Fundamental Rights Offer Solutions to Settle Their Conflicts? // *When human rights clash at the European Court of human rights. Conflict or harmony?* England: Oxford University press, 2017. P. 58–75.
2. Blank D.P. Plea Bargain Waivers Reconsidered: A Legal Pragmatist's Guide to Loss, Abandonment and Alienation // *Fordham Law Review*. 2011. Vol. 68. № 6. P. 2011–2094.
3. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. В 2 ч. Ч. 2. М.: Юрайт, 2016. 295 с.
4. Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право: базовый учебник. М.: ЗЕРЦАЛО, 2000. 411 с.
5. Егоров С.Н. Аксиоматические основы теории права. СПб.: Лексикон, 2001. 272 с.
6. Закс М. Конституционное право II: Основные права. Часть I. Теория основных прав. Ереван: Тигран Мец, 2015. 254 с.
7. Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. М.: Наука, 1984. 239 с.
8. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. СПб.: Альфа, 1996. 607 с.
9. Proposal for a Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings. UK: European Commission, 2013. 24 p.

10. Handbook on European law relating to access to justice. Luxembourg: European Union, 2016. 220 p.
11. Фойницкий И.Я. Защита в уголовном процессе как служение общественное. СПб.: типо-лит. А.М. Вольфа, 1885. 64 с.
12. Шаров Г. Принуждение к реализации субъективных прав недопустимо // *Новая Адвокатская газета*. 2014. № 7. 1–15 апреля.
13. Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М.: НОРМА, 1998. 409 с.
14. Юдин А.В. Недействительность отказа от права на обращение в суд в цивилистическом процессе: теоретико-практические проблемы // *Вестник Гражданского процесса*. 2017. Т. 7. № 3. С. 11–33.
15. Суслов А.А. Особенности отказа от отдельных видов субъективных прав // *Пролог: журнал о праве*. 2017. № 3. С. 12–21.
16. Свод английского гражданского права. Т. I. Общая часть. Обязательственное право. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. 303 с.
17. Дмитриева Л.З. Право потерпевшего на отказ от уголовного правосудия // *Актуальные вопросы уголовного процесса современной России: межвузовский сборник научных трудов*. Уфа: РИО БашГУ, 2003. С. 100–104.
18. Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. М.: Тип. Г.А. Леман, 1913. 337 с.
19. Волосова Н.Ю., Волосова М.В. Уголовно-процессуальное законодательство Японии: сравнительное исследование. М.: Юрлитинформ, 2016. 240 с.
20. Трефилов А.А. Уголовный процесс зарубежных стран. Т. 1. М.: НИПКЦ Восход-А, 2016. 1004 с.
21. Уголовно-процессуальный закон Латвии, принятый в 2005г.: потерял силу // *Законы Латвии по-русски*. URL: pravo.lv/likumi/29_upz.html.

REFERENCES

1. Drooghenbroeck Sebastien Van. Does the Theory of Waiver of Fundamental Rights Offer Solutions to Settle Their Conflicts? *When human rights clash at the European Court of human rights. Conflict or harmony?* England, Oxford University press Publ., 2017, pp. 58–75.
2. Blank D.P. Plea Bargain Waivers Reconsidered: A Legal Pragmatist's Guide to Loss, Abandonment and Alienation. *Fordham Law Review*, 2011, vol. 68, no. 6, pp. 2011–2094.
3. Petrazhitskiy L.I. *Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriey nrvstvvennosti* [Theory of Law and State in Connection with the Theory of Morality]. Moscow, Yurayt Publ., 2016. Ch. 2, 295 p.
4. Pukhan I., Polenak-Akimovskaya M. *Rimskoe pravo* [Roman law]. Moscow, ZERTsALO Publ., 2000. 411 p.
5. Egorov S.N. *Aksiomaticheskie osnovy teorii prava* [Axiomatic foundations of the theory of law]. Sankt Petersburg, Leksikon Publ., 2001. 272 p.
6. Zaks M. *Konstitutsionnoe pravo II: Osnovnye prava. Teoriya osnovnykh prav* [Constitutional Law II: Fundamental Rights. Theory of Fundamental Rights]. Erevan, Tigran Mets Publ., 2015. Ch. I, 254 p.
7. Petrukhin I.L. *Svoboda lichnosti i ugovolno-protsessualnoe prinuzhdenie* [Freedom of the Person

- and Criminal Procedure Coercion]. Moscow, Nauka Publ., 1984. 239 p.
8. Foynitskiy I.Ya. *Kurs ugovnogo sudoproizvodstva* [Course of Criminal Trial]. Sankt Petersburg, Alfa Publ., 1996. Vol. 2, 607 p.
 9. *Proposal for a Directive on procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings*. UK, European Commission Publ., 2013. 24 p.
 10. *Handbook on European law relating to access to justice*. Luxembourg, European Union Publ., 2016. 220 p.
 11. Foynitskiy I.Ya. *Zashchita v ugovnom protsessе kak sluzhenie obshchestvennoe* [Defense in criminal procedure as public service]. Sankt Petersburg, tipo-lit. A.M. Volfa Publ., 1885. 64 p.
 12. Sharov G. The enforcement of subjective rights is inadmissible. *Novaya Advokatskaya gazeta*, 2014, no. 7, 1-15 April.
 13. Alekseev S.S. *Samoe svyatoe, chto est u Boga na zemle. Immanuel Kant i problemy prava v sovremennuyu epokhu* [The Most Sacred the God has on Earth. Immanuel Kant and the Issues of Law of the Contemporary Epoch]. Moscow, NORMA Publ., 1998. 409 p.
 14. Yudin A.V. Invalidity of waiver of the right of recourse to the courts in civil procedure: theoretical and practical issues. *Vestnik Grazhdanskogo protsessа*, 2017, vol. 7, no. 3, pp. 11–33.
 15. Suslov A.A. Some features of waiver of certain types of the subjective rights. *Prolog: zhurnal o prave*, 2017, no. 3, pp. 12–21.
 16. *Svod angliyskogo grazhdanskogo prava. Obshchaya chast. Obyazatelstvennoe pravo* [Abridgement of English Civil Law. General Part. Law of Obligations]. Moscow, Yurid. izd-vo NKYu SSSR Publ., 1941. Vol. I, 303 p.
 17. Dmitrieva L.Z. The Victim's Right of Refusal of Criminal Justice. *Aktualnye voprosy ugovnogo protsessа sovremennoy Rossii: mezhvuzovskiy sbornik nauchnykh trudov*. Ufa, RIO BashGU Publ., 2003, pp. 100–104.
 18. Poznyshch S.V. *Elementarnyy uchebnyk russkogo ugovnogo protsessа* [Elementary textbook Russian criminal trial]. Moscow, Tip. G.A. Leman Publ., 1913. 337 p.
 19. Volosova N.Yu., Volosova M.V. *Ugovno-protsessualnoe zakonodatelstvo Yaponii: sravnitelnoe issledovanie* [Criminal procedure legislation of Japan: a comparative study]. Moscow, Yurlitinform Publ., 2016. 240 p.
 20. Trefilov A.A. *Ugovnyy protsess zarubezhnykh stran* [Criminal Procedure of Foreign Countries]. Moscow, NIPKTS Voskhod-A Publ., 2016. Vol. 1, 1004 p.
 21. Criminal Procedure Law of Latvia enacted in 2005: became void. *Zakony Latvii po-russki*. URL: pravo.lv/likumi/29_upz.html.

THE WAIVER OF SUBJECTIVE RIGHT AND THE ENFORCEMENT OF PROCEDURAL RIGHTS

© 2018

A.S. Ghambaryan, doctor of Sciences (Law), professor,
Head of Chair of Theory and History of State and Law
Russian-Armenian University, Yerevan (The Republic of Armenia)

Keywords: waiver of rights; subjective rights; enforcement; right to judicial protection; right of defense; right to appeal a judicial act.

Abstract: The paper discusses the issues of limiting the waiver of subjective rights in the context of the enforcement of procedural rights. The author notes that the essence of a subjective right is that a person is free to decide whether to use this right or not. The enforcement of a subjective right contradicts with its essence. Only a person decides what is good or bad for him or her. Based on this view, the author concludes that no one can enforce any of his or her rights. At the same time, the author writes that, in the exceptional cases, the law may provide for the possibility of the procedural rights enforcement. Based on the certain public interests, the state, in certain situations, refuses to comply with the requirement to exercise by a person his or her subjective rights and provides for the mechanisms of their enforcement by law. In the paper, the author discusses the enforcement of the defendant's right to defense, the right to judicial protection, the right to appeal a judicial act, and considers the cases of the enforcement of the right to judicial protection as a part of the procedural law of the RA.

In the paper, the author emphasizes the institution of the obligatory participation of a defender as a procedural mechanism of enforcement of the defendant's right to defense. The cases when the participation of a defender is mandatory regardless of the wishes of an accused are listed.

The author concludes that no one can enforce any of his or her own rights. In the exceptional cases, the law may provide for the possibility of the procedural rights enforcement. In certain situations, the state refuses to comply with the requirement to exercise subjective rights by a person and provides for mechanisms of their enforcement by the law.