

ISSN 2219-6838



**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ
ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

**НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ,
ИНФОРМАЦИОННОЕ И ПРАКТИЧЕСКОЕ
ИНТЕРАКТИВНОЕ ИЗДАНИЕ**

Основано в 2010 году



4/2011

electronic.ruzh.org

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор – **Федоров Игорь Вадимович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА
Алексеева Ольга Геннадьевна, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Безбородов Юрий Сергеевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА (зам. гл. редактора); **Белых Владимир Сергеевич**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского права УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Винницкий Данил Владимирович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права УрГЮА; **Головина Светлана Юрьевна**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права УрГЮА; **Гончаров Максим Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Драпкин Леонид Яковлевич**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Жернаков Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Загайнова Светлана Константиновна**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА; **Игнатенко Геннадий Владимирович**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Кодан Сергей Владимирович**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Козаченко Иван Яковлевич**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Койстинен Ярмо**, кандидат юридических наук (Финляндия); **Кондрашова Татьяна Владимировна**, кандидат юридических наук, профессор УрГЮА; **Кокотов Александр Николаевич**, доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ; **Круглов Виктор Викторович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой земельного и экологического права УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Малинова Изабелла Павловна**, доктор философских наук, профессор УрГЮА; **Милицин Сергей Дмитриевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Мотревич Владимир Павлович**, доктор исторических наук, профессор УрГЮА; **Невинский Валерий Валентинович**, доктор юридических наук, профессор, проректор Алтайского государственного университета, заслуженный юрист РФ; **Осинцев Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Родионова Ольга Николаевна**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Русинов Рудольф Константинович**, кандидат юридических наук, профессор УрГЮА; **Савицкий Петр Иванович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой иностранного государственного и международного права УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Старилов Юрий Николаевич**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного и муниципального права Воронежского государственного университета; **Тарханов Ильдар Абдулхакович**, доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Казанского государственного университета, заслуженный юрист РФ; **Трунк Александр**, доктор юридических наук, профессор, директор Института права стран Восточной Европы Кильского университета (ФРГ); **Федорова Марина Юрьевна**, доктор юридических наук, профессор, советник Конституционного Суда РФ

Редакционная коллегия определяет текущую редакционную политику журнала, рассматривает и утверждает содержание очередных номеров, контролирует деятельность журнала

Адрес редакции: 620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207
Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:
620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮА,
редакция «Российского юридического журнала».
Тел./факс (343) 375-54-20, electronic.ruzh.org.
E-mail: ruzh@usla.ru, ruzh93@hotmail.com.
Свидетельство о регистрации Эл № ФС 77-41478 от 28 июля 2010 г.
Распространяется бесплатно

Точки зрения авторов статей, иных материалов не обязательно совпадают с точкой зрения редакции.

Перепечатка статей и иных материалов, опубликованных в «Электронном приложении к „Российскому юридическому журналу“», допускается только с разрешения редакции

© Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2011. № 4

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Варга К. (Будапешт, Венгрия)

Право, юридический процесс и судебское сознание 5

ГОСУДАРСТВОВЕДЕНИЕ И ПОЛИТОЛОГИЯ

Уено М. (Токио, Япония) Гарантии основных прав в Японии 14

Каримов Д. А. (Екатеринбург) Причины ослабления
монархических настроений и перспективные способы
монархического управления в странах с номинальной унией
(на примере Британского Содружества) 20

Кушхов И. Р. (Нальчик) Процессы развития унитаризма
при современной монархической форме правления 28

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Бирюков П. Н. (Воронеж) Прокуратура Австрийской Республики 37

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Ширяев А. Ю. (Кушва)

Социально-этическое и предметное содержание вины
в уголовном праве 45

Бажин Д. А. (Екатеринбург) Преступления в сфере банкротства
как формальные составы: некоторые проблемы применения 53

КАЗУС

♦ Пробелы и проблемы в законодательном регулировании,
или Превратности юридической техники 58

СТУДЕНЧЕСКИЙ ВЕСТНИК

Ипатова Р. Н. (Екатеринбург) Роль концепции «мягкого права»
в регулировании международных отношений
и создании «параорганизаций» 60

Белова А. П. (Екатеринбург) Правовой обычай
и его закрепление в российском законодательстве 64

CONTENTS

THEORY OF LAW AND STATE

Varga Cs. (Budapest, Hungary)

Law, legal process and the judicial mind 5

PUBLIC ISSUES AND POLITICAL SCIENCE

Ueno M. (Tokyo, Japan) Garantie des droits fondamentaux au Japon 14

Karimov D. A. (Yekaterinburg) Causes of monarchical intentions reducing
and prospective ways of the monarchical government
in the countries with the nominal unia
(on example of the British Commonwealth) 20

Kushchov I. R. (Nal'chik) Processes of development
of unitarianism in modern monarchical form of government 28

COMPARATIVE JURISPRUDENCE

Biryukov P. N. (Voroneg) Prosecution Service of Austrian Republic 37

CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

Shiryaev A. Yu. (Kushva) Social-ethic and objective content of guilt
in criminal law 45

Bazhin D. A. (Yekaterinburg) Crimes in bankruptcy sphere
as formal corpus delicti: certain problems of application 53

SPECIAL CASES

♦ Gaps and problems in legislation, or Juridical technique's falsity 58

STUDENTS' BULLETIN

Ipatova R. N. (Yekaterinburg) The concept of «the soft law»:
its role in regulation of the international relations
and creation of «paraorganizations» 60

Belova A. P. (Yekaterinburg) Legal custom and its fixation
in the Russian legislation 64

Cs. Varga *

LAW, LEGAL PROCESS AND THE JUDICIAL MIND

'Judicial mind' in operation, considered differently in Civil Law and in Common Law, is taken as a 'black-box' with the 'magic' role played by legal technicalities, in which manipulation with facts and rules transubstantiates problem solving into justification.

Key words: normativism, legal logic, law as rule and as culture, ontology of law, legal technique

1. Construction and Reconstruction of Legal Reality

For purposes of an ontological reconstruction, the significance of *juristische Weltanschauung* as one of the original components of law's very existence (in addition to objectified embodiments) is definitely shown by the fact that institutionalised social existence, whatever it be, cannot but withstand those kinds of simplification inspired by the Newtonian outlook of the universe (reducing reality to occasional intertwinement of causal series originated by things and powers directed at them), in terms of which we may and must differentiate the 'construction' itself (as given from the outset) from its 'being made to function' as a complementation exteriorly and subsequently added to the former by an individual purposeful or random act; albeit, when we are considering social dynamics with social institutions at work, we are tempted to simplify the analysis by taking the two above components as some bifactoral mechanism that has been organised into a single functional system. As opposed to the physical world, however, in the specifically social world the kinds of phenomena (features and aspects) suitable to be reconstrued from their actual movement as their genuine subsistence can exclusively be thought of as prevailing through having the specific quality of 'social existence'¹.

Consequently, the ontological status of the way in which the jurist approaches law in a manner sanctioned by the approved canons of the profession – describing the kinds of intellectual operations he or she usually performs by referencing the law and the actual ways in which real life situations are judged by justices in law (as if all of it were a simple deduction from the law valid at the time) – is hardly more or less than what is called *professional deontology*. And this is not simply a case of false ideology (as usually treated by Marxism) but a specific procedure of (virtual? real? in any case, actual) reality construction, controlled by the required mental referencing as a mediator wedged in-between², as if the same background idea asserted in the professional conceptualisation of norms would also be repeated here as applied to the overall functioning of the normative world. For, in the same way as the norm is neither descriptive – therefore necessarily true/false – nor it is a 'reflection' (the fact notwithstanding that its lingual expression suggests it was exactly some description of ontological relations)³, this reality construction is not effectuated – 'caused', or made to have no alternatives at all in practical decision making – by the norm (the fact notwithstanding that the normative understanding of norms pictures and officially justifies it as such)⁴.

2. Insufficiency of Posited Law

The duality of 'law in books' and 'law in action' (which Roscoe Pound formulated originally as a pioneering category of legal sociology after he had realised that positivation itself cannot

* Varga Csaba – доктор, профессор факультета права Католического университета, директор Института философии права (Будапешт, Венгрия). E-mail: varga@jak.ppke.hu.

automatically be equated to textual effects referenced in implementation) was turned into a genuine paradox when it was also revealed that differing normative orders, heterogeneous to one another to such an extent as to be almost incommensurable when their textures are compared, can, nevertheless, exert quite a commensurable impact as measured by the social effect they may create in societies at by and large comparable levels of civilisation⁵.

Accordingly, one may raise the issue whether or not there may be a hidden (and hitherto unrecognised) ‘magic’ (perhaps exerting influence on/through other – cultural? – paths) similarity (or some mechanism of effects resulting in comparable ends) among such linguistically differently expressed and culturally differently contextualised rules aiming at behavioural regulation and control, or whether the norm(s) posited by them can only qualify as a decisive factor in decision-making by their mere appearance and underlying normative ideology, while in fact other (further) circumstances do play the role of determination in (parts or the over-weighty part of) the actual process⁶.

3. Ontological Reconstruction of Judicial Process

The answer is to be searched for in the actual functioning of the ‘judicial mind’ taken as a ‘black-box’ (symbol of a self-regulating cybernetic entity), in the case of which, its internal laws remaining unknown, we can only try to reconstruct the regularities at work in it through analysis of its actual data processing, by comparing its in-puts to its respective out-puts⁷.

First of all, the judicial mind aims at resolving (by settling) the conflicts of prevailing interests (involving the axiological conflicts behind them) brought before court fora, by asserting whichever alternative of resolution (settlement) it considers the most defensible from amongst (while balancing amongst) all the feasible (or presented) variations – by fulfilling, inasmuch as is available at an optimum level, the ‘system of fulfilment’ [*Verfüllungssystem*] canonised in the given legal regime – all this being operated by the law’s particular technicality that, in each and every case in principle, makes it possible with equal logical chance (that is, in a way no longer limitable or controllable by logic) to select those procedures from the stock of available (incidentally, including even logically mutually contradictory) techniques⁸, with the help of which one may argue for the given norm covering or not covering (and, therefore, for the norm to be applied or not applied to) the case at hand, and respectively, by the help of which – in the name of our common respect for the law – either strict or equitable judicial adjudication can be employed almost at pleasure, when the strictness of the wording of the law is also loosened in cases when a programme ‘to make the law living and liveable’ has been appealed for.

Accordingly, behind the stage appearance and ideology of mere norm application there is always a human being standing at work, with an individual valuation and, further, full human(e)ly personal *facultases* mobilised when the determination is taken to (and how to) decide. For the hermeneutic definition of the very understanding of norms as a kind of cultural predisposition [*Vorverständnis*] will from the beginning have a selective effect on the judicial ascertainment of both those facts that shall constitute the given case (*Tatbestand*, taken as the legally exclusively relevant set of facts to be judged) and the norm to be applied to them (including its actual meaning reflected in, by being validated in, the given case). On the one hand and always subsequently, the logic of justification cannot but infer the decision from the given normative set by positing that there is an available cluster of norms from which the case-specific and case-conforming selection has been made and, in its turn, the selected norm will have already defined what fact(s) can be taken as relevant for the actual norm application. On the other hand, however, from the point of view of the logic of problem-solving (that is, the genuine logic at work in the actual process), any consideration of either facts or norms can be mar-

shalled at all in simultaneous mutuality of both sides as complementarily reflected upon and through (as tested by) one another.

This is why in an ontological reconstruction of the judicial process, the judicial operation with both legal provisions and so-called facts can only be termed *manipulation*. On its behalf and as the temporary end product of judicial reality construction, this manipulation will produce so-called case-law, on the one hand, and law-case, on the other. The former represents law as actualised to a concrete life situation, while the latter stands for the legal reconstruction of real life facts that will then be adjudicated in law. It is to be seen that the exclusive reason and genuine roots of both sides lies in their having been mutually reflected – the fact notwithstanding that the official court opinion is to build on the hypothesis (taken as an ideological claim) of their being independently posited and then related to one another.

4. Law as Rule, Law as Culture

In sum, the law-stuff cannot simply be reduced to rule components alone⁹. What is more, similarities and dissimilarities amongst legal arrangements cannot even be reduced to rule contexts termed as *mentalités juridiques* either (using a notion applied until now exclusively to the self-conflicting contemporary European legal set-up, composed of Civil Law and Common Law regimes¹⁰)¹¹. The realisation of differing legal mentalities lurking behind in the background is part of a larger problem indeed that can only be revealed, I believe, by future inquiries into what I propose to call the ‘Comparative Judicial Mind’ within the larger domain of future analyses in the field of what I mean by ‘Comparative Legal Cultures’¹².

Unfolding what is inherently working within the judicial ‘black-box’ promises an answer to the query raised in the former paragraph, namely, whether or not the law as the total sum of enactments is one of the (probably determinative) relatively autonomous components of the complex legal network aimed at the regulation and effective control of behaviours or, simply, one of the (probably determinative) signals of cultural expectations formulated in many ways in the complex social patterning network taken in the largest sense, a total sum that can neither stand for nor substitute for the total complex of social patterning (which is to enclose within one framework both cultural determination and the entire process of becoming determined in interaction).

In sum, comparative analysis of the judicial ‘black-box’ is faced with a double task: on the one hand—as motivated by pure theoretical interest – it has recourse to historical ‘legal mapping’, that is, to drawing the available taxonomy of all the variety of past and present legal experiences of *theatrum legale mundi* representing the whole arena of our historical and cultural diversity¹³, and on the other hand – for the sake of assuring mutual cognition on behalf of all concerned and out of purely practical interest – it promotes *interaction* amongst differing civilisational superstructures, with approaches, conceptual sets and institutions, human sensitivities and professional skills included, in order to widen their horizons in a continued learning process.

5. Law Self-resolving in Post Modernism

Up to the point reached here, our developments have been grounded on the widely held assumption of classical legal positivism as the appropriate approach to law traditionalised in western civilisation¹⁴. However, our inquiry must diversify into further paths of research and extended cores of problematisation, also taking into account the materialisation of the law’s own (so called) *post modern conditions*, under which the new *juristische Weltanschauung* itself will declare (or simply tolerate the hard empirical facts of) the *re / dis-solution of legal positivism* (taken in narrow terms as rule-positivism) in

a legal regime that asserts itself as thoroughly (α) constitutionalised while also (β) multiculturally (γ) poly-centred under conditions in which (δ) even its eventual codification cannot aim at more than just foreseeing patterns to be considered ($\delta/1$) at the level of principles, ($\delta/2$) as a suggestion of the temporarily best solutions (that may be changed the next time), that ($\delta/3$) openly calls for continuous judicial unfolding and further development (refinement and adaptation); or, summarily expressed, (ϵ) the final re/dis-solution of classical legal positivism into what adepts now call 'legal socio-positivism' [*socio-positivisme juridique*]¹⁵. Well, the research in question also has to involve foresight into in what way and how such a new setting (with further ongoing moves also to be considered) will have a diverting accumulated impact on the tasks judicial law-actualisation will face in actual court processes.

A further complementary issue and topic of problematisation is set by the emerging international arena as well. This is dedicated partly to those forms that the above re/dissolution may have in the field of international law proper¹⁶ and partly to forms that the structural arrangement and internal organisation of international humanitarian law will probably establish when it is about to reach its relative completion. For, as is well known, its novel developing structure is based increasingly on the call for a mode of thinking that asserts definite (well-circumscribed) value-preferences in military/civil strategic/tactic planning and execution, rather than on traditional schemes of merely issuing rules of behaviour, a regulatory model historically practiced until now in law. Well, the query focuses here on what repercussions this new method of patterning may and probably will have as regards the development of domestic laws and the diversification of the latter's instruments.

6. 'Law' as Metaphor

It can be taken for granted that so long as it is not made clear adequately and to a sufficient depth what law in social existence truly is (that is, what indeed makes it suitable to exert normative effects in the social realms of both the Ought/*Sollen* and the Is/*Sein*)¹⁷, certainly we shall not be in a position to control its conscious planning and shaping, that is, its overall destiny. Until then, we cannot help entertaining ourselves in *re* of law if not in a merely symbolical sense and with a merely metaphorical force, i. e., in the exclusive manner of signalling something as referring to it at the most¹⁸. When in everyday professional routine we act as jurists, usually we identify what we mean by the law through its eventually objectified phenomenal forms, that is, through the latter's procedurally due formal enactment, its textual wording, as carrier of what we qualify as legal validity¹⁹; although, when we act as jurists, we are aware of the underlying fact that this is but a simplistically abbreviated expression, and no criteria set by actually canonised states of an ideology (upheld temporarily by the legal profession) are entitled to substitute for scientific description and definition. This is why the subject and main objective of our present interest in the topic is to circumscribe, as exactly as possible, those necessarily fragmentarily objectified items (composing parts) of the law (necessarily withstanding, of course, definitions pointing beyond the limitingly relativising terms of 'in this or that sense' and 'more or less', because the stuff of law, lingually expressed, is the same for law enacted, law enforced, law doctrinally treated in so-called *Rechtsdogmatik*, and law as the scientific object of study), together with the entire social, institutional, and intellectually represented environments of law that, in the final analysis and at any given time, will in their totality create and make up as well as form and shape the law.

7. European Law and the International Rule of Law

For want of a deepened answer to the above, it is by no means unambiguous what we exactly desire when, for instance, we announce our effort to achieve the *h a r m o n i s a -*

tion of laws within the European Union (unifying them by common codification, among other methods)²⁰, or when, responding to the challenges made explicit by the globalisation process ongoing in our day, we declare our longing for a substantiated respect for ‘the rule of law’ and ‘legality’, both through the further shaping of international law and especially within the decision making processes of international organisations (such as the United Nations)²¹. For nowadays more than dreams are at stake on this global terrain. A firm determination is almost reached that, upon the model offered domestically by constitutional courts, some legal/juristic filtering agent should and shall indeed be built in at/around the peaks of large international organisations (amongst which mostly the United Nations Organisation Security Council is specified by the literature), with a clear intent to control and possibly also efficaciously sanction conformity of the course they are actually taking with the ideal of what is now called ‘the international rule of law’, even if it is by no means thoroughly and reassuringly clarified what exactly is meant by this phrase and how it can be measured within a multi-partnership complex network operated by so various sides and under ever-changing conditions.

8. Law as Subsistence, Law as Conventionalisation

All these developments are preconditions to clarifying the (simultaneously conditioning and conditional) basic issue of in what law does indeed subsist.

The overall query for identifying what, in the final analysis, law consists of and what it is building constantly from can only be detected from its actual operation, that is, from the moves by which it is operated and made to function, that is, from its practical workings (including the ways by which it recurrently reconventionalises its standard or innovative routines), or, in sum, from analysis of the intellectual/mental operations actually effected on/by (while appeals and/or references are being made to) the law. In order to reach an adequate knowledge, we have to reconstruct exactly what it is that, in the final account, is referred to as the law, and indeed, what is the relationship that can be reconstrued through such analyses between its aspects (property, features, etc.) that are referred to as ‘the law’ and the practical conclusion inferred (stated, motivated, and justified mostly by justices) as ‘the conclusion of the law’.

9. Law Embodied by Texts, Law Conceptualised and Logified

A triple set of questions can be formulated here as queries to be addressed with regard to all the legal traditions and arrangements that can be included at all in such an inquiry. First we should consider whether or not their law is exhaustively embodied by their given textual *corpuses*, or are texts, destined only to offer from what to learn the law, mere signals as exemplifications from the law, references to realise how rich the potential hidden in the entire stuff of the law is, or not more ambitious than serving as memo-props or didactic help on desirable or mostly followed practices in the name of the law. Second, the analysis should address whether or not in the medium carrying or lingually manifesting it, the law is also conceptualised, that is, the words used are at the same time defined as systemic and taxonomic locuses of a notional network built at varying (adequate) levels of generality with the claim of exhaustive completeness, or, rather, all these are, for want of anything better, linguistically exhibited for the exclusive sake of making communication possible at all on law, with the type of mere naming that only characterises, instead of creating any classification performed within some relatively closed and internally arranged taxonomy. Finally, we should consider whether or not in the intellectual operational series targeting, in the case at hand, achievement of the mutual reflection of the law and the facts constituting the case of it, the claim is formulated and enforced, with the legal decision being derived

from the law, as a logical conclusion of it (parallel to the requirement of its categorically formal and exhaustive after-the-fact justification excluding any alternative to the decision reached), or logic can only and will in fact remain in the background throughout, playing, if at all, some merely controlling function²².

10. Novation, Resolution, Exception-making and the Moment of Decision

This inquiry can be assured by investigating applied legal techniques in quadruple directions that may have developed in each and every legal system to a locally sufficient degree, that is, techniques that, on the one hand, (a) guarantee the need of any given law and order to remain stable and preserved in its identity all along through the continued flow of challenges it is faced with in order to answer it in the meantime, (b–c) produce instrumentalities available as suitable for that change, adaptation, or mere refinement needed at any time to be effectuated, and which, on the other hand, (d) close down the mutual reflection of rules and facts by/upon one another in a way excluding any doubt – mostly through the mere fact (or authority) of the decision taken or the self-comforting cover of its alleged logical certainty.

In accordance with the above, (a) the first of the directions relating to applied legal technicalities moves (by oscillating) between the (frequently simultaneous) opposites of *conservatio/novatio*, with recourse to which partial renewal may, of course, be achieved by interpretation but in most cases only fragmentarily at a given time, as emphatically counterbalanced by the simultaneous conservation of all the other terrains and domains of regulation for a while; (b) the second of the directions (sometimes in parallel to the former) moves (by oscillating) between what is considered *ius strictum/ius aequum* in the given moment of the ever-developing overall regulatory arrangement, which movement (somewhat modelling the former) may venture either to loosen the original (or derivative) strictness of the regulation in question (mostly in its practical legal consequences) or, vice versa, to fix the original (or derivative) equity available in the actual regulation, in each case preserving the prevailing state of strictness/equity of all the other fields; and (c) a two-way option almost depending on free choice as an evergreen instrumental *trouville* of legal technicality is realised by the continuing tension between moves targeting *generalisatio/exceptio*, in case of which conservation/novation and/or strictness/loosening are/is either generalised or made to become an exception (whilst we have to be aware of the fact that, logically from the outset, any change as compared to the original state makes it an exception). Finally, (d) for that the law's abstract normative expectations can be related – projected, then ascribed – to actual facts by performing a formal synthesis unifying the heterogeneities of Ought/*Sollen* and Is/*Sein* in the court's *dictum* that normatively judge sheer facts;²³ an artificially formalised gesture is also required (reminding us of the otherwise a-natural effects of, say, *mancipatio* in Roman law, activated – as an institutional act with normative effects – by an easily memorisable formal human gesture as the *sine qua non* complementation that eventually performs it in law), by means of which, either logified subsumption [*subsumptio*] or discretionally decided subordination [*subordinatio*] will finally be declared by mobilising all the available and freely disposable legal techniques for its demonstration [*justificatio/motivatio*]. This will allow us to officially ascertain the ability to equalise (as well as the ability to reflect and ascribe, or the correspondence or similarity) between the two sides, depending on the logical transcription of their connection established.

(It is to be noted that the classical stock of legal technicalities has to be expanded so as to include techniques of argumentation by basic principles and of the constitutionalisation of issues, as well as recourse to filling gaps in the law or case-specific determination of the meaning of so-called flexible or uncertain terms in provisions.)

11. The Task's Horizons

The research hypothesis itself addresses important challenges at the frontiers of the field due to the fact that it is grounded on assumptions going substantially beyond the current mainstream state of the art. Its underlying approach to law through the reinterpreted duality of 'law in books' and 'law in action', between which the judicial 'black-box' (calling for unfolding in the present project) can only erect a bridge opening up quite new horizons, once it is also recognised that the very fact of (alongside the manner in which) exerting social influence constitutes – serving as the basis for – the ontological existence of law.

Thereby, features of law in practice, perceived mostly as either contingently added moments or mere accidents of false consciousness (and, therefore, treated, if at all, epistemologically), are elevated into the unified domain of the law's very ontology. In parallel with distinguishing the logic of problem solving from that of formal justification, the very notion of legal technique and its usual assessment as a mere accompaniment in instrumental complementation is changed to an unconventionally novel one, with a creative or arbitrary potential able to marshal the process up to its outcome. By launching research on 'the comparative judicial mind', the concept of 'legal mentalities' itself (quite *à la mode* now and quite useful in prophesising regarding the con-/dis-verging prospects of Civil Law and Common Law in the European Union) is transubstantiated into a transdisciplinary notion that can only be described by a long series of multidisciplinary investigations.

Such features of law as its exhaustive embodiment in textures, conceptualisation perfected, or thorough logification, have never been systematically surveyed through historico-comparative inquiries. Moreover, neither they indeed nor their varieties in various legal-cultural settings have been notionalised as yet. What I call post modern challenges of and by the law is well cultivated in the literature but without having been generalised as parts (or the over-weighty superior part) in any overall *Juristische Methodenlehre* (or juristic methodology). And almost the same holds true for international law, for neither humanitarian methodology nor post positivism's challenge to international regulation has ever been subjected to legal philosophical reflection, generalisation and application up to now.

European endeavours at unifying/codifying/harmonising member states' laws are mostly politically expressed and sectorally advanced in *travaux fore-préparatoires* rather than envisaged in all their possible actual implementations, including their feasible legal-philosophical dimensions. As a matter of due course, 'rule of law' and 'international rule of law' have only been used mostly as catch phrases without theoretical-methodological scrutiny being done in depth, which the present paper proposes to achieve. Accordingly, the conceptualisation itself it is bound to conclude with has to be unconventionally novel.

Or, the impact will be (1) a more differentiatedly complex notion of law in which both the classical positivist and the post positivist positions are transcended by a concept based upon something operated rather than being merely positivized; (2) a *theatrum legale mundi* with a thorough historico-comparative overview of the kinds of judicial minds actively working in all its representative varieties, past and present; and (3) a legal-philosophical substantiation of (a) what can be meant at all (α) by the 'rule of law' and 'international rule of law' and also (β) by unification, codification and harmonisation of laws, especially in a European Union context; as well as (b) what impact so-called post modern conditions of law expressed by the constitutionalisation of issues and argumentation by principles may have on the future of judicial adjudication in view of the self-strengthening re-/dis-solution of classical rule-positivism; (c/ α) what impact the specific methodology of international humanitarian law may have on other fields of law, includ-

ing the issue of (c/B) what impact post modern novelties and humanitarian specificities may have on the understanding and individual identifiability of what is meant exactly by the 'rule of law' and 'international rule of law'.

¹ Varga Cs. Lectures on the Paradigms of Legal Thinking. Budapest, 1999.

² Varga Cs. The Place of Law in Lukacs' World Concept. Budapest, 1985. 'Mediation' (Vermittlung) is a key term of G. Lukács' posthumous *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins*. For a background see: Marxian Legal Theory / ed. Cs. Varga. Aldershot; N. Y., 1993.

³ Varga Cs. A magatartási szabály és az objektív igazság kérdése (Rule of Behavior and the Issue of objective truth) // Varga Cs. Útkeresés: Kísérletek – kéziratban (Searching for a path: Unpublished essays). Budapest, 2001. P. 4–18.

⁴ Cf. in summation of a decade's research: Varga Cs. Theory of Judicial Process: The Establishment of Facts. Budapest, 1995. Later on a similar conclusion was reached from the phenomenologisation of the trend called Critical Legal Studies by Conklin W. A. The Phenomenology of Modern Legal Discourse: The Judicial Production and the Disclosure of Suffering (Aldershot, 1998), preceded as a case study by: Conklin W. A. Human Rights, Language and Law: A Survey of Semiotics and Phenomenology // Ottawa Law Review. 1995–1996. 27. 1. P. 129–173.

⁵ Zweigert K. Solutions identiques par des voies différentes (Quelque observations en matières de droit comparé) // Revue internationale de Droit comparé. 1966. XVII. 1. P. 5–18.

⁶ Varga Cs. Theory and Practice in Law: On the Magical Role of Legal Technique // Acta Juridica Hungarica. 2006. 47. 4. P. 351–372.

⁷ URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Black_box_\(systems\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Black_box_(systems)); Lucas Ch. Cybernetics and Stochastic Systems // URL: <http://www.calresco.org/lucas/system.htm>: 'Cybernetics is the science [...] of the black box, in which the how is irrelevant and only the what matters'. Cybernetics Ceremony in Black Velvet // URL: <http://sherbanepure.com/sites/2008few/calledpgs/sigg06slideprnttn.pdf>: 'A black box produces an output, when exposed to an input'. Glanville R. The Black Box, Design and Second Order Cybernetics // URL: http://209.85.129.132/search?q=cache:CwaqAvc33UUJ:ead.verhaag.net/speaker_info.php%3Fid%3D507+black+box+system+cybernetics&hl=hu&ct=clnk&cd=87&gl=hu: 'Cybernetics has often used the black box as a device that allows explanations to be built of things that cannot be directly observed'. Going into more details: A Time Travel to the Early Theory of Evolution Strategies // URL: <http://ls11-www.cs.uni-dortmund.de/people/rudolph/publications/papres/HPS-Rudolph.pdf>. There is opinion that 'Since the interrelationships between the variable input parameters and the dependent output behavior are unknown, we encounter a black box situation in the cybernetic sense: In case of a closed system with high complexity the only thing you can do is the measuring of the input/output relations'. Cruse H. Neutral Networks as Cybernetic System // URL: <http://209.85.129.132/search?q=cache:K-zEvbCSwycJ:www.brains-minds-media.org/289+black+box+system+cybernetics&hl=hu&ct=clnk&cd=75&gl=hu>: 'If one was able to look inside the black box, the system might consist of a number of subsystems which are connected in different ways. One aim of this approach is to enable conclusions to be reached concerning the internal structure of the system' (§ 1), for (as continued in § 1.3), 'Taking this input-output relation as a starting point, attempts are made to draw conclusions as to how the system is constructed, i. e., what elements it consists of and how these are connected'. Kampis G. Explicit Epistemology // URL: <http://hps.elte.hu/~gk/Publications/JapanEE.html>. P. 1: 'A "black box" is any system that we examine exclusively by what it reveals about itself in terms of relations to some external states of affairs, called the inputs and the outputs. The usual point in the black box story is that under very mild conditions the "blackness" of the box (that is, that we don't know what's inside) can be undone, and the internal structure of the box can be discovered, thereby yielding, well, a "white box" which is transparent for us'. For its methodological use in jurisprudence cf.: Varga Cs. Les bases sociales du raisonnement juridique // Logique et Analyse. 1971. 53–54. P. 171–176; Varga Cs. On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning // Ibid. 1973. 61–62. P. 21–78. См. также: Simon D. A. Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Judicial Decision Making // University of Chicago Law Review. 2004. 71. 2. P. 511–584. The demand for a systematic inquiry into the judicial mind, e. g.: Fikenscher W. Modes of Thought: A study in the Anthropology of Law and Religion. Tubingen, 2004; Varga Cs. Structures in Legal Systems: Artificiality, Relativity, and Independency of Structuring Elements in a Practical (Hermeneutical) Context // Acta Juridica Hungarica 2002. 43. 3–4. P. 219–232; Varga Cs. Legal Logic and the Internal Contradiction of Law // Informationstechnik in der juristischen Realität: Aktuelle Fragen zur Rechtsinformatik / hrsg. E. Schweighofer, D. Liebwald, G. Kreuzbauer, Th. Menzel. Wein, 2004. P. 49–56; Varga Cs. Change of Paradigms in Legal Reconstruction (Carl Schmitt and the Temptation to Finally Reach a Synthesis) // Scandinavian Studies in Law. 48. P. 517–529; Varga Cs. Legal Traditions? In Search for Families and Cultures of Law // Legal Theory: Legal Positivism and Conceptual Analysis, I / ed. by J. J. Moreso. Stuttgart, 2007. P. 181–193; Varga Cs. Doctrine and Techniques in Law // Iustum Aequum Salutare. 2008. IV. 1. P. 23–37.

⁸ For the foundational outlines cf.: Varga Cs., Szajer J. Doctrine and Legal Techniques // Rechtskultur – Denkkultur / hrsg. E. Mock, Cs. Varga. Stuttgart, 1989. P. 136–147.

⁹ *Varga Cs.* Is Law a System of Enactments? // *Theory of Legal Science* / ed. by A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund. Dordrecht, 1984. P. 175–182.

¹⁰ For the expression and its unfolding as a key term cf.: *Legrand P.* Le droit compare. P., 1999; *Legrand P.* Fragments on Law-as-Culture. Deventer, 1999.

¹¹ For their internal variety and richness with a partly heterogeneous historico-cultural potential cf.: *European Legal Cultures* / ed. by V. Gessner, D. Hoeland, V. Varga. Aldershot, 1996.

¹² *Varga Cs.* Comparative Legal Cultures? Renewal by Transforming into Genuine Discipline // *Acta Juridica Hungarica*. 2007. 48. 2. P. 95–113.

¹³ *Varga Cs.* Introduction // *Comparative Legal Cultures* / ed. by Cs. Varga. Aldershot; N. Y., 1992. P. xv–xxiv. Подробнее см: *Varga Cs.* *Theatrum legale mundi: On legal System Classified* // *Европейське право та порівняльне правознавство: зб. ст. / за ред. С. Шемшученко, І. С. Гриценка, О. В. Кресіна. Київ, 2010. С. 24–50.*

¹⁴ As mirrored by the development of the idea of law-codification and the adventure of its variegated uses and attempts at implementation cf.: *Varga Cs.* Codification as a Socio-historical Phenomenon. Budapest, 1991.

¹⁵ *Varga Cs.* What is to Come after Legal Positivisms are Over? Debates Revolving around the Topic of ‘The Judicial Establishment of Facts’ // *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz* / hrsg. M. Atenza, E. Pattaro, M. Schulte, B. Topornin, D. Wyduckel. Berlin, 2003. P. 657–676; Meeting Points between the Traditions of English-American Common Law and Continental-French Civil Law (Developments and Experience of Postmodernity in Canada) // *Acta Juridica Hungarica*. 2003. 44. 1–2. P. 21–44.

¹⁶ *Koskenniemi M.* The Politics of International Law // *European Journal of International Law* 1990. I. 1–2. P. 4–32: ‘Social theorists have documented a recent modern turn in national societies away from the Rechtsstaat into a society in which social conflict is increasingly met with flexible, contextually determined standards and compromises. The turn away from general principles and formal rules into contextually determined equity may reflect a similar turn in the development of international legal thought and practice. There is every reason to take this turn seriously – though this may mean that lawyers have to re-think their professional self-image. For issues of contextual justice cannot be solved by the application of ready-made rules or principles. Their solution requires venturing into fields such as politics, social and economic casuistry which were formally delimited beyond the point at which legal argument was supposed to stop in order to remain “legal”. To be sure, we shall remain uncertain. Resolutions based on political acceptability cannot be made with the kind of certainty post-Enlightenment lawyers once hoped to attain. And yet, it is only by their remaining so which will prevent their use as apologies for tyranny’.

¹⁷ In the context of *Lukacs G.* Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins, Phenomena (M/153 manuscript in Lukacs Archives (Budapest). P. 253 it is of a criterial importance that ‘social being’ as such can only emerge once the phenomenon in question starts actually exerting specific effects on and in society [e. g., ‘Das Sein besteht aus unendlichen Wechselbeziehungen prozessierender Komplexe’].

¹⁸ In addition to the ways in which the law shall be treated and applied (as something ready-made), as a prior issue, the ways in which the law can be produced (e.g., which procedure can result in a law being made, which is fed from what and attains what degree of completion) are becoming conventionalised through the ideology of the legal profession. For we could take it as previously given from our inquiries into the methodology of the formation of legal notions (*Varga Cs.* *Quelque questions metodologique de la formation des concepts en sciences juridiques* // *Archives de Philosophie de Droit*. 1973. XVIII. P. 205–241) and into the law’s anthropological foundations (*Varga Cs.* *Antropological Jurisprudence? Leopold Pospisil and the Comparative Law*. Waseda University. Tokyo, 1998. P. 265–285) that independent of the self-definition and self-provision of the law, there is a constant battle for both its everyday uses and tendential definition ongoing among at least three of its feasible components in mutual rivalry: positing as law / enforcing as law / and popular practicing as law. Accordingly, instead of ‘law’ in general, we can only speak about law with further specification implied, that is, as circumscribing it in and against a multi-factoral continuous movement. Or, in the final analysis, the once simple query for “‘what’ the law is’ is changed now by the sole issue, dialectically hermeneutic and process-like: in which sense the law is properly and actually meant; whether anything meant is meant so either more or less; and if it is meant so at all, then in which phase of either developing to become, or ceasing to have been, a law.

¹⁹ *Varga Cs.* Validity // *Acta Juridica Hungarica*. 2000. 41. 3–4. P. 155–166.

²⁰ *Varga Cs.* Codification at the Treshold of the Third Millenium // *Acta Juridica Hungarica*. 2006. 47. 2. P. 89–117.

²¹ Cf. e. g.: *Bryde B.-O.* Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrchts // *Der Staat*. 2003. 42. 1. P. 61–75; *Legalization and World Politics* / ed. by J. Goldstein, et al. Cambridge, 2001; *Pildes R. H.* Conflicts between American and European Views of Law: The Dark Side of Legalism // *Virginia Journal of International Law*. 2002. 44. 1. P. 145–167.

²² For some basic hints cf.: *Varga Cs.* Law and the Doctrinal Study (On Legal Dogmatics) // *Acta Juridica Hungarica*. 2008. 49. 4. P. 253–274; *Varga Cs.* Differing Mentalities of Civil Law and Common Law? The Issue of Logic in Law // *Ibid.* 2007. 48. 4. P. 401–410.

²³ This is what a Hungarian classic of legal sociology once termed as synopsis for his processual theorising: *Horvath B.* The Base of Law / ed. by Cs. Varga. Budapest, 2006; *Jakab A.* Neukantianismus in der ungarischen Rechtstheorie in der ersten Hälfte des XX. Jahrhunderts // *Archiv für Rechts- und Sociaphilosophie*. 2008. 94. 2. P. 264–272.

M. Ueno*

GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX AU JAPON

Brief analysis of practice of normative control executed by Japanese courts is presented. The author evaluates normative and realization aspects of juridical negativism in Japan.

Key words: Constitution, control, guarantees, court proceedings, Supreme Court

Avant-propos

La Constitution japonaise se fonde sur le principe de la séparation des pouvoirs qui est à la base du constitutionnalisme. Dans tout manuel de droit au Japon, il est stipulé que le pouvoir se compose du législatif, de l'exécutif et du judiciaire, chacune de ces branches du pouvoir étant indépendant et agissant mutuellement comme des contrepoids. Mais le Japon ayant un système parlementaire dans lequel existent des rapports d'étroite collaboration entre le législatif et l'exécutif, le rapport de force entre ces branches du pouvoir n'est pas égal.

S'agissant du pouvoir judiciaire, les tribunaux (y compris les Cours) qui sont les détenteurs de ce pouvoir opèrent dans un système de contrôle de la constitutionnalité vis-à-vis du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. La raison sous-tendant ce système de contrôle est le souci de prévenir les abus de pouvoir, d'assurer le respect de la Constitution et finalement de garantir le respect des droits fondamentaux des citoyens. Cependant, dans la réalité, il est difficile de prétendre que les tribunaux japonais exercent ce pouvoir de contrôle de manière proactive, et la situation peut être qualifiée de négativisme judiciaire. Ayant cette notion à l'esprit, je me propose de vous présenter la réalité et un état des lieux du système japonais de contrôle de la constitutionnalité.

1. État des lieux du système japonais de contrôle de la constitutionnalité

Le chapitre 6 de notre Constitution traite de la question du pouvoir judiciaire. Il y est clairement stipulé à l'alinéa 1 de l'article 76 que le pouvoir judiciaire est dévolu à une Cour Suprême et aux juridictions inférieures. La définition de la Justice peut s'énoncer de la manière suivante: "Action par laquelle on rend un jugement au sujet d'une contestation. En d'autres termes, l'action par laquelle s'exerce le pouvoir de l'État par l'application de la loi à une contestation donnée et d'en tirer les conséquences, de rendre un jugement et résoudre ladite contestation". La justice a un caractère passif dans la mesure où elle agit seulement lorsqu'une contestation est instituée, et c'est dans le prolongement de ce caractère passif que se situe le système de contrôle de la constitutionnalité.

Quant au domaine relevant du pouvoir judiciaire au Japon, il couvre non seulement les procès civils et pénaux mais aussi les procès relatifs aux affaires administratives. Nul organisme du pouvoir exécutif ne pourra rendre les jugements à titre de dernière instance (alinéa 2 de l'article 76), mais cette disposition peut sous-entendre que l'organisme administratif peut donner la décision comme en instance préliminaire.

La Constitution japonaise dispose que le pouvoir judiciaire est indépendant, ce qui signifie que les Tribunaux ou les Cours dont le rôle est la mise en oeuvre du pouvoir judiciaire, ont la faculté d'agir indépendamment du pouvoir de l'État et plus particulièrement du pouvoir politique. Il en découle que dans un procès, chaque juge est libre d'exercer

* Ueno Mamiko – professeur université Чуо (Токио, Япония).

ses fonctions dans le cadre d'une interprétation objective de la loi et conformément à la conviction dictée par sa conscience (alinéa 3 de l'article 76).

La Cour Suprême est investie de l'autorité pour fixer les règles de procédure de procès, de la discipline intérieure des tribunaux et de la gestion des affaires judiciaires (alinéa 1 de l'article 77). Les juges des tribunaux inférieures sont nommés par le Cabinet sur une liste établie par la Cour Suprême (alinéa 1 de l'article 80). Quant au Président de la Cour Suprême, il est nommé par l'Empereur (alinéa 2 de l'article 6) d'après la désignation du Cabinet, alors que les autres juges de la Cour Suprême sont nommés par le Cabinet (alinéa 1 de l'article 79). La nomination des juges de la Cour Suprême est périodiquement examinée par le peuple (alinéas 2 et 3 de l'article 79).

Au Japon, le contrôle de la constitutionnalité, qui est appliqué un système à l'américaine, est exercé par les Tribunaux et les Cours dans le cadre de l'exercice de son pouvoir juridictionnel et dans le cadre de chaque affaire jugée. Ainsi, bien que le contrôle de la constitutionnalité s'exerce sur "toute loi, tout décret, tout règlement ou tout acte officiel" (article 81), il découle de la décision du Tribunal (ou de la Cour) sur l'affaire concrète. L'article 3 de la Loi sur l'Organisation Judiciaire dispose que "Les tribunaux devront juger toutes les disputes légales".

Dès lors, se pose la question de connaître les limites du pouvoir judiciaire, en d'autres termes jusqu'où ce pouvoir peut s'exercer, car on considère que toute affaire qui n'est pas soumise au pouvoir judiciaire ne peut faire l'objet du contrôle de la constitutionnalité.

Tout d'abord, toute affaire ne constituant pas un litige ou une contestation n'est pas soumise au pouvoir judiciaire. En termes pratiques, une contestation est un litige entre les personnes concernées, matérialisée par des intérêts contraires relatifs à une question de droits ou de devoirs, qui peut être résolue moyennant l'application de la loi par les Tribunaux ou les Cours. Ainsi, le pouvoir judiciaire n'a pas le droit de se prononcer sur des interprétations divergentes concernant la Constitution ou tout autre acte judiciaire en dehors de la procédure d'un procès sur une affaire concrète.

En second lieu, le pouvoir judiciaire ne s'étend pas jusqu'aux limitations du pouvoir discrétionnaire du législatif et de l'exécutif. Les organes législatifs et exécutifs disposent de certaines latitudes pour prendre des mesures appropriées dans des limites fixées par la loi. Le pouvoir judiciaire peut formuler son avis sur la constitutionnalité ou la légalité, mais ne peut pas se prononcer sur la pertinence ou l'opportunité de telle ou telle mesure. Toutefois, s'il y a dépassement ou abus du pouvoir discrétionnaire, la règle est de se soumettre à l'examen du pouvoir judiciaire. Dans le domaine du droit social, on peut dire, le législatif et l'exécutif disposent d'un large pouvoir discrétionnaire.

En troisième lieu, il est généralement admis que s'agissant des décisions du Parlement et des mesures disciplinaires touchant les parlementaires, le pouvoir législatif a son indépendance, et le pouvoir judiciaire ne peut pas intervenir. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'affaires graves, telle que la perte ou la privation de statut ou l'exclusion d'un parlementaire, les Tribunaux ou les Cours estiment qu'elles sont de leur ressort.

Quatrièmement, s'agissant de ce qu'il est convenu d'appeler "actes de gouvernement de haute importance", la Cour Suprême a émis l'avis suivant: "Lorsque des actes de gouvernement de caractère politique qui sont directement à la base de la gestion de l'Etat font l'objet d'un litige juridique, même si la validité de tels actes est susceptible d'un jugement juridique, la décision dans de telles affaires est en dehors de la compétence des tribunaux, et une telle décision est laissée au gouvernement et au pouvoir politique, notamment le Parlement qui sont politiquement responsables vis-à-vis des citoyens, et doit en dernier ressort être soumise à la décision de la nation".

En cinquième lieu, il y a la question du droit de véto du Premier Ministre qui fait l'objet de l'article 27 de la Loi sur le Procès des Affaires Administratives et par lequel ce dernier a la possibilité de s'opposer à la mise en oeuvre du jugement d'un tribunal. Dans un tel

cas, le judiciaire est contraint de se soumettre au veto; d'aucuns soutiennent que la faculté de rendre un jugement à titre de dernière instance relevant du pouvoir judiciaire, une intervention de l'exécutif pour casser une décision d'un tribunal est contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

Sixièmement, il existe certains cas dans lesquels la Constitution elle-même prévoit des dérogations au pouvoir judiciaire. L'article 55 admet que chaque Chambre a la possibilité de décider en matière d'éligibilité de ses membres. L'article 64 dispose que le Parlement peut mettre en place une Cour d'accusation composée de membres des deux Chambres pour la révocation d'un juge contre lequel une procédure de destitution a été instituée. Quant à l'article 73, il accorde au Cabinet le droit d'amnisties. Bien que ceci ne soit pas explicitement exprimé dans le texte de la Constitution, il existe des dérogations aux compétences du pouvoir juridique qui relèvent du droit international notamment en matière d'immunités diplomatiques.

Le pouvoir judiciaire est détenu par la Cour Suprême et les juridictions inférieures qui se composent des Cours d'Appel, des Tribunaux de district, des Tribunaux de famille et des Tribunaux sommaires. Chacun de ces Tribunaux et Cours a la possibilité d'exercer le contrôle de constitutionnalité mais la décision en dernière instance appartient à la Cour Suprême.

D'autre part, s'agissant de la faculté de contrôle de la constitutionnalité, certains juristes soutiennent que cette faculté ne peut être exercée que lorsqu'il n'est pas possible de juger l'affaire en instance sans invoquer l'inconstitutionnalité d'une disposition juridique. Par contre, la position d'autres juristes est que, la constitutionnalité d'une loi étant la prémisses logique de son application à une affaire concrète, l'examen de la constitutionnalité d'une loi doit primer en toutes circonstances même si sa constitutionnalité n'est pas en doute, et à plus forte raison, s'il y a le moindre doute d'inconstitutionnalité. La position de ces juristes se fonde sur le fait que la Constitution étant la norme suprême en matière juridique, toutes lois et règlements contraires au texte de la Constitution sont invalides et qu'il est du devoir du juge, qui est fondamentalement lié par la Constitution, de résister à tout ce qui peut lui paraître contraire à cette norme et de s'assurer de sa parfaite application en toute affaire. Il découle de ce raisonnement que le juge a le droit d'interpréter en code de procédure la constitutionnalité d'une loi qui est la prémisses rationnelle d'un concept de droit positif, et que le tribunal a le devoir de procéder à un contrôle permanent de la constitutionnalité des lois. Cependant, dans la réalité, la tendance des juges à éviter le contrôle de constitutionnalité est patente, et des craintes sont émises sur les dangers auxquels est confrontée la protection des droits de l'homme dans la législation japonaise.

Si une loi est jugée inconstitutionnelle par la Cour Suprême, il est admis que ce jugement d'inconstitutionnalité n'a qu'une portée ponctuelle, c'est à dire que l'application de ladite loi est suspendue uniquement dans le cas de l'affaire jugée. En effet, si le jugement d'inconstitutionnalité s'appliquait de manière plus large que dans le cadre de l'affaire jugée, et si la loi visée devenait invalide d'une manière générale, il en découlerait que la Cour Suprême aurait exercé une fonction législative, portant ainsi atteinte à la primauté du Parlement et aux concepts de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté de la nation. Prenant le contre-pied de cette opinion, d'autres juristes soutiennent que lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle par la Cour Suprême, elle devient inapplicable non seulement dans l'affaire en question, mais invalide de manière plus générale. Le raisonnement tenu par ces juristes se fonde sur le fait que les tribunaux ont, vis-à-vis de la société dans son ensemble, le devoir d'exercer le contrôle de la constitutionnalité des lois, et que si la loi jugée inconstitutionnelle ne perd pas sa validité de manière objective, le contrôle de la constitutionnalité devient sans signification.

Au Japon, le concept de l'autorité de la chose jugée n'a pas fait objet de débats très approfondis. Par exemple, bien que la Cour Suprême ait statué que l'article 900 du Code

Civil entérinant la discrimination à l'égard d'un enfant né hors mariage n'était pas contraire à l'alinéa 1 de l'article 14 de la Constitution relatif au principe d'égalité, des verdicts divergents ont été rendus ultérieurement par des juridictions inférieures dans des affaires similaires à celle portée à l'appréciation de la Cour Suprême. Si de telles affaires sont soumises de nouveau à la Cour Suprême, il ne fait aucun doute que cette instance jugera que la discrimination n'est pas contraire à la Constitution, mais il n'en demeure pas moins que le jugement et l'indépendance des juges des juridictions inférieures ne doivent pas être ignorés. Cependant, la thèse de la portée ponctuelle des jugements de la Cour Suprême peut faire douter le citoyen de la stabilité des procédures judiciaires et peut inviter des doutes sur la compétence des tribunaux.

2. La réalité du négativisme juridique

La Cour Suprême est saisie chaque année de quelque 5000 affaires civiles et administratives. Bien que la Constitution actuelle a une histoire de quelque 60 années (elle a été mise en vigueur en 1947), on compte jusqu'à présent moins de 10 jugements d'inconstitutionnalité des lois à la Cour Suprême. Dès lors, on peut se demander si la Cour Suprême et l'appareil judiciaire dans son ensemble sont vraiment engagés dans le contrôle des lois et des règlements et agissent vraiment dans le sens de la protection des droits de l'homme telle qu'elle est énoncée dans la Constitution, ce qui peut susciter des questionnements au sujet du négativisme juridique du pouvoir judiciaire japonais.

La Cour Suprême a rendu des jugements d'inconstitutionnalité notamment au sujet des affaires suivantes:

jugement de 1962 concernant la disposition de la Loi Douanière permettant l'expropriation des biens d'une tierce personne sans passer par une procédure de la notification et de l'explication,

jugement de 1973 concernant la disposition du Code Pénal assignant des peines plus lourdes aux parricides qu'aux meurtriers ordinaires,

jugement de 1975 concernant la disposition de la Loi sur la Pharmacie visant à restreindre l'ouverture d'une nouvelle pharmacie en fonction de sa proximité relative à une pharmacie pré-existante,

jugement de 1976 sur la disposition de la Loi sur les Élections Publiques produit le déséquilibre entre circonscriptions électorales en matière du poids des votes; l'écart de 1:4,99 constaté lors d'une élection de députés de la Chambre Basse a été jugé inconstitutionnel,

jugement de 1985 également sur le déséquilibre entre circonscriptions électorales en matière du poids des votes; l'écart de 1:4,40 constaté lors d'une élection de députés de la Chambre Basse a été jugé inconstitutionnel,

jugement de 1987 sur l'inconstitutionnalité de la disposition de la Loi sur la Forêt restreignant la subdivision des forêts en co-propriété,

jugement de 2002 sur l'inconstitutionnalité de la disposition de la Loi sur la Poste qui dégage l'Etat de toute responsabilité en matière de dommages résultant d'un acte délibéré ou faute grave d'un préposé du service postal,

jugement de 2005 sur l'inconstitutionnalité de la disposition de la Loi sur les Élections Publiques qui ne reconnaît pas le droit de vote aux ressortissants japonais résidant en dehors du territoire national.

Bien que pour la garantie d'une société démocratique, la liberté d'expression soit aussi importante que le droit de participer aux élections publiques, il n'existe aucun jugement d'inconstitutionnalité de la Cour Suprême relatif à cette liberté. Dans ce domaine, voici quelques exemples, parmi d'autres, de décisions de la Cour Suprême qui confirment la validité des dispositions existantes:

Soumission des manifestations à un régime d'autorisation préalable par voie de l'arrêté de collectivité locale,

Article 175 du Code Pénal interdisant la distribution et la vente d'écrits et d'images à caractère obscène sans précision des critères de définition de l'obscénité,

Règlement de l'Agence des Personnels Gouvernementaux limitant rigoureusement les activités politiques des fonctionnaires; les sanctions pénales applicables aux fonctionnaires non-cadres en cas d'exercice d'activités politiques même en dehors des heures de travail.

Au Japon, les réglementations sont édictées non seulement par des lois, mais aussi par voie d'arrêtés approuvés par les assemblées municipales. S'agissant de ces arrêtés, l'article 94 de la Constitution dispose que "Les autorités locales auront la compétence... d'édicter leurs propres arrêtés dans le cadre des lois", ce qui est interprété au sens que "les arrêtés peuvent être édictés dans la mesure où elles ne contreviennent pas aux lois" (alinéa 1 de l'article 14 de la Loi d'Autonomie Locale). C'est ainsi qu'aujourd'hui, les assemblées de ces communautés se voient reconnaître un large pouvoir de législation par voie d'arrêtés, et il en découle que des réglementations disparates peuvent exister au niveau des diverses communautés locales. Devant cet état de fait, la position de la Cour Suprême est que la Constitution reconnaissant aux autorités locales le droit d'édicter des arrêtés, de telles disparités doivent être tolérées. C'est pourquoi il semble qu'il n'existe pas au Japon de hiérarchie dans les normes juridiques (Constitution – lois – arrêtés – règlements).

Quelles sont donc les causes du négativisme judiciaire japonais?

La première cause est le système de nomination aux postes de juges. Des quinze juges de la Cour Suprême, six sont des juges de carrière, c'est à dire des magistrats qui sont passé des Tribunaux de district aux Cours d'Appel, avant d'accéder à la Cour Suprême. Pour figurer sur la liste des candidats admissibles aux postes de juges de la Cour Suprême préparée par la Cour et pour être nommé par le Cabinet, on peut supposer que dans leur carrière, les impétrants se sont efforcés de se conformer prudemment à un mode de pensée conservateur. Pour ce qui est des autres juges, quatre sont d'anciens avocats, deux d'anciens procureurs, deux des membres de la fonction publique et un issu du monde universitaire (droit civil). La présence d'anciens procureurs ou de membres de la fonction publique s'explique par le fait que la Cour Suprême est appelée à se prononcer aussi bien sur des affaires civiles que pénales ou administratives. Cependant, cette composition du corps des juges de la Cour Suprême n'offre pas nécessairement la garantie que les affaires seront examinées objectivement du point de vue d'une tierce partie. Qui plus est, le Président de la Cour Suprême a traditionnellement été choisi parmi les juges.

La seconde cause du négativisme judiciaire japonais est probablement la forme accessoire et complexe de la procédure de contrôle de la constitutionnalité qui s'exerce toujours en marge d'une affaire jugée dans un tribunal. Les pourvois arrivant à la Cour Suprême sans aucun mécanisme de "filtrage" (Si un des éléments de l'affaire concerne à la disposition de la Constitution, on peut se pourvoir à la Cour Suprême), on peut se demander si les juges ont le temps matériel pour se pencher sérieusement sur les affaires de constitutionnalité.

Bien que les jugements d'inconstitutionnalité n'ont qu'une portée ponctuelle (un jugement n'est valable que pour l'affaire concernée), de tels jugements ne déclenchent pas automatiquement des mesures correctives au Parlement en vue d'abroger ou d'amender la disposition juridique concernée, ni des mesures de suspension d'application de la disposition de la part des organes de l'exécutif. Ceci est difficile à accepter du point de vue de l'Etat de droit, et le grand problème qui se pose est donc la manière dont réagit le législatif devant un jugement d'inconstitutionnalité de la Cour Suprême.

Dans le cas de l'article 200 du Code Pénal relatif aux peines infligées aux parricides (meurtriers d'ascendants directs), le Parquet Suprême a fait parvenir aux procureurs de tous

Parquets une circulaire leur demandant de ne pas appliquer l'article 200 du Code Pénal dans les cas de parricides mais d'appliquer l'article 199 couvrant les meurtres ordinaires. Des mesures de réduction de peines ont été prises vis-à-vis des personnes déjà condamnées en application de l'article 200. Néanmoins, la réaction du législatif a mis du temps à se manifester, et lorsque l'abolition pure et simple de l'article incriminé a été décidée par le Cabinet en 1973, le projet d'amendement du Code Pénal n'a pas pu être soumis au Parlement, le parti au pouvoir (Parti Libéral Démocrate) s'y étant opposé. Ce n'est qu'en 1995, que l'article 200 a été retiré du Code Pénal, à l'occasion de la ré-écriture en Japonais moderne du Code Pénal. Par contre, le législatif a réagi très rapidement aux jugements d'inconstitutionnalité relatifs à la Loi sur la Pharmacie, la Loi sur la Forêt, la Loi sur la Poste, et la Loi sur les Élections Publiques en cas du droit de vote et a pris les mesures correctives nécessaires. Pour ce qui est du jugement d'inconstitutionnalité de 1976 relatif au déséquilibre entre circonscriptions électorales en matière du poids des votes constaté lors de l'élection de députés de la Chambre Basse, des mesures correctives avaient déjà été prises en 1975, alors que dans le cas du jugement d'inconstitutionnalité de 1985 sur la même question, les mesures correctives ont été prises l'année suivante. La raison pour laquelle la disposition relative aux parricides a tardé à être retirée du Code Pénal s'explique par le sentiment largement partagé selon lequel les ascendants en ligne directe avaient droit au respect de leur progéniture et que ce type de crimes devaient être assortis de peines plus lourdes que les homicides ordinaires. La Cour Suprême n'a pas nié la validité de ce raisonnement, mais a estimé que les peines de mort ou de réclusion à perpétuité étaient des sanctions trop lourdes même pour ces crimes, ce qui explique les difficultés du législatif à arriver à un accord.

Conclusion

Comme il ressort de ce qui précède, il est difficile d'affirmer qu'au Japon, la protection des droits de l'homme par la Cour Suprême soit suffisante. On a fait valoir dernièrement, que le Bureau de Législation du Gouvernement examinant les projets de lois avec rigueur lorsqu'ils sont élaborés, il était normal que le pourcentage des cas d'inconstitutionnalité constatés dans les Tribunaux ou les Cours ait nettement baissé. Cependant, on peut émettre quelque doute sur cette affirmation parce qu'entre l'examen de la constitutionnalité ou de la cohésion constitutionnelle exercé par le Bureau de Législation du Gouvernement au moment de la préparation du projet de loi, et l'examen de la même disposition au niveau des Tribunaux ou des Cours, il y a vraisemblablement des différences de point de vue. En France, par exemple, le Conseil d'Etat est consulté des projets de lois et émet son avis, mais avant la promulgation, le Conseil Constitutionnel en est saisi et se prononce sur la constitutionnalité de la loi (et récemment même après la promulgation). C'est ainsi qu'est garantie la protection des droits de l'homme dans le cadre de la législation française.

On reproche souvent au Japon l'insuffisance des critères de jugement. Par exemple en matière de séparation de l'Église et de l'État, les Tribunaux ou les Cours utilisent comme critère de jugement la "théorie du but et de l'effet de l'acte de l'autorité publique": l'interdiction porte sur les actes de caractère religieux, dans la mesure où de tels actes ont comme effets une assistance, un encouragement, une promotion, ou au contraire une oppression à l'égard d'une religion. De nombreux juristes sont critiques à l'égard de ce critère de jugement, car selon eux, les éléments constitutifs de ce critère peuvent se prêter à toutes sortes d'interprétation. Quoiqu'il en soit, il ne fait pas de doute qu'en matière de critères de jugement juridique, le Japon a du retard et a encore beaucoup à apprendre des pays occidentaux.

Tadakazu FUKASE et Yoichi HIGUCHI, Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon, P. U. F., 1984.
Mamiko UENO, Justice, Constitution et droits fondamentaux au Japon, L. G. D. J., 2010.

Д. А. Каримов*

**ПРИЧИНЫ ОСЛАБЛЕНИЯ МОНАРХИЧЕСКИХ НАСТРОЕНИЙ
И ПЕРСПЕКТИВНЫЕ СПОСОБЫ МОНАРХИЧЕСКОГО УПРАВЛЕНИЯ
В СТРАНАХ С НОМИНАЛЬНОЙ УНИЕЙ
(НА ПРИМЕРЕ БРИТАНСКОГО СОДРУЖЕСТВА)**

Сегодня все более актуально изучение опыта существования монархий. Однако отечественная наука в данном отношении несколько консервативна (сказывается советское прошлое), а потому отделяет монархию своим вниманием и рассматривает ее исключительно как форму правления, при которой власть передается по наследству. Также совершенно не изучены формы правления в так называемых нетипичных монархиях, существующих в виде автономий. Психологические приемы, которые автор пытается сблизить с правовыми, будут полезны и для нашего многонационального государства (с уточнениями). Представляется, что попытки стабилизировать государственное управление будут интересны как отечественным, так и зарубежным ученым.

Ключевые слова: монархия, Елизавета II, монархические настроения

Today learning of monarchical practice becomes more actual. But our science has a traditional view on this theme. So, it steps away from the monarchy and touches attention on the monarchy as the government where the power transfers by the right of succession. From the other hand there are no any works that research untypical monarchies existing as autonomia. The author tries to make psycholological tools as legal ones that will be useful for our multinatonal state. In any case, as the author considers, these intentions to make good governance will be interesting for the Russian scientists and foreign ones.

Key words: monarchy, Elisabeth II, monarchical intentions

В настоящее время признаками номинальной унии обладают государства Содружества, признающие себя монархиями¹, главой которых является королева Великобритании². Поскольку их независимость была провозглашена от одного и того же государства, естественно, что способы их управления (относительно деятельности монарха и его представителей) совпадают. Различается лишь практика, связанная с традициями развития государств в период независимости.

Сохранение монархии в этих государствах³ обусловлено особенностями самой монархии и связано с психологическими качествами подданных⁴. Однако сегодня монархические устои указанных стран уже не так крепки, что свидетельствует о необходимости реформ для поддержания монархического начала. Мы выявим причины усиления настроения «за республику» и предложим методы управления, которые, по нашему мнению, смогут обеспечить жизнеспособность монархии.

Итак, главной причиной ослабления монархических настроений необходимо считать существующие способы управления, когда монарх (королева), находящийся в другом государстве, может оказывать влияние лишь на своего представителя, практически не вмешиваясь во внутреннее руководство. Если ранее такие действия воспринимались как сохранение и поддержание независимости, то сегодня у большинства подданных рассматриваемых государств возникает закономерный вопрос: зачем нужна монархия, если самого монарха нет, а его представитель, сменяющийся каждые 5–6 лет, не может в силу этого олицетворять монархическое начало (нет навыков)? Разумеется, мы

* Каримов Денис Александрович – аспирант кафедры административного права Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: denis-iu521@mail.ru.

должны констатировать: причиной ослабления монархических устоев является невозможность соблюдения условий жизнеспособности монархии⁵. Это связано с недоверием ряда государств к политике бывшей метрополии: любое стремление страны изменить британские традиции есть доказательство самостоятельности и независимости⁶. Таким образом, необходимо:

сохранить монархическое единство без превращения монархии в республику;
создать уникальное образование, сочетающее национальные и международные черты;

соблюдать условия жизнеспособности монархии (включая принцип верности).

Следует уточнить, что представители монарха (генерал-губернаторы, лейтенант-губернаторы и др.) хотя и действуют как монарх, но не обладают тем же положением: они назначаются лишь на определенный срок и только один раз (снижение мотивации к деятельности — «все равно не переназначат»). Единственным способом, который позволит устранить такие препятствия к улучшению управления, по нашему мнению, станет поиск лиц, которые исторически воспринимаются как мультинациональные персоны. В данном случае это представители королевской семьи, обеспечивающие, помимо всего прочего, историческую преемственность⁷.

Еще одна преграда — географическая удаленность государств друг от друга и их сравнительно большое количество. Автор попытался учесть эту проблему, предложив проект акта, который, с одной стороны, подчеркнет самостоятельность рассматриваемых государств, с другой — снизит дискомфорт от реализации монархического долга в этих странах⁸, а также упорядочит деятельность представителей монарха, закрепив их статус в рамках именно представительства Ее Величества.

Документ необходимо создавать в форме приказа в Совете (таким полномочием монарх обладает в каждом из названных государств), это позволит сократить время для его принятия и дублирования, сохранить идентичность для стран, где монархом является королева Елизавета II.

Предлагаем проект данного акта. Конечно, он может содержать не характерные для английского права слова и выражения, но, думается, что суть его будет ясна.

Акт об оптимизации управления королевствами Содружества (An Act to optimize the Realms governance in the Commonwealth)

Ее Величество Елизавета II Божьей милостью Королева Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и ее других владений и территорий, Глава Содружества, Защитница веры...

Комментарий: поскольку данное положение в равной мере распространяется на все королевства Содружества, то издаваться оно будет от имени всех монархов. Значит, необходимо перечислить все 15 титулов, свидетельствующих о принятии решения от имени Елизаветы II, действующей в качестве монарха каждого из рассматриваемых государств.

Да будет известно всем, кто увидит, услышит или каким-либо другим способом поймет данное положение, что

поскольку Мы определяем Наш долг в качестве суверена наших владений и территорий как соблюдение условий жизнеспособности, сложившихся в силу исторических обстоятельств,

поскольку для этого необходимо быть в постоянном контакте с нашими народами, поскольку нужно оптимизировать выполнение нашего долга и функций,

поскольку пришло время расширить наши связи с нашими королевствами⁹,

поскольку настала пора доказать, что каждое из названных государств является полностью независимым и самоуправляющимся,

поскольку для лучшего диалога и контакта следует сохранить личные связи с Нашими народами,

Мы постановляем следующее.

Общие положения и королевская семья

1. Данный документ в одинаковой мере распространяется на всю территорию Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Антигуа и Барбуды, Содружества Австралии, Багамских островов, Барбадоса, Белиза, Канады, Гренады, Ямайки, Новой Зеландии, Папуа – Новой Гвинеи, Сент-Кристофера и Невиса, Сент-Люсии, Сент-Винсента и Гренадин, Соломоновых островов, Тувалу, их зависимых территорий и ассоциированных государств, которые существуют ныне и могут возникнуть в будущем.

2. Членами королевской семьи в каждом из названных государств объявляются монарх, его супруг, а также дети монарха и их супруги, и те внуки, которые происходят от потенциального престолонаследника, и их супруги.

Комментарий: данное положение сегодня необходимо, чтобы распространить статус королевской семьи на территории рассматриваемых государств. Это сделано с целью легализации функций членов королевской семьи по деятельности «в поддержку монарха». При этом, поскольку их государственная деятельность оплачивается соответствующей страной, нужно устранить тех лиц, которые по статусу функции членов королевской семьи не могут выполнять (как правило, это побочные линии). Это позволит использовать квазимонархический институт представительства монарха с наибольшей эффективностью. Кроме того, уменьшение числа членов королевской фамилии позволит более четко установить линию престолонаследия (побочные линии исключаются), избежать споров.

3. Члены королевской семьи сохраняют свой статус и обязанности по поддержанию монархии и действуют в поддержку монарха в тех рамках, которые Мы определим в каждом конкретном случае, будучи монархом соответствующего государства.

Комментарий: так как члены королевской семьи связаны родством, то их представительство будет способствовать улучшению монархического управления в части церемониальных полномочий (которые не может совершать с большой эффективностью генерал-губернатор). В то же время это не затронет полномочий генерал-губернатора, действующего как политический представитель.

4. Члены королевской семьи, действуя в поддержку соответствующего государства, будут именоваться согласно их титулам, дарованным традицией, с изменениями для каждого государства. Кроме того, Мы, являясь сувереном страны, можем время от времени изменять именование и статус членов королевской семьи.

5. Престолонаследие в наших государствах будет осуществляться согласно Акту об устройении 1701 г. в действующей редакции. Однако любое изменение к нему должно быть санкционировано Королевой в парламенте каждого нашего государства после изменений в конституциях наших государств.

Комментарий: два предыдущих пункта позволяют устранить противоречия, когда в независимом государстве действуют люди от имени другого государства, а также ситуации, когда изменения в законодательстве Соединенного Королевства могут стать причиной смены порядка престолонаследия в другом государстве и распада унии (по тексту закона можно предложить следующее объяснение: чтобы сохранить традиции, способность к сотрудничеству и взаимопомощи, причиной которых служит уния, т. е. союз, основанный на психологии одного человека: один человек равно положительно действует для всех государств, значит, в интересах каждого развивать отношения).

Королевские атрибуты

6. Текст Королевской декларации, провозглашающей Наши наследников в качестве монарха, содержит положения о таком провозглашении в качестве суверена Соединенного Королевства и Наши Королевств. Текст зачитывается лично монархом в специальном совете, состоящем из депутатов парламентов Наши Королевств, штатов, провинций, зависимых территорий и ассоциированных государств, а также правительств всех этих владений.

В декларации Наши наследники заявят, что понимают положения о монархии, ее жизнеспособности.

Текст Королевской декларации должен быть подписан новым сувереном в день смерти предыдущего. Его необходимо опубликовать, обнародовать во всех средствах массовой информации. Он должен быть провозглашен уполномоченными новым монархом лицами в столицах каждого из Наши государств. При этом трансляция заявления монарха будет вестись теми, кого определит новый монарх. Эти лица предоставят право ретрансляции всем желающим средствам массовой информации.

Комментарий: данное положение еще ни разу не применялось в современных условиях, поскольку королева Елизавета II, провозглашенная в таком качестве 8 февраля 1952 г., была монархом государств, объединенных реальной унией (фактически зависимых), т. е. по принципу «один монарх – несколько государств». Настоящее положение позволит точно определить статус королевы в будущем как монарха нескольких государств и подчеркнуть независимость их друг от друга. Заявление монарха при этом является своеобразным обещанием действовать в соответствии с традициями и законами государств.

7. Интронизация монарха происходит в то время и в том месте, которое определит Акт об интронизации. Он будет приниматься и изменяться также, как и Акт об устройении.

Комментарий: подобный акт, который принимается, чтобы заменить процедуру коронации, позволит устранить некоторые религиозные противоречия. Они обусловлены тем, что коронация – процедура исторически религиозная, связанная с тем, что государственная церковь провозглашает монарха таковым (атавизм Средних веков – всевластие церкви). В настоящее же время государственная церковь есть только в Соединенном Королевстве, что опять-таки подчеркивает неравноправие других государств и конфессий.

8. Регалии Соединенного Королевства станут регалиями каждой из названных стран. Они будут храниться в том месте и использоваться так, как то укажет Акт об интронизации.

9. При исполнении своих полномочий члены королевской семьи, а также Наши генерал-губернаторы, лейтенант-губернаторы, губернаторы, резиденты и комиссары используют атрибутику: штандарт (его форму, описание, порядок использования Мы установим для каждой из стран), а также гимн, которым будет являться патриотическая песня в сокращенной версии. Если в Нашем государстве есть собственный гимн, то он исполняется первым наряду с патриотической песней и так, как Мы это установим.

Комментарий: в настоящее время патриотическая песня в качестве официального гимна используется только в Великобритании. В других королевствах в связи с принятием своего гимна патриотическая песня используется в случае участия членов королевской семьи. Считаем, что и другие представители монарха должны использовать атрибутику, подчеркивающую, что они действуют от имени монарха.

10. На государственных флагах Наши государств помещается изображение Нашего штандарта и государственного герба в таком положении, как Мы установим для этого государства. Если на государственном флаге страны есть Юнион Джек, он заменяется на Наш штандарт.

Комментарий: это позволит объединить данные государства, подчеркнув, что они – монархии в личной унии, а также уничтожить свидетельство о британском владычестве.

Королевское правление

11. Для поддержания королевского присутствия в каждом Нашем государстве и выполнения долга в качестве наших генерал-губернаторов, лейтенант-губернаторов, губернаторов, резидентов и комиссаров Мы будем назначать членов королевской семьи, а также других наших родственников, будучи сувереном соответствующего государства. При этом действия наших представителей должны указывать, что они осуществляются от нашего имени, а в правовых актах следует ссылаться на наше имя. Вместе с тем Королева в парламенте соответствующего государства определит форму опубликования законов, а также наших правовых актов.

Комментарий: генерал-губернатор в силу своей фактической выборности не может сохранить монархическое начало, которое требует от него представительство.

12. Наши представители исполняют наши функции только так, как Мы определим в инструкциях, приказе о назначении и патентном письме. Они выполняют их только тогда, когда нас нет на территории соответствующего государства или его части (там, где действует представитель). В остальных случаях Мы действуем самостоятельно как глава государства.

Кроме того, наши представители не смогут представить нормативный акт на наше одобрение, если будет установлено, что данный акт затрагивает несколько наших государств, наши интересы или интересы членов королевской семьи. Между тем генерал-губернаторы Канады, Австралии и Новой Зеландии не будут утверждать закон, представляя его на наше одобрение, а также не будут издавать нормативные акты, если они затрагивают компетенцию соответственно провинции, штата или ассоциированного государства, а наши представители на тех территориях выскажутся о неконституционности введения таких актов.

Комментарий: в праве рассматриваемых государств данная норма указана в качестве права представителя. Однако ни одна конституция не указывает, когда этим правом необходимо воспользоваться. Сущность представительства позволяет сделать вывод, что речь идет о ситуациях, связанных с уничтожением недобросовестного представительства.

Кроме того, существующее положение дел в Канаде (постоянный рост требований по предоставлению большей самостоятельности и независимости), а также попытка некоторых штатов Австралии выйти из Содружества в 1930-х гг. свидетельствуют о необходимости оптимизации взаимодействия автономий с центром. При этом особенности монархии (когда королева имеет представителей как в центре, так и в субъектах) позволяют предположить, что если представители не могут договориться, то решить вопрос должен доверитель (монарх).

13. Для улучшения наших функций по советованию, поощрению и предупреждению Мы определим пропорциональное число визитов наших представителей и министров к нам (не реже нескольких раз в год), а также встреч на территории соответствующего государства. Между тем изданные за это время нашим представителем правовые акты могут быть нами отменены, если мы посчитаем, что они недобросовестны и не соответствуют Конституции.

Также мы можем призвать наших представителей для дачи объяснений, если из каких-либо источников станет известно, что они действуют недобросовестно.

Комментарий: данный пункт позволит установить не только регулярные контакты монарха со своими представителями, премьер-министром и министрами,

но и достаточно частые визиты монарха в королевства, что усилит его прямое правление.

Кроме того, сущность представительства предполагает случаи, когда правовой акт, например принятый в ходе недобросовестного исполнения функций, может быть отменен монархом. При этом последний выступает как бы апелляционной инстанцией по отношению к представителю.

Отметим, что закреплять постоянное время встреч кажется нелогичным, поскольку визиты лучше всего планировать в зависимости от происходящих событий, причем фактор внезапности играет не последнюю роль.

14. Если Мы посчитаем или узнаем из каких-либо источников, что для решения дела требуется Наша воля, Мы лично издадим правовой акт, действуя от имени Короны соответствующего государства или как Королева в парламенте этого государства.

15. Для каждого из наших государств Мы создадим королевский двор. Существующие там администрации наших представителей станут самостоятельными подразделениями нашего королевского двора.

Королевский двор будет служить для организации нашей деятельности, а также деятельности наших представителей и членов королевской семьи. Подробную структуру королевского двора определим Мы.

16. Королева в качестве суверена определяет сумму, которая будет тратиться на наше правление. Денежные средства поступают непосредственно Нам один раз в год и пропорционально распределяются в каждом конкретном случае между нашими представителями и членами королевской семьи для осуществления функций по представительству нас в различных местах. Самостоятельно наши представители и члены королевской семьи не будут впредь иметь доходов из бюджета государства.

Сумма денежных средств будет установлена на весь период правления Королевой в парламенте соответствующего государства и не может изменяться. Однако ее можно увеличить не чаще чем один раз в год, если компетентный финансовый орган, определенный нами, точно подтвердит, что уровень инфляции повысился.

Комментарий: сегодняшние траты государства на содержание королевской семьи вызывают озабоченность общественности в части их использования не по назначению. Теперь расходы будут подконтрольны монарху. Кроме того, использование бюджетов других государств позволит снизить стоимость содержания монархии (и ее представителей), так как сумма, которую монарх получает в настоящее время, разделится между несколькими государствами.

Церемонии

Комментарий: несмотря на кажущуюся незначительность, церемонии играют большую роль в монархическом государстве. Они служат, с одной стороны, поддержкой монарха, с другой – выступают реальным средством для выражения его воли, которая обязательна для всех в силу монархического принципа. Предлагаем лишь несколько церемоний касательно государственного управления (остальные определит монарх).

17. Мы лично будем открывать сессию вновь избранного парламента на церемонии, которую установим самостоятельно. Во время церемонии Мы изложим нашу волю касательно деятельности парламента и план деятельности правительства на период до нового избрания парламента. Составлять нашу речь помогает премьер-министр по нашему приказу.

Комментарий: данная церемония обеспечивает участие монарха в открытии парламента, имеющем большое значение в монархических государствах, а также позволяет определить стратегическое планирование на несколько лет, тем самым увеличив вероятность его исполнения. Последнее предложение говорит о наличии

так называемой контрасигнатуры, свидетельствующей о переходе ответственности на правительство¹⁰.

18. Мы осуществляем процедуру введения Нашего представителя в должность на церемонии, которую определяем самостоятельно.

Комментарий: считаем, что введение в должность представителя должен осуществлять доверитель: непосредственное получение мандата от монарха стимулирует представителя управлять от его имени.

19. Мы определим другие церемонии и регламент поведения к ним, если это будет согласовываться с исполнением наших функций. Мы также утвердим, когда в таких церемониях будет принимать участие наш представитель, а когда лично Мы.

20. В целях эффективного исполнения наших функций, а также функций наших представителей для каждого государства Мы установим порядок освещения нашей деятельности и деятельности наших представителей в различных средствах массовой информации. Кроме того, мы определим официальные бюллетени и другие источники информации, которые будут распространять достоверные сведения о нашей деятельности для каждого государства, а также порядок такого распространения.

Комментарий: такие положения вызваны необходимостью устранить неоправданное вмешательство в деятельность монарха, не допустив ограничения свободы слова (в какой-то степени публикации нужны самому монарху, поскольку они привлекают внимание к его персоне).

Заключительные положения

21. Для того чтобы устранить противоречия этого Приказа в Совете с другими правовыми актами, Мы постановляем, что в любом случае будет применяться этот Приказ в Совете. Со временем Мы отменим все противоречащие этому Приказу в Совете правовые акты. Для вступления данного положения в силу необходимо наше одобрение, которое сделано нами как Королевой в парламенте соответствующего государства.

Комментарий: поскольку в праве Соединенного Королевства (на основании Билля о правах 1689 г.), а также других королевств сохраняется положение о том, что монарх, действуя от имени короны, может изменить, отменить или приостановить действие закона, только если парламент (по терминологии – король (королева) в парламенте) одобрит эти действия, то данный пункт является формальным основанием для совершения указанных в нем действий и призван не допустить конституционный кризис.

Совершено нами в (указывается место совершения) в (указывается год)
Подпись

На наш взгляд, такая кодификация позволит решить главную проблему, связанную со спецификой управления: увеличит возможность участия главы государства в деятельности страны, уменьшив желания сменить форму правления.

¹ Данное уточнение необходимо, чтобы исключить из рассматриваемых государств Фиджи: эта страна по форме правления является республикой, но в силу исторических традиций признает верховным вождем королеву Великобритании.

² Этот термин мы используем с достаточной долей условности (чтобы избежать затруднений). Акт о королевских титулах 1953 г. свидетельствует, что главой этих государств считается «самостоятельная» королева, но все эти титулы принадлежат Елизавете II. Иначе говоря, сувереном, скажем, Канады выступает не королева Великобритании, а королева Канады, но это одно и то же лицо: одна женщина – 15 королев (URL: <http://www.royal.gov.uk>).

³ Таких государств, не считая Соединенного Королевства, в настоящее время 15: Антигуа и Барбуда, Австралия, Канада, Новая Зеландия, Папуа – Новая Гвинея, Соломоновы острова, Тувалу, Сент-Люсия, Белиз, Багамские острова, Барбадос, Гренада, Ямайка, Сент-Китс и Невис, Сент-Винсент и Гренадины.

⁴ Подробнее см.: *Каримов Д. А.* Теоретические положения о монархии // *Вопр. юриспруденции. Приложение к Рос. юрид. журн.* 2005. № 2.

⁵ Генерал-губернатор, будучи представителем монарха, в силу своей «квазивыборности» не может в отличие от него поддерживать монархию на должном уровне. Закономерен вопрос: зачем нужна монархия, если монарх ничего не делает? Естественно, более активное участие монарха (даже церемониальное) в жизни государства, следование правилу взаимного сотрудничества смогут повысить авторитет монархии (монарх участвует не только в жизни Великобритании, значит, воспринимает страны как равные) (*Каримов Д. А.* Теоретические положения о монархии).

⁶ Такое состояние характерно для всех государств, в недавнем прошлом получивших независимость. На наш взгляд, в последующем все они встанут на путь сотрудничества, но сейчас есть возможность полного изменения традиций, что повлечет за собой экономические, психологические и правовые стагнационные последствия.

⁷ Монархия в идеале – это комплекс условий жизнеспособности, когда суверен, отвергая собственные стремления, «отдает все силы служению Отечеству». Воплощение этого идеала возможно, если глава государства (или его представитель), с одной стороны, действует бессрочно, с другой – понимает, что не сможет самоустраниться от такой деятельности. Таким положением могут обладать лишь члены королевской семьи.

⁸ Предполагается, что это будет один акт, принятый для каждой из рассматриваемых стран, который установит одинаковые условия для реализации функций монарха в том или ином государстве.

⁹ В праве стран Содружества таковыми (realms) именуются именно государства, признающие главой королеву Елизавету II (URL: <http://www.thecommonwealth.org>).

¹⁰ Подробнее см.: *Каримов Д. А.* Правовой статус монархии: теоретические положения, конституционно-правовой аспект и новый взгляд на старую проблему // *Рос. юрид. журн.* 2008. № 6.

И. Р. Кушхов*

ПРОЦЕССЫ РАЗВИТИЯ УНИТАРИЗМА ПРИ СОВРЕМЕННОЙ МОНАРХИЧЕСКОЙ ФОРМЕ ПРАВЛЕНИЯ

Рассматриваются процессы развития унитаризма в государствах с монархической формой правления. Анализируются политические и культурные автономии, квазифедеративные отношения на примере Соединенного Королевства, Дании и Нидерландов. Изучается опыт Норвегии, Швеции, Испании.

Ключевые слова: унитаризм, монархическая форма правления, государство, деволюция, квазифедеративные отношения

Processes of development of unitarianism in states with monarchical form of government are considered. Political and cultural autonomies, quasifederative relations are analyzed on the example of the United Kingdom, Denmark and the Netherlands. Experience of Norway, Sweden, Spain is studied.

Key words: unitarianism, monarchical form of government, state, devolution, quasifederative relations

Большинство монархических стран избрало унитарную форму политико-территориального устройства.

По характеру взаимоотношений между государством, высшими органами государственной власти и управления, их структурными частями, органами власти, управления и самоуправления унитарные государства при монархической форме правления можно подразделить на сверхцентрализованные и децентрализованные.

В сверхцентрализованном унитарном государстве при монархической форме правления все звенья административно-территориального деления управляются назначаемыми из центра монархом чиновниками, а выборные местные органы либо отсутствуют, либо их роль ограничена и они находятся под контролем представителей центральных органов исполнительной власти. К сверхцентрализованным унитарным монархиям относятся Бруней, Бутан, Непал, Таиланд, арабские монархии и монархии Тропической Африки и Океании.

Децентрализованное унитарное государство при монархической форме правления характеризуется отсутствием в административно-территориальных единицах специально назначаемого центральным органом чиновника, а местное самоуправление и управление осуществляются выбираемыми населением соответствующих административно-территориальных единиц муниципальными органами. Примерами таких государств можно считать все европейские монархии и Японию.

Современная Япония хотя и является унитарным государством, тем не менее представляет собой децентрализованное государство, основанное на местной автономии, регулируемое Законом о местной автономии 1947 г. Местное самоуправление — двухуровневое. Верхний уровень — префектуры, нижний — города, приравненные к ним по статусу районы Токио, деревни и сельские общины. В решении вопросов местного значения, определенных для каждого уровня публичной власти Законом о местной автономии, органы власти на местах достаточно самостоятельны. Они наделяются имуществом, которым могут вести дела и осуществлять административное управление, принимать постановления в пределах Закона. Для решения конкретных задач в Япо-

* Кушхов Идар Русланович — ассистент кафедры теории и истории государства юридического факультета Кабардино-Балкарского государственного университета (Нальчик). E-mail: idarkoushkhov@mail.ru.

нии помимо обычных территориальных единиц создаются финансово-промышленные округа. Для решения общих задач формируются ассоциации, консультативные советы соседних территориальных единиц¹.

Отдельные унитарные государства с монархической формой правления обладают автономиями. Это, несомненно, усложняет их политико-территориальную организацию, вносит в нее асимметрию. Но само по себе наличие на территории монархического государства одной, двух и даже нескольких автономий не выводит его за рамки унитарности.

При монархии могут существовать политическая и культурная автономии. Политическая автономия развивается в квазифедеративные отношения, что является характерной особенностью современного этапа развития унитаризма в Великобритании, Дании и Нидерландах. Квазифедеративные отношения обычно возникают между бывшей метрополией и ее бывшими колониями (они уже не колонии, но и не государства), которые желают сохранить экономическую и политико-правовую связь с метрополией, но в то же время обладают суверенитетом. Такие отношения могут появиться и в силу давних исторических традиций.

В Соединенном Королевстве, наряду с процессами деволюции, о которой пойдет речь ниже, происходит развитие квазифедеративных отношений.

В Великобритании существуют территории с особым статусом, к которым принадлежат остров Мэн и другие острова пролива. Они имеют собственные судебные системы, но в силу исторических причин власть на островных территориях не унифицирована. Кроме того, есть зависимые территории. К ним относятся Гибралтар, остров Святой Елены, Фолклендские острова, Бермудские острова и др. На зависимых территориях нет собственных судебных систем, для каждой заморской территории назначен представитель монарха Великобритании – губернатор, – что в определенной степени унифицирует власть. Однако практически различия между островными и зависимыми территориями весьма незначительны.

Королевство Дания состоит из 14 амтов (областей) и двух самоуправляющихся территорий: Фарерских островов и Гренландии.

Органы управления амтов возглавляют начальники областей, назначаемые и освобождаемые от должности Королем по представлению Совета министров. Амты делятся на коммуны. Начальники административно-территориальных единиц амтов по представлению местных советов назначают и освобождают от должности старост коммун и бургомистров муниципалитетов. Такое положение обеспечивает целостность исполнительной власти по вертикали и жесткий контроль за деятельностью ее низовых звеньев. Представительными органами на местах являются советы амтов, коммун и муниципалитетов, избираемые непосредственно населением на четырехлетний срок².

Фарерские острова пользуются внутренней автономией, установленной Законом о самоуправлении от 23 марта 1948 г., в соответствии с которым они имеют собственный законодательный орган (легтинг), состоящий из 32 депутатов, избираемых на четыре года прямым голосованием на основании пропорционального представительства. Высший исполнительный орган – ландстюри (правительство) – формируется легтингом. Интересы Королевства Дания на Фарерских островах представляет верховный комиссар³.

Правовой статус Гренландии определен Законом о расширении внутренней автономии Гренландии, принятым Фолькетингом Дании 17 ноября 1978 г. и одобренным на референдуме в Гренландии 17 января 1979 г. В соответствии с ним ландстинг Гренландии состоит из 31 депутата, избираемого на четыре года всеобщим голосованием на основе пропорционального представительства. Высший исполнительный орган – ландстюри – формируется ландстингом. Королевство Дания в Гренландии представляет верховный комиссар⁴.

Королевство Нидерландов в настоящее время сохраняет два заморских владения: Нидерландские Антильские острова и остров Аруба.

Нидерландские Антильские острова включают острова Бонайре, Кюрасао, Саба, Сент-Эстатиус и части острова Синт-Маартен. Согласно Хартии Королевства 1954 г. Нидерландские Антильские острова являются частью Нидерландов и пользуются автономией во внутренних делах. Представительным органом островов выступает Законодательное собрание из 22 членов (14 – от острова Кюрасао, 3 – от острова Бонайре, 5 – от островов Саба, Сент-Эстатиус и Синт-Маартен), которые избираются на четыре года. Исполнительную власть осуществляет губернатор совместно с Консультативным советом и Советом министров (в его состав входят не более 10 человек). На каждой островной территории государственные органы представлены вице-губернатором, советом и правительством⁵.

Остров Аруба расположен в группе Подветренных, или Малых Антильских, островов. С 1 января 1986 г. остров Аруба вышел из федерации Антильских островов и получил статус территории Королевства Нидерландов с правами внутренней автономии. Структура государственного управления на острове Аруба построена таким же образом, как и на Нидерландских Антильских островах⁶.

Культурная автономия состоит в том, что национальным меньшинствам, рассеянным или не живущим компактно, предоставляются права и свободы в отношении пользования своей культурой, языком, религией и ведения привычного образа жизни. Такая форма автономии широко используется в Скандинавских монархиях.

В Норвегии и Швеции принято законодательство, регулирующее различные аспекты статуса саамов. Саамы признаются коренным народом только в Норвегии, в Швеции они рассматриваются как национальное меньшинство. Если раньше в центре внимания законодателя были вопросы владения оленями и их выпаса, то в 1990-е гг. сфера правового регулирования расширилась и стала охватывать вопросы признания саамского языка, культуры, образования. Так, в 1990 г. в Норвегии принят специальный Акт о саамском языке, где он признается официальным, используемым во всех сферах жизни на землях проживания саамов. В Швеции в 1999 г. появился Акт о праве использования саамского языка в отношениях с публичными властями. В настоящее время на повестке дня стоит решение вопросов политического участия саамов в решении касающихся их проблем⁷.

Сегодня в монархиях развиваются формы политико-территориального устройства, переходные от унитарного государства к федеративному. В условиях унитаризма в Великобритании развиваются процессы деволюции и квазифедеративные отношения, об этом было сказано выше, а современная унитарная Испания – это своеобразное регионализованное государство, сохраняющее историческую форму правления. Рассмотрим эти процессы в указанных странах.

Развитие Великобритании обнажило ряд общественно-политических проблем, решение которых традиционными государственно-правовыми средствами уже не всегда возможно. В связи с этим обнаружились сложности и даже кризисные явления в функционировании многих политических и государственных институтов, подвергающихся серьезной критике. Требование конституционных реформ стало своеобразным рефреном, сопровождающим общественно-политическое развитие Британии в последние годы⁸.

Принципиальное направление конституционных реформ в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии – поиск нового политико-территориального устройства. Для интерпретации новейших реформ в этой сфере используются понятия «квазифедерация», «деволюция» и «децентрализация».

Первое применимо потому, что реформы в Британии хотя и не ведут непосредственно к созданию федеративного государства, включают ряд его формальных характери-

стик: формальное разделение властей между двумя уровнями управления; резервированные и переданные полномочия; совместная юрисдикция в иностранных отношениях, включая Евросоюз, между центральными и региональными представительствами; своего рода конституционный суд; новая структура межправительственных отношений, определенная договорами между центральными правительственными департаментами и созданными региональными ассамблеями. Эта политическая конструкция выражается в регулярных встречах министров одного профиля и их подчиненных; введении двойного гражданства и своеобразном феномене «мультиидентичности», который стал в настоящее время более явным.

Понятие «деволюция» означает передачу центром ряда важных прерогатив (в том числе определенного объема законодательной власти) в регионы, именуемые государствами. Различия между федерализмом и деволюцией определяются природой государства (оно остается унитарным), а отличие от понятия «децентрализация» состоит в том, что речь идет не о создании автономий, а о более высоком статусе. Именно этот термин наиболее точно отвечает ситуации, сложившейся в Королевстве.

Вообще, в состав метрополии входят Англия, Уэльс, Шотландия, Северная Ирландия, ряд других территорий. Исторически Великобритания сложилась как уния. Особенности современного политико-территориального устройства связаны с этим. Программа британского правительства включала учреждение парламента в Шотландии и Законодательной ассамблеи в Уэльсе. До последнего времени было не вполне ясно, до какой степени эти законодательные органы будут самостоятельны. Выдвигалось два возможных сценария: минималистский и максималистский.

В правительстве Великобритании предусмотрены должности государственных секретарей по вопросам Шотландии, Уэльса и Северной Ирландии. Они, с одной стороны, обеспечивают учет интересов соответствующих территорий, а с другой — осуществляют административный надзор за их органами.

Развитие деволюции вызывает существенные разногласия между лейбористами и либеральными демократами. Если целью последних является «федеративная Британия», то лейбористы не склонны идти так далеко и намерены сохранить сильную центральную власть. Консерваторы вплоть до 1998 г. выступали решительными противниками каких бы то ни было изменений статус-кво. Помимо приверженности обеих партий идее передачи части полномочий центра на места и укрепления тем самым демократических начал в государственном управлении, немалую роль здесь играет их обоюдное стремление более органично «вписать» Британию в политическую структуру Евросоюза. Одно из приоритетных направлений деятельности последнего — активная региональная политика, нацеленная не только на помощь и поддержку слаборазвитых регионов, но и на все более органичное вовлечение региональных властей в политическую систему Европы⁹.

Основная причина серьезных политических разногласий вокруг проблемы Соединенного Королевства — опасения консерваторов и части лейбористов, что, сформировав собственные законодательные ассамблеи, регионы начнут требовать все больших прав, а это может существенно подорвать единство страны. Особенно беспокоит противников федерализации возможность отделения Шотландии, национальная партия которой уже давно выступает за полную независимость региона. При этом, сознавая необратимость уже происшедших перемен, консерваторы признали результаты состоявшихся референдумов легитимными и не намерены в случае возвращения к власти ставить вопрос о роспуске ассамблеи. То же самое наверняка произойдет и после того, как будет реализован тот или иной вариант автономизации десяти регионов самой Англии, где лейбористы планируют создать агентства регионального развития, призванные самостоятельно решать назревшие экономические проблемы. Но в отличие от созданных консерваторами корпораций городского развития, главную скрипку

в которых играли предприниматели и местная администрация, лейбористы намерены передать агентство под контроль так называемых региональных палат¹⁰.

Возможно, в ближайшее время этого не случится. Однако происшедшие перемены уже серьезно нарушили «унитарность» Великобритании и после всех проведенных референдумов в исторических регионах страны, видимо, можно будет говорить о Соединенном Королевстве Англии, Шотландии, Уэльса и Северной Ирландии.

Процесс деволюции может парадоксально повлиять на внутреннюю стабильность Великобритании. Чем более успешно будут решаться проблемы Шотландии и Уэльса, тем сильнее будут требования по решению проблем самой Англии. Основные параметры реформы – идентичность, национальность, суверенитет и гражданство – ставят проблему дефицита демократии на национальном уровне и экономического неравенства на региональном уровне. В случае успеха программы деволюции Соединенное Королевство может эволюционировать со временем в оригинальную форму деволютивной квазифедерации, реализуя национальные и региональные идентичности путем асимметричного перераспределения власти. В случае программы провала эти процессы могут привести к распаду Союза. Возможен и третий вариант – замораживание конфликта с сохранением напряженности между Лондоном с одной стороны и Эдинбургом и Кардиффом – с другой. От успеха создания деволютивной квазифедерации во многом будет зависеть решение проблем Северной Ирландии. При реформировании политико-территориального устройства Великобритании исходили из децентрализации управления в ответ на требования регионов об уступках.

Для развития политико-территориального устройства Испании характерны процессы регионализации.

Федеративная модель ассоциировалась в Испании с отсутствием порядка и кантонизмом, характерным для Первой республики XIX в.¹¹ На протяжении XX в. в Испании шла открытая и острая борьба между центристскими и центробежными политическими тенденциями. Эта борьба велась не обособленно, а в рамках общего противоборства олигархически-авторитарных тенденций. Выявилась определенная закономерность: повышение значимости национально-региональной проблематики и рационализация притязаний национальных и региональных элит имели место в моменты обострения борьбы вокруг основ политического строя, при ослаблении позиций центральной власти. Роль системы, минимизирующей негативные последствия столкновений интересов центр–регион, играет в постфранкистской Испании государство автономий¹².

В Испании во все демократические периоды развития страны прослеживается склонность к политической децентрализации¹³. Концепция регионализованного государства нашла отражение в тексте двух Конституций: 1931 и 1978 гг. Вместе с тем следует отметить, что государство в Конституции 1931 г. характеризовалось как целостное, совместимое с автономией общин и областей, а в Конституции 1978 г. – как состоящее из автономных образований.

Целостное государство, совместимое с автономией общин и областей, – оригинальная испанская теория, возникшая под определенным воздействием немецкой доктрины федерализма¹⁴. По мнению испанского юриста Ф. Сегадо, в Конституции 1931 г. материализовалась разновидность «урезанного федерализма», впоследствии получившая наименование «регионализованного государства», в котором политическую и административную автономию могли приобрести все области, ходатайствуя об этом¹⁵.

В период преобразования политического режима после смерти генерала Франко в 1975 г. Испания вернулась к идее областной реформы. Карта автономных сообществ была в значительной степени определена еще до принятия новой Конституции. Институционализация преавтономных режимов включала два этапа: утверждение королев-

ским декретом-законом статуса региона, а также выработку мер по преобразованию государственных служб и их передаче территориальным коллективам в результате деятельности смешанных комиссий из представителей центра и регионов.

Во время разработки новой Конституции дали о себе знать две противоположные концепции. Приверженцы первой рассматривали Испанию как единое и неделимое государство. Сторонники второй отмечали, что принципы итальянского законодательства являются удачным решением регионального вопроса в государствах, принадлежащих к континентальной системе права¹⁶.

Конституция 1978 г. не называет политико-территориальное устройство Испании федерацией. Против использования «федеративной» терминологии выступали националистические партии, полагавшие, что это уравнивает статусы «исторических регионов» и провинций, не обладающих особой культурно-исторической идентичностью. Тем не менее официально признаваемая унитарным государством, Испания достигла такой степени децентрализации, что по определенным параметрам ее автономии превосходят субъекты федеративных государств¹⁷.

В испанской модели региональной реформы большое значение имеет инициатива местных коллективов. Как отмечает итальянский юрист Л. Калифано, в Конституции 1978 г. автономия трактуется не только как гарантированное и признанное государством право каждого региона и национальности, но и как возможность каждой территории добровольно реализовать его тогда, когда она этого пожелает, исходя из собственных исторических и культурных характеристик и стремления к автономии¹⁸.

Согласно новым подходам единство страны не рассматривалось в качестве синонима национальной однородности и допускало признание многонационального характера государства. По конституционно-правовой доктрине предоставление статуса национальности не давало каких-либо особых привилегий, а лишь отражало большую степень осознания собственной коллективной идентичности и желание ее сохранять.

Конституция Испании 1978 г. не закрепляла список автономных сообществ, инициатива должна была исходить от заинтересованного населения. Автономные сообщества могли приобретать новый статус на основании процедур, предусмотренных ст. 143 и 151. В первом случае статус регионов определялся положениями гл. 3 Конституции и соответствующими статутами. Для этой категории расширение объема полномочий путем внесения изменений в текст статута становилось возможным лишь по прошествии 5 лет (ч. 2 ст. 148). Для процедуры, предусмотренной в ст. 151, характерны более сложные требования к волеизъявлению населения, однако самостоятельность этих автономных сообществ значительно шире. В частности, Конституция закрепляет лишь общие параметры системы их органов, но не определяет объем их компетенции, оставляя эту проблематику на усмотрение статутов (ст. 152).

Кроме того, допускается особый порядок приобретения автономного статуса для регионов в составе одной провинции. В соответствии со ст. 144 Генеральные кортесы, руководствуясь национальными интересами, могут вместо местных собраний представителей предоставить ходатайство об автономии и разрешить образование сообществ посредством издания органического закона.

На конституционном уровне намечены лишь основные контуры системы региональных органов (ст. 152). К их числу относятся: законодательное собрание, правительственный совет и его председатель, который одновременно является и государственным чиновником, представляющим центральную власть в автономном сообществе. Это должностное лицо хотя и определяется законодательным собранием, но назначается на должность Королем.

В испанской модели регионализованного государства предусмотрена подвижная система разграничения компетенции между государством и автономными сообществами: определены перечни исключительных предметов ведения государства (ч. 1 ст. 149)

и предметов ведения регионов (ст. 148). Кроме того, автономные сообщества могут закреплять в статутах и иные вопросы, специально не отнесенные Конституцией к ведению центральной власти (ч. 3 ст. 149). Однако, как и в Конституции 1931 г., вопросы, не включенные в перечень предметов ведения регионов, резервируются за государством. Центр может делегировать автономным сообществам собственные полномочия путем издания органического закона, которым предусматривается передача соответствующих финансовых средств и определяются формы государственного контроля в данной сфере (ч. 2 ст. 150).

В настоящее время Испания – одна из наиболее децентрализованных стран Европы. Как отмечается в литературе, процесс регионализации не столько обусловлен конституционными предписаниями, сколько выступает результатом переговоров между ведущими политическими партиями страны¹⁹. На основании пактов Манклоа, подписанных в 1977 г. всеми представленными в Генеральных кортесах партиями и правительством, было принято решение о предоставлении преавтономного статуса регионам до вступления в действие новой Конституции страны. В 1981 г. правящая партия СДЦ и ведущая оппозиционная партия ИСРП подписали соглашение о гармонизации процесса автономизации, на основании которого был принят органический закон. В определенной степени этот акт направлен на унификацию процесса автономизации и ограничение полномочий сообществ. В августе 1983 г. Конституционный суд признал неконституционными ряд положений этого закона, в том числе касающихся контрольных полномочий центральной власти в отношении законов и административных мер регионов. Суд исходил из того, что автономия означает возможность принимать окончательные решения в рамках предоставленной компетенции. Вместе с тем продолжают действовать нормы органического закона об одновременном проведении региональных выборов, сроках деятельности представительных органов, ограничении максимальной численности правительственных советов (не более 10 человек), о конструктивном вотуме недоверия по инициативе 15 % депутатов законодательных ассамблей, формах контроля регионов за провинциальными органами²⁰.

На современном этапе в Испании все ее территориальные единицы – автономные сообщества, провинции и муниципалитеты – являются автономными образованиями различных уровней в рамках общей высокой децентрализации политико-территориальной системы страны. Автономизм Испании был противопоставлен франкистской политике жесткой унификации, полного отрицания автономии национальных районов и абсолютного унитаризма. Подчеркивая нерушимое единство испанской нации как единого и неделимого отечества всех испанцев, Конституция Испании в то же время признает и гарантирует право на автономию для национальностей и регионов, ее составляющих, и солидарность между ними (ст. 2). В стране наблюдается демократическое сочетание общетерриториальной и национально-территориальной автономии в политико-территориальной организации.

Важно при этом отметить, что согласно Конституции различия в статусах автономных сообществ ни в коем случае не могут давать ни экономических, ни специальных преимуществ, а государство гарантирует эффективное осуществление принципа солидарности, заботясь об установлении адекватного и справедливого экономического равновесия между различными частями Испании, уделяя особое внимание специфическим условиям островных территорий (ст. 138). Целям выравнивания уровней экономического развития «бедных» и «богатых» регионов и воплощения принципа солидарности служит созданный на основе Конституции 1978 г. Компенсационный фонд как фонд регионального развития (ст. 158). Важно и то, что все испанцы имеют одни и те же права и обязанности на всей территории страны; никакие органы власти не могут принимать меры, прямо или косвенно препятствующие свободному передвижению и выбору местопребывания лиц и свободному перемещению имущества по всему государству (ст. 139).

Ни в коем случае не допускается создание федерации автономных сообществ, а соглашения между ними могут заключаться лишь с разрешения Генеральных кортесов при уведомлении о характере и целях такого соглашения (ст. 145).

Своеобразие испанского автономизма состоит в том, что в рамках его конституционных основ вопросы разграничения предметов ведения и полномочий автономных сообществ и государства решаются в каждом случае отдельно, что порождает еще большую асимметрию внутри системы автономных сообществ. В связи с этим Каталонии, Стране Басков и некоторым другим удалось за последние годы получить немалые уступки центрального правительства, особенно в плане укрепления их финансовой самостоятельности. Общая тенденция расширения автономии и децентрализации власти и управления выразилась в принятии общенационального Пакта об автономии (февраль 1992 г.) и его осуществлении в последующие годы, основывавшихся на нахождении компромисса между децентралистскими и унитаристско-централистскими силами. В результате были существенно расширены полномочия автономных сообществ на основе ч. 2 ст. 150 Конституции.

По мнению А. Авиловой, испанский опыт реформирования системы регионального управления интересен тем, что «...он подтверждает необходимость крайне осторожного подхода к перенесению готовых зарубежных „рецептов“ в специфические национальные условия. Хотя испанская реформа развивалась в русле европейской федералистской традиции (с особым вниманием к практике ФРГ), в стране сумели трезво и прагматично остановиться там, где слишком подробно проработка даже концептуально важных юридических деталей несла на начальном этапе опасность нарушения общественного компромисса, необходимого для переходного периода и продиктованного выбором мирного пути преобразований. Тем самым была обеспечена свобода маневра на первом, самом важном отрезке этого пути... оказалось, что даже вполне успешный опыт становления федеративной государственности представляет собой длительный и поэтапный процесс, требующий серьезной корректировки по мере возникновения сложных проблем структурного порядка»²¹.

В связи с постоянным реформированием государства, состоящего из автономных образований, в испанской конституционно-правовой доктрине сейчас обсуждаются не характерные черты этой модели, а общая концепция его развития. На повестке дня стоит вопрос о том, должно ли государство постоянно находиться в процессе трансформации или же на определенной стадии необходимо определить конечную цель преобразований²².

Современная Испания подтверждает тезис о том, что регионализм — это процесс эволюции унитарного государства. В стране и на уровне доктрины, и на практике продолжается поиск оптимальной территориальной организации. Для Испании характерен регионализм на грани федерализма, причем с течением времени эта грань становится все более условной. Не случайно в современных англоязычных исследованиях, посвященных федерализму, Испания рассматривается как разновидность федерации.

¹ Инако Ц. Современное право Японии. М., 1981. С. 195–196.

² Конституция Королевства Дания // Конституции стран Европы: в 3 т. М., 2001. Т. 1. С. 298.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 298–299.

⁵ Конституция Королевства Нидерландов // Конституции стран Европы. Т. 2. С. 208.

⁶ Там же. С. 209.

⁷ Могунова М. А. Скандинавский парламентаризм. Теория и практика. М., 2001. С. 202.

⁸ Шаповал В. Н. Британская конституция. Киев, 1991. С. 14.

⁹ Перегудов С. П. Конституционная реформа в Великобритании // Эволюция политических институтов на Западе. М., 1999. С. 34.

¹⁰ Там же. С. 35.

- ¹¹ *Salozabel J. J.* Sobre el Estado autonomico Espanol // Revista de estudios politicos. 1992. № 78. P. 109.
- ¹² *Данилевич И. В.* Автономизация Испании // ПОЛИС. 1995. № 5. С. 121.
- ¹³ *Trujillo G.* Un estado federo-regional? // Las experiencias del proceso politico constitucional en México y Espana. Mexico, 1979. P. 208.
- ¹⁴ *Alvarez C.* El estado integral de las autonomias segun la Constitution de la II Republica. Madrid, 1982. P. 18–19.
- ¹⁵ *Segado F.* Las constituciones historicas espafiolas. Madrid, 1981. P. 236.
- ¹⁶ *Murgadas E. A.* La via italiana e la autonomia regionale. Madrid, 1977. P. 31–32; *Beneyto G.* Las autonomias. El poder regional en Espana. Madrid, 1980. P. 63; *Lombardi G.* La nuova Costituzione di Spagna. Torino, 1979. P. 114; *Vandelli L.* L'ordinamento regionale spagnolo. Milano, 1988. P. 19, 58.
- ¹⁷ *Скрипченко С. Д.* Испания: политико-территориальная организация в контексте конституционного строя // Латинская Америка. 2000. № 7. С. 76.
- ¹⁸ *Califano L.* Innovazioni e conformita nel sistema regionale spagnolo. Milano, 1988. P. 11.
- ¹⁹ *Watts R. L.* Comparing Federal Systems. 2nd ed. Montreal and Kigston; L.; Ithaca, 1999. P. 30–31.
- ²⁰ *Agranoff R.* Federal Evolution in Spain // International Political Science Review. 1996. Vol. 17. № 4. P. 391.
- ²¹ *Авилова А.* Испания: новая модель отношений между центром и регионами // Проблемы теории и практики управления. 1997. № 3. С. 45.
- ²² *Malaret Garcia E.* Multidimensional decentralization in Spain: variable geometry decentralization // International Review of Administrative Sciences. 1998. № 4. P. 673.

П. Н. Бирюков*

ПРОКУРАТУРА АВСТРИЙСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Статья посвящена правовым аспектам деятельности прокуратуры Австрии. Автор анализирует структуру прокуратуры, ее компетенцию, отношения с государственными органами, а также особенности деятельности прокуратуры в различных сферах общественных отношений.

Ключевые слова: прокуратура Австрии, Австрийская Республика, уголовное право Австрии, уголовно-процессуальное право Австрии, судебная система Австрии

The article is devoted to the legal aspects of activities of the Prosecution Service of Austria. The author analyzes the structure of the Service, its competence, connections with state services, features of work of the Prosecution service in different spheres of public relations.

Key words: Prosecution Service of Austria, Austrian Republic, Austrian criminal law, Austrian criminal process law, court system of Austria

Прокуратура в Австрии появилась в 1850 г. после вступления в силу в 1849 г. временного Уголовно-процессуального кодекса Австро-Венгерской монархии. Австрийский УПК базировался на Кодексе Наполеона 1808 г. (Code d'instruction criminelle 1808).

В соответствии с УПК 1849 г. прокурор не зависел от суда, однако его обвинительное заключение должно было получить одобрение судьи. Суд также мог санкционировать предварительное расследование в отношении преступлений, не зафиксированных в обвинительном акте прокурора. Однако суду требовалось согласие прокурора на то, чтобы переqualифицировать действия обвиняемого на более тяжкие, чем указанные в обвинительном акте. Кроме того, суд был ограничен требованиями прокурора в отношении вынесения наказания. В таком виде прокуратура просуществовала недолго. В 1853 г. приняли новый УПК, упразднив должность Генерального прокурора и создав институт судебного обвинения.

В 1873 г. в Австро-Венгрии появился новый, более либеральный УПК. Этот документ закреплял так называемую модель следственного судьи (Untersuchungsrichtermodell). Осуществляемая прокурором стадия следствия (Vorerhebungen) продолжала стадию предварительного расследования (Voruntersuchung), которую осуществлял следственный судья. Судья производил основное расследование и сбор доказательств. Такое положение дел (с незначительными изменениями) сохранялось около столетия.

В 60-х гг. XX в. австрийская общественность начала обсуждать реформу уголовного судопроизводства. Результатом стало принятие в 1975 г. нового УПК Австрийской Республики¹. Но функции прокуратуры фактически не изменились.

В феврале 2004 г. австрийский парламент принял Закон «О реформе уголовного судопроизводства»²: в УПК закреплялась новая модель досудебного производства. Стадия досудебного производства, которая осуществлялась следственным судьей, была упразднена, компетенция и ответственность прокурора — расширены. Изменились и полномочия полиции. Улучшилось положение стороны защиты. Указанные нововведения вступили в силу в январе 2008 г.

Рассмотрим основные положения УПК о прокуратуре.

* Бирюков Павел Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права Воронежского государственного университета (Воронеж). Рабочий телефон: (4732) 20-75-21.

1. Отношения между прокурором и полицией

До 2004 г. австрийская полиция делилась на две ветви: федеральная полиция (Bundespolizei) и жандармерия (Gendarmerie), созданные по французской модели.

Федеральная полиция состояла из полиции безопасности (Sicherheitswache) и корпуса уголовной службы (Kriminalbeamtenkorps)³. В большинстве городов существовали управления федеральной полиции (Bundespolizeidirektionen), каждое из которых возглавлял директор. На более низком уровне действовали комиссариаты (Kommissariate) и полицейские участки (Wachzimmer).

Жандармы наделялись меньшими полномочиями, чем федеральные полицейские. К примеру, они были вправе вызывать повесткой и допрашивать обвиняемого, потерпевшего и свидетелей. Однако дача ложных показаний служащим федеральной полиции квалифицировалась как преступление, а жандармам – нет. Если лицо отказывалось передавать доказательство сотруднику федеральной полиции, тот мог оштрафовать виновного, жандарм – нет. Кроме того, по просьбе федерального полицейского следственный судья был вправе применить меру пресечения в виде предварительного содержания под стражей на срок до 6 недель; жандармы правомочий такого рода не имели.

Роль полиции в сфере расследования преступлений и обвинения долгое время законами практически не регламентировалась. Закон о полиции безопасности 1991 г.⁴ не регулировал уголовно-процессуальные отношения, а УПК затрагивал сферу деятельности полиции лишь частично. В основном полиция применяла административные процедуры. В ноябре 2003 г. федеральный министр внутренних дел представил проект поправок к Закону о полиции безопасности. Их целью было объединение полиции и жандармерии для создания более эффективной федеральной полиции (Bundespolizei). Государственные департаменты полиции поделили на окружные и городские департаменты полиции. На местном уровне действовали полицейские участки. Институт жандармерии упразднили.

Закон о реформе УПК 2004 г. предоставил полиции правовую базу для расследования преступлений. Действовавшая с 2004 по 2008 г. практика передачи всех досудебных процедур в руки полиции была довольно эффективной, однако недостаточно гарантировались права потерпевшего и подсудимого.

Новая редакция УПК Австрии закрепила модель досудебного расследования, проводимого полицией под руководством прокурора под контролем суда. Цели реформы – установление новой роли полиции в расследовании; закрепление статуса прокурора как руководителя расследования; усиление охраны прав подсудимого и потерпевшего.

С 1 января 2008 г. расследование почти всех преступлений в Австрии проводится полицией. Она также получила право использовать специальные мероприятия для борьбы с организованной преступностью (действие «под прикрытием», анализ ДНК, наблюдение и т. д.). Прокурор является главой объединенных досудебных процедур. Он также вправе самостоятельно проводить расследование и давать полиции указания, обязательные к исполнению. Кроме того, прокурор и сотрудники полиции могут совместно осуществлять следственные действия.

В зависимости от тяжести правонарушения новая редакция австрийского УПК проводит различие между «мерами расследования» и «другими действиями», которые полиция может производить самостоятельно, по поручению прокурора или с санкции суда. Полиция может совершить действие, на которое требуется поручение прокурора, самостоятельно, однако после его совершения она должна получить указанное поручение.

Изменились функции суда в расследовании. Он теперь контролирует деятельность полиции и прокуратуры. Это говорит о значительном повышении роли прокурора. Он решает, какие обстоятельства необходимо расследовать и какие до-

казательства учитывать, осуществляя тем самым координирующую и контролирующую функции. Прокурор вправе отдавать распоряжения относительно совершения полицией отдельных действий, собирать доказательства лично или поручать это другим лицам (например, эксперту). Данное правомочие особенно важно в свете предусмотренной новым УПК возможности замены уголовной ответственности альтернативными видами воздействия.

Таким образом, была закреплена модель сотрудничества полиции и прокурора с четким лидерством последнего.

2. Отношения между прокуратурой и Министерством юстиции

Австрийская прокуратура входит в структуру Федерального министерства юстиции⁵. Структура, функции и деятельность австрийской прокуратуры регламентированы в Законе «О прокуратуре» 1986 г.⁶, а также в постановлении федерального министра юстиции о применении указанного закона⁷.

Высшая ступень в иерархии австрийской прокуратуры – федеральный министр юстиции. В его компетенцию входит формирование политики прокуратуры путем издания распоряжений (Erlässe), которые часто выполняют функцию инструкций по конкретному делу.

В Австрии около 200 прокуроров федерального уровня, не считая 30, специализирующихся на административных делах. Кроме того, около 40 человек работают в антикоррупционной прокуратуре. В каждом окружном суде прокуратура представлена так называемыми окружными прокурорами (Bezirksanwälte) (их свыше 200).

Закон о прокуратуре различает следующие классы прокуроров. Прокуратуру Австрии⁸ возглавляет Руководящий прокурор (Leitender Staatsanwalt), он же Первый государственный прокурор (Erster Staatsanwalt). Другие работники прокуратуры называются «государственными прокурорами» (Staatsanwalt). Глава прокуратуры Австрии имеет ранг Руководящего верховного прокурора (Leitender Oberstaatsanwalt), его заместитель – Первого верховного прокурора (Erster Oberstaatsanwalt). Офис Руководящего прокурора возглавляет Генеральный прокуратор (Generalprokurator). Остальные работники прокуратуры Австрии и службы Генерального прокуратора представляют свою службу (Oberstaatsanwalt, Generalanwalt). В задачи главы каждой ступени иерархии прокуратуры входят также надзор за нижестоящими прокурорами, дача инструкций (при необходимости) и выполнение некоторых действий по поручению вышестоящих прокуроров.

Каждый офис прокурора в округе делится на секции (Referate), которые объединяются в группы, возглавляемые прокурором группы (Gruppenleiter). Важнейшей задачей последнего является контроль за решениями прокуроров-членов группы. Прокуроры работают под надзором прокурора группы по меньшей мере первые десять лет. По истечении этого времени глава службы может передать решение профессиональных задач под их полную ответственность (если позволяют квалификация и опыт сотрудника). Вместе с тем прокурор группы должен проверять решения об отказе от обвинения в делах, подпадающих под юрисдикцию суда присяжных, и некоторых других (так называемый принцип четырех глаз).

В 2007 г. в австрийское законодательство были внесены изменения⁹, в результате в прокуратуре появилось новое подразделение – Прокуратура по борьбе с коррупцией. Она осуществляет руководство процессом предварительного расследования (§ 20а УПК) и представляет обвинение по делам о коррупционных деяниях (§ 28а УПК).

Для назначения на должность прокурора необходимо соответствовать требованиям для назначения на пост судьи и, кроме того, проработать в должности судьи как минимум год. Окружные прокуроры также должны пройти особое обучение.

Министр юстиции может издавать общие инструкции, касающиеся выполнения задач прокуратурой, а также специальные инструкции о расследовании и обвинении в отдельных случаях. Прокурор обязан отказаться выполнять инструкции, нарушающие уголовное законодательство, иначе он может быть привлечен к ответственности по § 302 УК Австрии¹⁰ (злоупотребление служебными полномочиями).

Прокуроры должны докладывать вышестоящим прокурорам о делах, представляющих особый государственный интерес. В отчет необходимо включать сведения об уже предпринятых и планируемых действиях. Руководство прокуратуры обязано ежегодно отчитываться перед Министерством юстиции.

Согласно принципу законности прокуроры не могут отказаться от обвинения по мотивам целесообразности. Прокурор должен определить, наказуемо ли деяние по уголовному закону; если наказуемо, он обязан выдвинуть обвинение. Кроме того, в соответствии с § 90 УПК при недостаточности доказательств для продолжения обвинения прокурор прекращает дело путем отзыва обвинительного акта (*Zurücklegen der Anzeige*). После начала предварительного расследования он может принять решение об отзыве своего отказа от обвинения (п. 1 § 109 УПК) или же заявить, что не видит оснований для продолжения судебного процесса.

В случаях, когда прокурору становится известно о наличии законных препятствий для обвинения (например, истечение срока давности), он должен отказаться от обвинения. Если прокурор прекращает дело, он обязан проинформировать об этом потерпевшего и подозреваемого. Прокурору необходимо мотивировать решение об отказе от обвинения, что дает потерпевшему право решать, начинать самостоятельное уголовное преследование или нет. В противном случае прокурору следует мотивировать решение о прекращении дела для целей внутреннего контроля. Прокурор также должен прекратить дело, если существуют законные основания для исключения деяния из сферы уголовно наказуемых (§ 42 УК Австрии – *mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*). Параграф 42 УК гласит, что деяние не наказуется, если:

деяние является правонарушением, требующим публичного обвинения (в случае отсутствия заявления потерпевшего);

деяние является проступком (такое нарушение карается не более чем тремя годами лишения свободы);

вина нарушителя оценивается как незначительная;

деяние не повлекло за собой последствий или же последствия незначительны либо последствия не так уж незначительны, но нарушитель полностью выплатил компенсацию или предпринял серьезные усилия для почти полной компенсации третьей стороне; наказание не является необходимым для целей частной превенции.

Таким образом, § 42 УК декриминализует незначительные нарушения.

Кроме того, законодательство предусматривает исключение из принципа законности, основанное на соображениях эффективности уголовного процесса. Так, согласно п. 2 § 34 УПК прокурор может:

1) безусловно или временно отказаться от поддержания обвинения по некоторым нарушениям в случае:

а) когда подзащитный обвинен в совершении более одного уголовного деяния, если это не должно существенно повлиять на приговор, который будет вынесен;

б) когда подсудимый должен быть выдан другой стране вследствие совершения других уголовных деяний; при этом наказание по приговору, который может быть вынесен в Австрии, незначительно по сравнению с наказанием по «иностранному» приговору. В этом случае прокурор может приостановить дело до вынесения приговора за рубежом;

2) решить не поддерживать обвинение в отношении деяния, совершенного за границей, если подзащитный уже был осужден за рубежом.

Каждый может подать надзорную жалобу на действия прокурора в вышестоящую инстанцию (Aufsichtsbeschwerde). Жалобы, которые не относятся к «явно необоснованным», требуют соответствующего отчета прокурора.

Велика роль прокуратуры в применении альтернативных мер. Институт альтернативных мер в Австрии подразумевает упрощенное завершение процесса прокурором или судом по незначительным преступлениям. По уголовному делу выносится окончательное постановление, но оно не регистрируется в уголовном реестре как обвинительный приговор. В результате совершенное правонарушение считается уголовным деянием, но реакция на него менее официальна, а зачастую и более социально конструктивна. С 1988 г. альтернативные меры применялись только в отношении несовершеннолетних и по некоторым видам преступлений.

В январе 2000 г. поправкой к УПК были расширены права прокурора по применению альтернативных мер. Согласно новым правилам альтернативные меры могли использоваться с того момента, как прокурор был поставлен в известность о факте нарушения, и до объявления прений сторон.

УПК называет следующие предпосылки применения альтернативных мер:

1) преступление не является незначительным, а также преступлением, которое требует традиционных уголовных наказаний в интересах индивидуальной и общей првенции;

2) преступление должно подпадать под юрисдикцию окружного суда или судьи в земельном суде (Landesgericht). Наказание за такое преступление не может превышать пяти лет лишения свободы (за некоторыми исключениями)¹¹;

3) преступление должно быть «публичным» (Offizialdelikte), требовать публичного обвинения;

4) вина подозреваемого не должна быть тяжкой;

5) должно соблюдаться требование добровольности (Freiwilligkeitserfordernis): необходимо, чтобы подозреваемый дал согласие на применение к нему альтернативных мер. Альтернативные меры не применяются к преступлениям, повлекшим смерть жертвы.

УПК Австрии предусматривает четыре вида альтернативных мер, которые не могут назначаться одновременно: а) выплата определенной суммы денег (альтернативный штраф); б) исправительные работы; в) испытательный срок (1–2 года), который может быть совмещен с наблюдением за лицом, отбывающим пробацию, и (или) выполнение так называемых обязательств (Pflichten); г) посредничество между жертвой и преступником (Aussergerichtlicher Tatausgleich).

Посредничество – это способ внесудебного разрешения конфликта. Согласие потерпевшего – основная предпосылка для заключения мирового соглашения между ним и преступником. Посредничество производится специально обученными социальными работниками Ассоциации «Neustart» – примирителями (Konfliktregler). Примиритель информирует прокурора об исходе разрешения конфликта. Решение о том, успешно ли примиритель справился со своей ролью, принимается прокурором или судом. Ни прокурор, ни суд не вправе определять заранее исход урегулирования; участники и примирители свободны в выборе пути разрешения конфликта. Наряду с альтернативным штрафом посредничество является мерой, при которой прокурор может потребовать выплаты суммы до 145 евро. УПК Австрии подчеркивает, что каждая из альтернативных мер должна сочетаться с ордером на компенсацию.

Прокурор применяет альтернативную меру, пока он не представил официальный обвинительный акт, после которого дело передается в суд. Прокурор также вправе обратиться с ходатайством о применении альтернативных мер в ходе судебного разбирательства, если считает это необходимым.

Окончание процесса прокурором предотвращает вынесение судом приговора. Тем самым нарушается судебная монополия на применение наказания (richterliches Sank-

tionsmonopol); судья «замещается» прокурором. При этом отказ виновного от предложенных ему альтернативных мер ведет к продолжению процесса. Кроме того, производство по делу возобновляется, если виновный вовремя не выполняет обязательств по альтернативным мерам либо требует продолжения производства.

Успешно исполненные назначенные альтернативные меры имеют такой же статус, что и приговор суда, и предотвращают обвинение в отношении того же деяния (принцип *ne bis in idem*).

Недостатком альтернативных мер является отсутствие у потерпевшего возможности обжалования решений прокурора. Если прокурор прекращает производство альтернативными мерами, потерпевший не может действовать в качестве субсидиарного обвинителя (*Subsidiarankläger*).

В производстве по делам несовершеннолетних меньше ограничений применения альтернативных мер. Прокурор принимает решение об использовании альтернативных мер, если преступление, совершенное несовершеннолетним, наказывается штрафом или лишением свободы на срок не более пяти лет, и соблюдены все условия, перечисленные в УПК.

Австрийское законодательство разрешает в некоторых случаях не прибегать к альтернативным мерам.

Согласно § 6 Закона «О ювенальных судах»¹² прокурор должен прекратить процесс в случае совершения преступления несовершеннолетним, за которое может быть назначен только штраф либо лишение свободы на срок не более пяти лет. Это означает, что дальнейшие меры, в том числе альтернативные, не обязательны в целях частной превенции.

Кроме того, прокурор может отказаться от обвинения по незначительным нарушениям, совершенным военнослужащими по приказу старших по званию при определенных обстоятельствах. Вместе с тем наказание все же может быть назначено на основе внутренних правил военной службы (§ 3 (2) Военно-уголовного кодекса¹³).

Другой пример. Если заключенный совершил преступление, которое должно преследоваться окружным судом, государственный прокурор может отказаться от обвинения, если преступление незначительно и дисциплинарное наказание (*Ordnungsstrafe*) представляется достаточным (§ 118 (3) Закона «О тюрьмах»¹⁴).

Согласно § 35 (1) Закона «О наркотических веществах»¹⁵ прокурор должен отказаться от обвинения лица за приобретение или владение небольшим количеством наркотиков для личного пользования, если существует необходимость в лечении от наркотической зависимости, оно возможно (по мнению окружных властей) и от него не уклоняется подсудимый. За виновным может быть назначено надзирающее лицо. Прокурор вправе на два года отказаться от обвинения, если:

количество наркотиков мало;

подсудимый приобрел или владел большим количеством наркотиков, но не намеревался пустить их в оборот;

преступление было совершено наркозависимым в связи с приобретением наркотиков (вина подсудимого не может быть сочтена тяжелой и признание виновным необходимо для предотвращения совершения подсудимым преступления в будущем).

В течение двух лет обвинение может быть возобновлено 1) по требованию подсудимого, 2) если он обвиняется в совершении новых преступлений, связанных с наркотиками, 3) подсудимый нарушает любое из условий испытательного срока, и есть иные причины для продолжения уголовного процесса.

3. Взаимоотношения прокурора и суда

Согласно Конституции Австрии уголовное судопроизводство должно проходить в устном виде, быть публичным и основываться на принципе состязательности (ст. 90). Это

означает, что функции прокурора и суда разделены. До передачи дела в суд прокурор предъявляет обвинение. Суд ограничивается представленными ему пунктами обвинения. Если в ходе процесса прокурор отказывается от пункта обвинения (что возможно до судебных прений), суд должен оправдать обвиняемого в этой части (принцип *Anklagegrundsatz*).

В австрийском УПК предусмотрена возможность частного обвинения. В этих случаях потерпевший выступает в роли частного обвинителя и вправе представлять в суд материалы, поддерживающие обвинение. По поручению суда прокурор осуществляет в таких делах государственное обвинение. В соответствии с § 47а УПК Австрии потерпевший вправе активно участвовать в уголовном процессе. Чтобы воспользоваться этим правом, он должен заявить о своем желании участвовать в процессе в качестве частного обвинителя. Право на активное участие частного обвинителя включает передачу доказательств в суд, ознакомление с материалами дела, допрос подсудимого, свидетелей и экспертов, личные показания, а также представление гражданского иска и обвинительной речи. Если доказательств для удовлетворения гражданского иска достаточно, суд должен, не передавая его в гражданский суд, самостоятельно принять решение. Если прокурор в ходе процесса отказывается от поддержания обвинения, частный обвинитель вправе самостоятельно осуществлять функцию обвинения, выполняя роль прокурора. При этом он идет на определенный финансовый риск в случае, если подсудимый не будет признан виновным.

Прокурор не имеет права обвинять подозреваемого в совершении менее серьезного нарушения, несмотря на наличие достаточных доказательств для обвинения подозреваемого в совершении более серьезного нарушения. Австрийский УПК не знает института сделки о признании вины.

В ходе судебного производства прокурор может расширить обвинение. Однако обязательно изменять пункты обвинения только из-за различных законных предположений. Прокурор должен расширить обвинение, если в ходе судебного слушания имеются доказательства совершения лицом другого преступления. Если суд не включает это нарушение в приговор, а прокурор не протестует против такого решения суда, обвинение возможно только путем подачи апелляции.

Вкратце судебная стадия по новому УПК выглядит следующим образом. Председательствующий судья первым допрашивает обвиняемого, свидетелей и экспертов. После этого он предлагает судебным заседателям, непрофессиональным судьям, присяжным, прокурору, частному обвинителю, адвокату защиты и обвиняемому задать вопросы. Эта же процедура применяется для свидетелей защиты. Перекрестный допрос в УПК Австрии не предусмотрен.

После исследования доказательств прокурор произносит заключительную речь и просит признать обвиняемого виновным. После заключительной речи прокурора частный обвинитель может произнести заключительное слово, далее слово предоставляется обвиняемому и его адвокату.

Таким образом, прокурор в Австрии имеет статус стороны в судебном процессе, представляющей интересы государства. Однако прокуроры также обязаны быть объективными и выяснять истину. Обязанность прокурора – обеспечить, чтобы все доказательства, в том числе в пользу обвиняемого, были представлены в суд (§ 3 УПК). Прокурор также вправе решить дело альтернативными мерами до суда или отказаться от обвинения до окончания судебного следствия.

¹ Strafprozessgesetz 1975 // BGBl. № 631/1975.

² Strafprozessreformgesetz 2004 // BGBl. I. № 19/2004.

³ В 2002 г. в рамках *Bundeskriminalamt* были созданы управления по борьбе с преступлениями, связанными с отмыванием денег, по борьбе с экологическими преступлениями и детской порнографией.

⁴ Sicherheitspolizeigesetz 1991 // URL: http://www.ris2.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1991_566_0/1991_566_0.pdf.

⁵ URL: <http://www.justiz.gv.at>.

⁶ Staatsanwaltschaftsgesetz 1986 // URL: <http://www.ogh.gv.at/gp/index.php?nav=15>.

⁷ Verordnung 1986 // URL: <http://www.ris2.bka.gv.at/Bundesrecht>.

⁸ URL: <http://www.ogh.gv.at/gp/index.php?nav=12>.

⁹ Strafrechtsaenderungsgesetz 2007 // BGBl. I. № 109/2007.

¹⁰ Strafgesetzbuch 1974 // BGBl. № 60/1974.

¹¹ Из этого перечня исключались преступления, которые должны были слушаться в судебных составах Schöffengericht (два судьи и два непрофессиональных заседателя) или Geschworenengericht (три судьи и восемь присяжных).

¹² Jugendgerichtsgesetz 1988 // BGBl. № 599/1988.

¹³ Militärstrafgesetz // URL: <http://www.ris2.bka.gv.at/Bundesrecht>.

¹⁴ Strafvollzugsgesetz 1969 // BGBl. № 144/1969.

¹⁵ Suchtmittelgesetz // URL: <http://www.ris2.bka.gv.at/Bundesrecht>.

А. Ю. Ширяев*

СОЦИАЛЬНО-ЭТИЧЕСКОЕ И ПРЕДМЕТНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ВИНЫ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Исследуется социально-этическое и предметное содержание вины как сложного уголовно-правового понятия. Анализируются проблемы теории вины в условиях российской правовой действительности. Показана взаимосвязь проблем общей теории вины и вопросов виновности в практике разрешения конкретных судебных казусов.

Ключевые слова: вина, упречность, социально-этическое содержание вины, предметное содержание вины

The social-ethic and objective content of guilt as complex criminal law conception is researched. The problems of guilt theory in the conditions of the Russian lawful reality are analyzed. Correlation between theoretical and practical questions in trial of the criminal cases is shown.

Key words: guilty mind, blameworthiness, social-ethic content of guilty mind, objective content of guilty mind

Господствующая психологическая теория определяет вину в уголовном праве как психическое отношение лица к совершаемому им конкретному общественно опасному деянию и к его общественно опасным последствиям, выраженное в форме умысла или неосторожности, в котором проявляется антисоциальная направленность деятельности виновного, порицаемое судом от имени Российской Федерации. Как отмечают криминалисты, в теоретическом плане вину необходимо рассматривать в нескольких аспектах (психологическом, уголовно-правовом, предметном и социальном), причем каждый из них высвечивает определенную грань этого понятия¹.

Абстрактный и неопределенный термин «психическое отношение» позволяет вкладывать в него различный смысл. Так, А. П. Козлов, говоря о непрерывном развитии преступной деятельности «от возникновения психического отношения до наступления преступного результата», обозначает этим термином реальные психические процессы, характеризующие акт преступного поведения с внутренней стороны². Н. Г. Иванов, напротив, психическое отношение лица к содеянному, выраженное в виде умысла или неосторожности, понимает шире, наполняет ценностным содержанием и отмечает, что вину нельзя сводить исключительно к ее формам (умыслу и неосторожности)³. По мнению М. И. Еникеева, характеристика вины вообще лежит за пределами форм психического отношения субъекта к деянию и раскрывается как причастность антисоциальных личностных качеств индивида к противоправному деянию, игнорирование личностью общественных интересов, выступающее основанием для несения наказания виновным⁴.

Основу вины образуют психические познавательные и волевые процессы. «Психическое отношение», этот реликтовый теоретический конструкт советской психологии, может выражать лишь общий итог направленности психики субъекта на антисоциальный характер поведения. Поэтому А. П. Козлов, например, не вполне точен, утверждая, что реальная вина, «существующая в природе», — это определенные отношения, обозначаемые умыслом и неосторожностью⁵. «Реальная вина» — это психические когнитивные и волевые процессы той или иной интенсивности, сопряженные с преступлением.

* Ширяев Алексей Юрьевич — старший помощник прокурора г. Кушвы, юрист 1-го класса, соискатель кафедры уголовного права Уральской государственной юридической академии (Кушва). E-mail: a.shiriaev@e1.ru.

Как юридический феномен вина проявляется в пределах своих форм – умысле или неосторожности. Иные компоненты, называемые в литературе (антиобщественная установка, предосудительность мотивов, характера и образа мыслей), составляют социально-этическое содержание вины личности, вполне укладывающаяся в границы традиционных форм. Даже современная немецкая уголовно-правовая доктрина хотя и вывела вину (Schuld) за пределы субъективного состава преступного деяния (Subjektive Tatbestand), но рассматривает ее в форме умысла и неосторожности как модусов проявления личностного дефекта правосознания. Умысел и неосторожность как формы вины соответствуют ценностному подходу и состоят во враждебном либо беззаботном личностном отношении к требованиям правопорядка, а умысел и неосторожность в составе деяния выполняют функцию типизации преступного поведения⁶.

В этическом смысле вина дает право наказывать. В частности, американский криминалист Дж. Самаха принцип наказания за вину выводит из требований естественной справедливости: «Виновен только тот, кого мы имеем право обвинить»⁷. П. А. Волостнов обоснованно выдвигает следующий тезис: «Психическое отношение в структуре вины не имеет специфики. Особенность заключается не в самих психических процессах, включающих в себя интеллектуально-эмоционально-волевые компоненты, которые универсальны для любого типа сознательно-волевого поведения, а в специфике отражаемых фактических обстоятельств»⁸. Действительно, сами интеллектуально-волевые процессы в психике преступника, отвлеченные от их предметного и личностного содержания, не выражают особенности вины в преступлении.

Вместе с тем психические процессы формируют ядро виновного отношения. Они предметно направлены (интенциональны) и итог их протекания – формирование когнитивного или волевого результата (соответственно знание и решимость). Протекающие в психике преступного субъекта процессы объясняют закономерный переход качеств личностной деформации правосознания к предметному преступному поведению, а вина имеет два компонента: социально-этический (личностный) и конкретно-предметный, связанный с самим деянием.

Кризис теории вины в российском уголовном праве очевиден, поскольку соотношение понятий вины-оценки и психологической вины подлежит пересмотру⁹. Так, психологи М. Льюис и Р. Бак рассматривают вину как вторичную этическую эмоцию, которая не возникает с рождения, а требует развития когнитивных способностей и самосознания¹⁰.

Этическая философия и уголовное право давно ведут поиски стандартов моральной упречности поступка. А. Шопенгауэр, например, предложил формулу степени аморальности поведения: «Величина несправедливости моего поступка равна величине зла, которое я им причиняю другому, разделенной на величину выгоды, какую я сам из него извлекаю»¹¹. Схожий критерий использовал П. А. Фейербах, утверждавший, что «преступление, учиненное по внутреннему побуждению при слабых внешних прелестях, более достойно наказания, нежели то преступление, в которое человек вовлечен был сильными случайными внешними прелестями»¹². Само требование субъективной вины в уголовном праве следует признать внедрением в него морального принципа: к фактическому вменению присоединяется как его дополнение вменение моральное¹³. В исторических конструкциях вины ее юридическое содержание часто выражается через этический аспект. Так, в позднем римском праве умысел – это «безнравственное, направленное на совершение деяния, намерение»¹⁴. Одна из немецких уголовно-правовых теорий вины как ответственности за собственный характер основана на моральной системе А. Шопенгауэра¹⁵. Франц фон Лист полагал, что, признавая существенным элементом преступления внутренние особенности преступника, главным следует считать характер деятеля. Детерминизм, по Листу, дает разумное основание существованию вины, поскольку «может поставить отдельное деяние в связь со всем психологическим складом виновника»¹⁶.

Этика дает примеры исследований фундаментальной нравственной основы вины как осознанной несправедливости. Например, А. Шопенгауэр утверждал, что преступность индивида объясняется таким самоутверждением воли, при котором она неправомерно вторгается в сферу утверждения чужой воли (Einbruch in die Grenze fremder Willensbejahung)¹⁷. Такое вторжение выражается в слове «несправедливость». «Терпящий несправедливость чувствует вторжение в сферу утверждения своего собственного тела в виде отрицания его чужим индивидуумом: он чувствует это как непосредственное и духовное страдание, которое вполне отделимо и отлично от сопровождающей его физической боли, причиняемой самим деянием, или от огорчения по поводу утраты. С другой стороны, в совершающем несправедливость... мгновенно возникает это сознание, не in abstracto, а в виде темного чувства, — и это называют угрызениями совести или, ближе к данному случаю, чувством содеянной несправедливости»¹⁸.

А. Э. Жалинский обоснованно ставит вопрос о существовании в уголовном праве ситуации формального наказания за вину, которой, по существу, нет, приводя в пример ответственность по УК РСФСР 1960 г. за гомосексуализм и спекуляцию, а на современном этапе отмечая проблематичность ответственности за наркоманию. Этим выражены два главных этических момента, определяющих вину: причинение или угроза вреда общественным ценностям и свободная возможность субъекта действовать правомерно¹⁹.

Введение в России суда присяжных с его смешением понятий судьи и эксперта в сфере морали несет риск перемещения «вины» в правовой действительности из области объективных психических фактов в сферу нравственных оценок. И. А. Клепицкий отмечает, что в оценочной теории вины внимание акцентируется не на объективных, а на субъективных признаках, что больше соответствует принципу вины. Оценочная теория, по мнению ученого, точнее отражает реальную познавательную деятельность в уголовном процессе, а современные попытки обосновать оценочную теорию вины во многом связаны с изучением практики суда присяжных. Особенность оценочного подхода состоит в том, что невиновным может быть признано лицо, осознанно совершившее не только малозначительное деяние, но и деяние, повлекшее тяжкие последствия вплоть до смерти потерпевшего (что иногда и происходит в суде присяжных)²⁰. Отметим, что проблема кризиса традиционной юридической догмы виновной ответственности неразрывно связана с проблемой сдвига к агностицизму в сфере судебного исследования объективных фактов. Суд присяжных по природе склонен при возникновении сомнений в фактах выносить вердикт о виновности, основываясь на интуитивном представлении о моральной оценке деяния и личности подсудимого. Ярким историческим примером подмены юридической конструкции вины моральной предосудительностью является знаменитый казус Веры Засулич. Достоверная доказанность преступления В. Засулич в виде умышленного причинения тяжкой раны градоначальнику Трепову (Засулич обвинялась в покушении на убийство) не помешала жюри вынести оправдательный вердикт, констатирующий полное отсутствие вины вследствие нравственных симпатий к поступку, невзирая на наличие состава преступления.

Введение суда присяжных выявило ряд сложных вопросов в современном понимании вины. Неискушенный в праве присяжный заседатель, отвечая на основной вопрос, предусмотренный п. 3 ч. 1 ст. 339 УПК РФ: виновен ли подсудимый в совершении этого деяния, не различает доказанность факта осознанного совершения конкретного преступления и степени моральной упречности подсудимого. Требование ч. 3 ст. 348 и ч. 5 ст. 399 УПК РФ в виде запрета разрешения присяжными юридических вопросов неопределенно и трудновыполнимо. Можно ли при вынесении вердикта вычленивать чисто физический факт преступного события, свободный от юридической и моральной оценок, а затем признать подсудимого в нем виновным? Как писал П. И. Люблинский, факт не есть случайно вырванный из густой сети взаимоотношений «кусочек» действи-

тельности; это совокупность различных обстоятельств, проникнутых взаимной сетью и релевантных в каком-либо отношении. Установление факта — это уже начало применения материального закона²¹. Физические изменения материальных объектов, включая телодвижения субъекта и потерпевшего, сами по себе еще не составляют предмета виновности.

Психологическая теория считает вину категорией объективной реальности. Как полагают ее сторонники, адепты нормативной концепции отрицают за виной качество строго определенного факта внешнего мира, явления объективной действительности, которое может и должно быть отражено в сознании суда²². Однако Верховный Суд РФ вопросы субъективной возможности предвидения и расчета на предотвращение наступления преступных последствий относит не к реальным психологическим фактам, а к юридической оценке деяния. Можно ли считать это проявлением тенденции к отказу от требования установить предметное содержание субъективной стороны преступления и воплощения в жизнь теории вины-оценки?

Верховным судом Республики Коми 1 декабря 2003 г. Шумилов осужден по ч. 2 ст. 109 УК РФ за причинение смерти по неосторожности Механошиной и Лютых. Органами предварительного следствия Шумилов обвинялся в убийстве Механошиной на почве ссоры и убийстве Лютых с целью сокрытия другого преступления. Коллегия присяжных заседателей признала доказанным, что событие преступления имело место. При этом присяжные заседатели утвердительно ответили и на вопрос о доказанности факта нанесения Механошиной множественных ударов металлическим прутом по голове, повлекших смерть потерпевшей, и на вопрос о доказанности факта нанесения Лютых не менее двух ударов по голове, причинивших смерть потерпевшему. Одним из оснований отмены приговора Президиум Верховного Суда РФ признал постановку вопросов о форме вины, посчитав эти вопросы исключительно юридическими (их решение присяжными противоречит требованиям ч. 3 ст. 248 УПК РФ) и содержащими формулировку правовой оценки содеянного. Незаконными признаны два вопроса об отношении Шумилова к последствиям его действий, совершенных в отношении потерпевших. Так, в вопросе № 3 было предложено ответить, доказано ли, что Шумилов нанес удары Механошиной, «не предвидя возможности наступления телесных повреждений и смерти потерпевшей... или рассчитывая на их предотвращение». Аналогичным образом сформулирован противоречащий требованиям УПК РФ вопрос по установлению формы психического отношения к потерпевшему Лютых²³.

В XX в. оценочная теория вины заняла господствующую позицию в германской уголовно-правовой доктрине. Принцип вины и ответственности немецкого уголовного права, сформулированный как «наказание предполагает вину», говорит о том, что вопрос о вине можно сформулировать следующим образом: можно ли данное деяние поставить в упрек его автору и наказать его. «К вине как элементу преступления, а не субъективного состава деяния новейшая теория относит упречную мотивацию и ряд иных признаков. Обосновывается это тем, — указывает А. Э. Жалинский, — что такого рода признаки характеризуют не негативность действия или результата, а негативность убеждений, мышления»²⁴. Вменяемость (*Schuldfahigkeit*), признаки образа мыслей (злоумышленно, жестоко) относятся к личности и не входят в субъективный состав преступного деяния. Вина — это институт социально-правового характера, направленный на отделение противоправности деяния от противоправности субъекта и поиск материального субстрата преступления. Установление вины есть установление противоречия долгу²⁵.

Однако оценочно-этический аспект не должен подавлять предметное содержание вины, в противном случае отпадет правовая определенность вменения. Обращенным во внешний мир полюсом виновного отношения выступает осознание объективных моментов причиняемого вреда, направленности деяния против конкретного блага.

«Предметный аспект означает, что вина как абстрактное понятие не существует, она должна связываться с совершением конкретного деяния. Лицо признается не вообще виновным, а виновным в совершении, например, кражи, хулиганства или другого какого-либо преступления»²⁶. В. Н. Кудрявцев, говоря о квалификации преступлений по субъективной стороне, отмечает, что, представляя собой своеобразную модель объективной стороны в психике субъекта, субъективная сторона различных преступлений обладает неодинаковым «предметным содержанием» и может иметь различную форму²⁷. Принцип субъективного вменения воспроизводит в уголовном праве положение о единстве сознания и деятельности, которое, по С. Л. Рубинштейну, есть узловое звено всех принципов психологии. «Единство сознания человека и его поведения, внутреннего и внешнего его бытия, которое в нем утверждается, раскрывается, прежде всего, в самом их содержании. Внутреннее, психическое неопределимо вне соотнесения с внешним, объективным»²⁸. «Объективная сторона есть внешняя, чувственно воспринимаемая форма, в которой выражается внутреннее субъективное содержание преступления, выступающего в виде отрицательного отношения индивида к обществу, правопорядку и могущего быть обозначенным термином „вина“»²⁹.

Предметное содержание вины отделяет юридическое вменение от порицания за не очерченный правовым запретом аморальный импульс или не объективированный во внешнем волевом акте голый умысел. Так, Т. В. Кондрашова указывает, что несмотря на то что аморальным может быть признан довольно широкий спектр низменных способов полового поведения, понятие изнасилования имеет свой формально определенный модус действия, четкую взвешенную и осознаваемую таковой смесь средств и целей. Физическое насилие, как и угрозы его реализовать, должно применяться только с целью сломить либо предупредить сопротивление со стороны потерпевшей для вступления с ней в половую связь³⁰. Субъективные и объективные признаки каждого состава преступления не являются простой их суммой или агрегатом. Субъективная сторона преступления (психическое отношение к деянию) должна охватывать все объективные юридически значимые признаки преступления, с отдельными особенностями в «асимметричных» (усеченных) составах и составах неосторожных преступлений.

«Квалификация умышленных преступлений по статьям уголовного закона, — писал Ю. А. Демидов, — невозможна без установления содержания умысла виновного»³¹. Предмет умысла, таким образом, считается фактической основой правовой оценки. Например, в уголовном праве США, страны, где исторически сильны традиции суда присяжных, *mens rea* (виновная мысль) — это психический элемент или вид преступного намерения, который сторона обвинения должна доказать за пределами разумных сомнений³², т. е. как факт. В отечественном уголовном праве структура общественной опасности конкретного преступления определяет «двухслойную» структуру предметного содержания вины субъекта. Сознание виновного должно охватывать характер объекта, фактическое содержание и социальное значение совершаемого действия или бездействия³³. Но в какой степени можно установить предмет виновного психического отношения как факт и что служит объективным отражением этого отношения?

Суд присяжных Московского областного суда осудил Томилова за совершение развратных действий в отношении несовершеннолетней и угрозу убийством по ст. 120, 207 УК РСФСР. Президиум Верховного Суда РФ 31 августа 1994 г. отменил приговор и определение кассационной палаты Верховного Суда РФ, а дело направил на новое рассмотрение, указав следующее. Следственные органы предъявили Томилову обвинение в том, что он, угрожая убийством малолетней П., изнасиловал ее в извращенной форме (оральным способом), и квалифицировали эти действия по ч. 4 ст. 117 УК РСФСР. Фактические обстоятельства обвинения полностью подтверждены в судебном заседании. Перед присяжными поставлено два вопроса: 1) виновен ли подсудимый в том, что, угрожая П. и используя ее беспомощное состояние, совершил с ней на-

сильственный половой акт в извращенной форме; 2) виновен ли подсудимый в том, что совершил в отношении несовершеннолетней П. развратные действия, направленные на удовлетворение своей половой страсти, выразившиеся в обнажении ее тела и непристойных прикосновениях к нему? Коллегия на первый вопрос дала отрицательный ответ, на второй – положительный. По мнению Президиума Верховного Суда РФ, из отрицательного ответа коллегии присяжных заседателей на первый вопрос нельзя сделать однозначный вывод: или присяжные заседатели согласились с мнением адвоката, что изнасилование возможно только в случае насильственного полового сношения в обычной форме, или вопреки показаниям потерпевшей и подсудимого пришли к выводу о недоказанности самого факта введения Томиловым под угрозой убийства полового члена в рот потерпевшей. Кроме того, Президиум пришел к выводу, что поставленные присяжным заседателям вопросы требуют юридической оценки действий («насильственный половой акт в извращенной форме», «развратные действия»), что противоречит требованиям закона³⁴.

Верховный Суд РФ вопросы о юридических признаках деяния и об их охвате умыслом виновного относит к вопросам правовой квалификации, а не установления факта. Возникает проблема порядка процессуальной реконструкции «двухслойного» по структуре предметного содержания вины. Устанавливается ли виновность лица в деянии определенного характера общественной опасности, закрепленном в норме УК, или виновность в физических телодвижениях, описываемых натуралистически, с учетом того что преступления, предусмотренные ст. 119, 132 и 135 УК РФ, отличаются по объекту, а следовательно, характеру общественной опасности. Относится ли содержание умысла к фактам, хотя бы в части фактических обстоятельств в его содержании. В соответствии со ст. 5 УК РФ лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина. Умысел предполагает направленность на совершение конкретного деяния определенного характера общественной опасности и должен быть доказан. Возникает абсурдная ситуация, когда присяжные должны признать подсудимого виновным якобы не в конкретном преступлении, понятие которого определено в законе, а в исполнении отдельных элементов фактического поведения неопределенного характера социальной опасности (фактическая угроза убийством, фактические сексуальные действия в отношении малолетней в указанном месте и в указанное время). Только судья вправе объединить эти мозаичные части в единой правовой оценке с юридической формой вины. Виновность в фактическом деянии, которую устанавливает жюри, оказалась лишена социально-правового содержания, что прямо следует из пп. 28 и 29 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 ноября 2005 г. № 23³⁵.

Фактическое ядро предметного содержания вины определяется тем, что С. Л. Рубинштейн называл «техническая операция по отношению к вещи». Так, в психическом отношении к общественно опасным действиям невменяемых лиц нельзя полностью исключить присутствие «натуралистических» элементов умысла. Их поведение не лишено полностью субъективного содержания подобно действиям неодушевленных механизмов. Актуальный психический импульс аномального субъекта предметно ориентирован, вследствие этого поведение предварительно может быть квалифицировано как тот или иной вид умышленного преступления, например умышленного причинения смерти, умышленного повреждения чужого имущества или угрозы убийством. Первично психика аномального субъекта, как и вменяемого лица, направлена на действия с внешними предметами, но не достигается должный уровень осознания социального значения поступка.

Преступление есть не что иное, как акт поведения определенного социального значения, факт социальной, а не просто физической действительности. Предметное содержание вины не ограничено только физическими характеристиками предметов

и действий, составляющих объективную сторону конкретных преступлений, оно включает социальное значение предметного поведения. Как писал в исследовании о психосоциальном развитии человека Д. Франкл, «все, что присутствует в социальной жизни — как материальные структуры, так и правила, законы, обычаи и условности, — создано людьми и может рассматриваться как вещественные предметы либо идеальные образования, объединенные общим понятием „культура“ или „цивилизация“. Цивилизация состоит из единства биофизических объектов и энергий, которые используются как посредники при объективации смыслов, ценностей и норм»³⁶. Только совокупность тех и других, отражаясь в намерении индивида, определяет предметное содержание вины в конкретном преступлении.

Подведем итоги. Когда решается вопрос о виновности, невозможно вычленить некий морально нейтральный или юридически стерильный целостный факт (только самостоятельную часть целого в виде пребывания в определенном месте в определенное время), а потом дать ему правовую оценку «извне», «облачить» реальную плоть «голового факта» в подходящие одежды норм. Уголовно-юридический факт предстает как виновность лица в умышленном причинении смерти другому человеку или в умышленном незаконном лишении свободы, повлекшем по неосторожности смерть потерпевшего. Элементы фактического и нормативного переплетены, образуя единое тело. Не удастся выявить вину в чисто процессуальном смысле без всякого материального значения, только как доказанность пребывания в определенном месте и времени или совершения «просто деяния». Ответ на вопрос о факте обуславливает решение о личной ответственности индивидуума за конкретное преступление. Отдельные элементы физической стороны преступного события не составляют полного факта, релевантного для вопросов уголовной ответственности. Так, способ действия (*modus operandi*) в конкретной ситуации как обстоятельство, подлежащее доказыванию, предполагается в качестве вменяемого в вину способа совершения того или иного преступления, пусть первоначально и в качестве «фактического состава», но описывающего уже определенный, соотношенный с нормой УК «моральный факт». Контур факта строится по схеме, заданной нормой закона.

¹ Уголовное право. Общая часть / отв. ред. И. Я. Козаченко. М., 2008. С. 274–275.

² Козлов А. П. Учение о стадиях преступления. СПб., 2002. С. 36.

³ Иванов Н. Г. Модельный уголовный кодекс. М., 2003. С. 108.

⁴ Еникеев М. И. Юридическая психология. М., 2006. С. 565.

⁵ Козлов А. П. Понятие преступления. СПб., 2004. С. 552.

⁶ Жалинский А. Э. Современное немецкое уголовное право. М., 2006. С. 159, 227.

⁷ *Samaha J. Criminal Law*. 8th ed. Belmont, 2005. С. 86.

⁸ Волостнов П. А. Степень вины в уголовном праве // Межотраслевые аспекты и методология уголовного права: материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной памяти М. И. Ковалева / отв. ред. И. Я. Козаченко. Екатеринбург, 2006. С. 52.

⁹ См., например: Язовских Ю. А. Проблемы вменения в российском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 3.

¹⁰ Хант М. История психологии. М., 2009. С. 668.

¹¹ Шопенгауэр А. Две основные проблемы этики. Об основе морали. М., 1998. С. 407.

¹² Фейербах П. А. Уголовное право. СПб., 1810. С. 115.

¹³ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая. СПб., 1902. С. 563.

¹⁴ Лист Ф. фон. Учебник уголовного права. М., 1903. С. 170.

¹⁵ Жалинский А. Э. Указ. соч. С. 218.

¹⁶ Лист Ф. фон. Указ. соч. С. 167.

¹⁷ *Schopenhauer A. Die Welt als Wille und Vorstellung*. Erster Band. Zweiter Teil band. М., 2006. С. 489.

¹⁸ Шопенгауэр А. Мир как воля и представление. Минск, 2007. Т. 1. С. 538.

¹⁹ Жалинский А. Э. Указ. соч. С. 211.

²⁰ Клепицкий И. А. Уголовное право России. Части Общая и Особенная / под ред. А. В. Бриллиантова. М., 2009. С. 160.

- ²¹ Люблинский П. И. Техника, казуистика и толкование уголовного кодекса. М., 2004. С. 60.
- ²² Гаухман Л. Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2001. С. 149.
- ²³ Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 9 февраля 2004 г. по делу № 3-004-1сп // Судебная практика к Уголовно-процессуальному кодексу РФ. М., 2005. С. 889.
- ²⁴ Жалинский А. Э. Указ. соч. С. 138.
- ²⁵ Там же. С. 222.
- ²⁶ Уголовное право. Общая часть. С. 274.
- ²⁷ Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 2004. С. 147.
- ²⁸ Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии. СПб., 2003. С. 20, 24, 87.
- ²⁹ Козаченко И. Я., Сухарев Е. А., Горбуза А. Д. Понятие вины в уголовном праве. Екатеринбург, 1993. С. 30.
- ³⁰ Кондрашова Т. В. Проблемы уголовной ответственности за преступления против жизни, здоровья, половой свободы и половой неприкосновенности. Екатеринбург, 2000. С. 295–296.
- ³¹ Демидов Ю. А. Предметное содержание умысла по советскому уголовному праву // Тр. Высшей школы МООП. М., 1965. С. 27.
- ³² Sataha J. Op. cit. P. 87.
- ³³ Злобин Г. А., Никифоров Б. С. Умысел и его формы. М., 1972. С. 156.; Рарог А. И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. М., 2001. С. 16.
- ³⁴ Бюл. Верховного Суда РФ. 1995. № 2. С. 9.
- ³⁵ Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда РФ (РСФСР) и Верховного Суда СССР по уголовным делам / сост. Е. А. Есаков. М., 2010. С. 395.
- ³⁶ Франкл Д. Археология ума. М., 2006. С. 14.

Д. А. Бажин*

ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СФЕРЕ БАНКРОТСТВА КАК ФОРМАЛЬНЫЕ СОСТАВЫ: НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ

Рассматриваются признаки объективной и субъективной стороны составов преступлений в сфере банкротства, сформулированных как формальные составы в зарубежном и до-революционном российском законодательстве. Также затронут вопрос о возможности понимания составов преступлений в сфере банкротства как формальных составов в современном российском уголовном праве.

Ключевые слова: состав преступления, объективная сторона, банкротство

In the article the elements of the actus reus and mens rea of body of a crime in the sphere of bankruptcy, formulated as formal structures in the foreign and pre-revolutionary Russian legislation are considered. Also the article dwells upon a question of possibility of formulation of bodies of crimes in bankruptcy sphere as formal in modern Russian criminal law.

Key words: corpus delicti, actus reus, bankruptcy

Любая неплатежеспособность юридического лица или предпринимателя независимо от того, была ли она вызвана либо сопровождалась правонарушениями или нет, выступает как явление в экономике, влекущее причинение ущерба. Под неплатежеспособностью, имеющей значение для возбуждения дела о банкротстве, в российском законодательстве понимается наличие у должника просроченной более чем на три месяца задолженности, размер которой для юридических лиц превышает сто тысяч рублей. Таким образом, неплатежеспособность неизбежно влечет причинение ущерба кредитору должника, чье требование не было своевременно удовлетворено. Помимо кредиторов неплатежеспособность может негативно влиять на работников должника, его контрагентов, перед которыми должник имеет те или иные обязательства. В определенных условиях стойкая неплатежеспособность способна привести к увольнениям, уменьшению заработной платы работников должника и в целом к росту социальной напряженности. Однако последствия несостоятельности не наказуемы до тех пор, пока не будет установлена вина. Именно виновное совершение деяний, повлекших неплатежеспособность или ухудшивших ее последствия, является, на наш взгляд, основным фактором, отграничивающим неэффективное, но добросовестное хозяйствование от проступка или преступления.

В связи с этим в работах И. А. Клепицкого¹, В. А. Крымова², А. Н. Классена³ и иных авторов высказано предложение о понимании составов преступлений в сфере банкротства как формальных и о смещении основного акцента с последствий в виде ущерба, выраженного в денежной форме, на субъективную сторону и мотив деятельности виновного лица. Данный вопрос сохраняет актуальность по двум причинам. Во-первых, преступления в сфере банкротства высоколатентны. Одним из объяснений такой латентности может выступать сложность доказывания объективной стороны преступления и, в частности, его последствий в виде крупного ущерба⁴. Во-вторых, история развития отечественного законодательства об ответственности за преступления, связанные с банкротством, и анализ зарубежных нормативных актов свидетельствуют, что составы преступлений в сфере банкротства могут быть восприняты как формальные и тем

* Бажин Дмитрий Александрович – аспирант Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: bazhindmitrij@yandex.ru.

не менее успешно применяться, не ограничивая свободу экономической деятельности и в то же время позволяя государству в лице правоохранительных органов воздействовать на кризисные процессы, протекающие в юридическом лице или у индивидуального предпринимателя.

Начиная с XV в. и заканчивая первым десятилетием XX в. все российские нормативные акты, посвященные проблемам банкротства полностью или в части, предполагали деление лиц, впавших в несостоятельность, на случайных, неосторожных и злостных банкротов в зависимости от причин, которые привели данных лиц к неплатежеспособности. Содержание и характер ответственности, к которой привлекались неосторожные и злостные банкроты, постепенно изменялись, однако необходимо отметить, что отнесение должника к злостным или неосторожным банкротам зависело от характера его деяний, а не от размера ущерба, причиненного кредиторам. Несчастливым или безвинным считалось банкротство, вызванное силами природы, пожаром, нападением. Неосторожное банкротство предполагало торговлю без капитала, организацию непостоянного для себя предприятия, получение кредитов в преддверии несостоятельности⁵, заключение сделок с недобросовестным контрагентом и т. д. Злостное банкротство — это банкротство, сопряженное с утаиванием имущества во время конкурса, сокрытием перед кредиторами своего неудовлетворительного финансового состояния, заключением сделки, увеличивающей долги, а также с явным нарушением положений Банкротского устава: неправильное ведение купеческих книг, отсутствие годового баланса, необъявление о своей неплатежеспособности и т. д.⁶ В Уставе о банкротах 1800 г. (последний в дореволюционной России крупный нормативный акт о банкротстве) нет даже указаний на причины несостоятельности и в качестве условия несчастной несостоятельности называется отсутствие вины, неосторожной — вина при отсутствии умысла и подлога, подложной — умысел и подлог. Вместо подробного перечня обстоятельств, приведших должника к банкротству, дается рекомендация анализировать характер расходов должника в предвидении банкротства, его экономическую деятельность и иные показатели, которые могут свидетельствовать о наличии или отсутствии в действиях должника неосторожности или умысла⁷.

Непосредственно уголовно-правовую защиту правоотношениям в сфере банкротства, урегулированным Уставом о торговой несостоятельности 1832 г., последовательно обеспечивали два нормативных акта: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. с последующими изменениями и Уголовное уложение 1903 г. Диспозиции составов преступлений, предусмотренных ст. 1163—1168 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных, являются бланкетными. Нормативный акт ограничивается указанием на то, что признание должника злостным или неосторожным банкротом влечет уголовное наказание. Уголовное уложение 1903 г. конкретизирует характер деяний, связанных с банкротством и влекущих уголовное наказание, а также обстановку их совершения. Часть составов (ст. 599, ст. 600, чч. 1 и 2 ст. 601 Уголовного уложения) сформулированы как формальные. Составы ст. 602 и 603 об ответственности за неосторожное банкротство являются материальными, однако в качестве последствия в них выступает не ущерб, определяемый в денежной сумме, а прекращение платежей и признание должника несостоятельным. Последствия в виде крупного ущерба учтены в особо квалифицированных составах абз. 2 ст. 600 и абз. 5 ст. 601 Уголовного уложения, где они названы наряду с упадком дел кредитного установления и разорением многих лиц. Ни в одном из составов преступлений последствия не определены в виде ущерба, размер которого указан в твердой денежной сумме. Более того, законодатель ни разу не указывает на то, что ущерб должен определяться исключительно в денежном выражении.

В то же время применение формальных составов преступлений в сфере банкротства было поставлено законодателем в зависимость от трех условий.

Во-первых, во всех составах преступлений ст. 599–603 Уголовного уложения привлечение к уголовной ответственности было возможно только при признании должника банкротом. До этого момента могли быть совершены деяния, влекущие ответственность, но само привлечение к ответственности откладывалось до принятия соответствующего судебного акта. Под признанием должника банкротом, по мнению Н. С. Таганцева, необходимо понимать судебный акт о возбуждении процедуры банкротства, следующий за принятием заявления о признании должника несостоятельным, а не итоговое решение суда⁸. Указание на первоначальный судебный акт по делу о банкротстве, а не на решение или определение арбитражного суда, которым должник признавался банкротом, позволяло однозначно констатировать наличие признаков банкротства, но не откладывать привлечение к уголовной ответственности до того момента, когда установить признаки конкретного деяния и причинную связь между деянием и последствиями в виде наступившей несостоятельности будет трудно.

Во-вторых, единое для всех составов злостного банкротства — совершение преступления с целью избежания платежа долгов, своих собственных или юридического лица, в котором субъект преступления выполнял функции руководителя. В содержание вины при злостном банкротстве обязательно входила корысть, которая и позволяла отграничить злостное банкротство от неосторожного или несчастного. Именно стремление обогатиться за счет кредиторов считалось одним из основных криминализирующих факторов банкротства. Составы преступлений в сфере банкротства, распространявшие действие на физических лиц, не требовали, чтобы цель деяния была достигнута. В свою очередь при преступлениях в сфере несостоятельности юридических лиц не предполагалось изъятие имущества должника в пользу виновного.

В-третьих, для привлечения к ответственности за деяния злостного банкрота было необходимо, чтобы наказуемые деяния были совершены либо после признания должника банкротом, либо до такого признания, но при условии, что субъект преступления предвидел банкротство в скором времени. Оценочный признак «в скором времени», содержащийся в диспозиции, существенно усложнял субъективную сторону деяния, однако законодатель вынужден был пойти на это, поскольку понятия признаков банкротства в дореволюционном российском праве не существовало. Для целей же квалификации было необходимо указать период, в течение которого деяния должника будут рассматриваться как неправомерные. К признанию банкротства неосторожным, в отличие от злостного, приводили не конкретные преступные действия, а общие грубые просчеты при ведении хозяйственной деятельности, расточительность, неаккуратность ведения бухгалтерии. По этой причине для неосторожных банкротов ограничения во времени совершения деяния установлено не было, однако и меры ответственности были значительно менее строгими, чем для злостных банкротов.

Анализ зарубежных источников уголовного права свидетельствует, что, если составы преступлений в сфере банкротства сформулированы в них как формальные, это предполагает наличие в данных составах сложной субъективной стороны, включающей предвидение несостоятельности или осознание того, что должник уже является банкротом. Привлечение к уголовной ответственности оказывается возможным только после возбуждения дела о банкротстве или при возникновении условий, ясно свидетельствующих о кризисе в деятельности должника.

В частности, согласно ст. 283 УК ФРГ⁹ на момент совершения деяния виновный должен осознавать, что он скрывает, утаивает имущество или совершает иные деяния при наличии имущественной несостоятельности, угрозе наступления или наступлении неплатежеспособности. Под неплатежеспособностью понимается фактическая неспособность исполнить обязательство в обозримое время. Угроза наступления неплатежеспособности должна быть реальной, прогнозируемой исходя из состояния дел должника. Например, принципиальное значение имеют сроки и размеры предстоящих платежей

кредиторам. Таким образом, субъективная сторона состава ст. 283 УК ФРГ усложнена по сравнению с субъективной стороной составов ст. 195 УК РФ тем, что должник обязан осознавать в одном случае не собственную неплатежеспособность, о которой он мог бы судить в связи с прекращением платежей, а имущественную недостаточность. В других случаях от субъекта преступления требуется осознание того, что он не только прекратил платежи, но и будет не в состоянии их произвести в обозримое время, либо предвидение неплатежеспособности в будущем.

Привлечение к уголовной ответственности за правонарушения в сфере банкротства возможно при наличии хотя бы одного из трех условий: 1) прекращение должником платежей; 2) возбуждение производства по делу о несостоятельности; 3) отказ в возбуждении производства по делу о несостоятельности в связи с отсутствием у должника имущества, на которое может быть обращено взыскание. Соответственно в двух из трех возможных вариантов привлечение к ответственности будет ориентировано на борьбу с деяниями, уже приведшими к банкротству должника.

В Уголовном кодексе Мальты ответственность за правонарушения в сфере несостоятельности закреплена в ст. 191–195¹⁰. Субъект преступлений, предусмотренных данными статьями, специальный, их исполнителем может быть исключительно лицо, осуществляющее торговлю. Составы преступлений закреплены как формальные, при этом, исходя из текста указанных статей, можно сделать вывод о том, что к уголовной ответственности привлекаются только те лица, которые уже признаны банкротами. Данный вывод справедлив для составов и злого «мошеннического», и неосторожного «простого» банкротства. Субъективная сторона полнее раскрыта в составе «простого» банкротства, где деяния, предусмотренные п. «с» ст. 192, совершаются с целью отложения признания должника банкротом, а деяния, закрепленные пп. «d» и «e», имеют место после прекращения должником платежей, что осознается субъектом преступления.

Для уголовного права Франции, где составы преступлений в сфере банкротства также признаны формальными, характерно, что «предварительным условием» привлечения к ответственности признается возбуждение производства по делу о несостоятельности, причем достаточно начала судебных оздоровительных мероприятий, которые обязательно предшествуют конкурсу. Торговый суд в такой ситуации устанавливает факт прекращения платежей и принимает соответствующее решение.

Наказуемость банкротских злоупотреблений и возможность привлечения к ответственности за правонарушения в сфере банкротства в английском праве поставлены в зависимость от гражданско-процессуальных актов: решения суда о ликвидации компании, решения о добровольной ликвидации, петиции, содержащей ходатайство о признании несостоятельности лица, решения о признании банкротом и др.¹¹ Применительно к моментам издания этих актов устанавливается простое или ретроспективное течение сроков, в которые могут быть совершены те или иные преступления. Привлечение к ответственности возможно только после принятия судом решения о ликвидации или банкротстве должника.

Таким образом, существование системы преступлений в сфере банкротства, криминализирующим признаком которых не являлся крупный ущерб, выраженный в денежной форме, было возможно в дореволюционной России и присутствует в зарубежных странах при следующих условиях.

Ответственность за правонарушения в сфере банкротства ограничивается гражданской и уголовной. Административная ответственность либо отсутствует, либо предусмотрена за принципиально иные деяния, нежели уголовная ответственность.

К уголовной ответственности виновный привлекается только в случае возбуждения дела о банкротстве. В результате меры уголовно-правового воздействия заведомо ориентированы исключительно на борьбу с уже совершенными преступлениями в случае

несостоятельности должника. На уголовное право, как правило, не возлагается задача предотвращения криминальных банкротств на стадии, когда производство по делу о несостоятельности конкретного должника еще не возбуждено. В большинстве же случаев привлечение к ответственности возможно только после признания должника банкротом.

Привлечение к ответственности связано с установлением достаточно сложной по содержанию субъективной стороны преступлений в сфере банкротства. В российском дореволюционном праве она включала цель избежания платежа долгов, а также осознание ситуации банкротства или скорого банкротства должника. В нормативных актах зарубежных стран субъективная сторона содержит осознание имущественной несостоятельности, неплатежеспособности как невозможности выполнить обязательства перед кредиторами в обозримой перспективе или предвидение неплатежеспособности.

Даже при наличии перечисленных условий отдельные составы преступлений в сфере банкротства в российском дореволюционном праве были сформулированы как материальные, в том числе содержащие указание на ущерб как на последствие совершения преступления, однако без конкретизации его размера в денежном выражении.

На наш взгляд, в российских условиях отказ от признака крупного ущерба в денежном выражении как последствия совершения преступлений в сфере банкротства невозможен. Во-первых, при исключении данного признака нивелируется различие между условиями привлечения к уголовной ответственности по ст. 195–197 УК РФ и к административной ответственности по ст. 14.12–14.13 КоАП РФ. Во-вторых, переход к формальным составам требует уточнения обстановки, при которой возможно привлечение к уголовной ответственности, что особенно существенно для составов ч. 1 ст. 195 УК РФ. В противном случае под уголовную ответственность будут попадать обычные гражданско-правовые деликты, а также деяния, являющиеся элементами обычной хозяйственной деятельности должника. В-третьих, потребуется изменить субъективную сторону составов преступлений в сфере банкротства, включив в нее условия, ограничивающие применение данных составов преступлений, например цель избежания платежа долгов, осознание имущественной недостаточности, предвидение банкротства в скором времени, в то время как практика применения ст. 196 и 197 УК РФ соответственно свидетельствует о сложности доказывания данных признаков субъективной стороны.

¹ Клепицкий И. А. Банкротство как преступление в современном уголовном праве // Государство и право. 1997. № 11. С. 58–59.

² Крымов В. А. Проблемы в установлении субъекта преднамеренного банкротства // Рос. судья. 2007. № 4. С. 38–40.

³ Классен А. Н. Проблемы ответственности за неправомерные действия при банкротстве (социальные и уголовно-правовые аспекты): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 7.

⁴ Аналитическая записка к статистическому отчету о работе арбитражных судов Российской Федерации в 2010 году // URL: http://www.arbitr.ru/_upimg/ABB739E6657079D763C2E5A005FA9779_1.pdf. Уголовно наказуемые деяния в сфере банкротства составляют менее 1 % от общего числа преступлений экономической направленности. По состоянию на ноябрь 2010 г. было рассмотрено всего 665 заявлений о преступлениях в сфере банкротства. При этом в 2010 г. в арбитражные суды Российской Федерации поступило 40 243 заявления о несостоятельности (банкротстве).

⁵ Гольмстен А. Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса. СПб., 1888. С. 34.

⁶ Там же.

⁷ Шершеневич Г. Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1890. С. 70–71.

⁸ Таганцев Н. С. Уголовное уложение 22 марта 1903 года // СПб., 1904. С. 900.

⁹ Criminal Code in the version promulgated on 13 November 1998 // Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I. P. 3222. Last amended by Article 3 of the Law of 2 October 2009 // Federal Law Gazette I. P. 3214.

¹⁰ Criminal Code of the Republic of Malta // URL: <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

¹¹ Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений. М., 2005. С. 282.

*Рубрику ведет
кандидат юридических наук
Д. В. Осинцев*

ПРОБЕЛЫ И ПРОБЛЕМЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ РЕГУЛИРОВАНИИ, ИЛИ ПРЕВРАТНОСТИ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ

Общепризнанными средствами юридического выражения воли законодателя являются нормативное и системное построение юридических актов, а также использование юридических конструкций, представляющих собой специфическое построение нормативного материала, соответствующее определенному типу или виду сложившихся правоотношений, юридических фактов, их связи между собой¹.

Однако в некоторых новых актах российского законодательства встречаются «маскировочные» юридические конструкции, которые не позволяют ни фактически, ни юридически отличать основания возникновения правоотношений различной отраслевой принадлежности.

Одно из проявлений такого неудовлетворительного состояния юридической техники – появление актов «законодательного самоплагиата», когда в различных нормативных правовых актах, стандартизирующих и регламентирующих разные правовые институты, встречаются тождественные положения, влекущие ограничение прав и свобод граждан и организаций.

В связи с внесением изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации Федеральным законом от 27 декабря 2009 г. № 377-ФЗ² первое предложение ч. 1 ст. 53 названного кодекса изложено в следующей редакции: «1. Ограничение свободы заключается в установлении судом осужденному следующих ограничений: не уходить из дома (квартиры, иного жилища) в определенное время суток, не посещать определенные места, расположенные в пределах территории соответствующего муниципального образования, не выезжать за пределы территории соответствующего муниципального образования, не посещать места проведения массовых и иных мероприятий и не участвовать в указанных мероприятиях, не изменять место жительства или пребывания, место работы и (или) учебы без согласия специализированного государственного органа, осуществляющего надзор за отбыванием осужденными наказания в виде ограничения свободы». В свою очередь устанавливается надзор за отбыванием осужденными наказания в виде ограничения свободы (ст. 60 Уголовно-исполнительного кодекса РФ).

В то же время ст. 4 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы»³ закреплены такие административные ограничения, как: 1) запрещение пребывания в определенных местах; 2) запрещение посещения мест проведения массовых и иных мероприятий и участия в них; 3) запрещение пребывания вне помещения, являющегося местом жительства либо пребывания поднадзорного лица, в определенное время суток; 4) запрещение выезда за установленные судом пределы территории; 5) обязательная явка от одного до четырех раз в месяц в орган внутренних дел по месту жительства или пребывания для регистрации. По содержанию они связаны с установлением «правовой обязанности правонарушителя претерпевать меры государственного принуждения, порицающие его виновно совершенное противоправное деяние и заключающиеся в лишениях личного или имущественного характера»⁴, т. е. содержат признаки, сходные с характеристиками мер юридической ответственности. Однако в нормативных актах данные обязанности как меры ответственности не предусмотрены. Более того, в силу ст. 6 названного Закона административный надзор назначается судом на основании заявления исправительного учреждения или органа внутренних дел, продлевается судом на основании заявления органа внутренних дел, досрочно прекращается

судом на основании заявления органа внутренних дел или поднадзорного лица либо его представителя.

Акт суда в данном случае является административным решением, так как дает основания для последующих административных исполнительных действий заинтересованному органу внутренних дел в отношении лиц, уже привлеченных к уголовной ответственности. Не стоит скрывать, что административный надзор по сути своей носит характер дополнительного наказания за совершение преступления, и конституционность установления данной меры вне уголовно-процессуальной формы сомнительна.

Другой пример двойственного характера юридической ответственности – применение мер оперативного реагирования и административной ответственности за нарушение правил лицензирования отдельных видов деятельности.

В соответствии со ст. 20 Федерального закона от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»⁵ действие лицензии приостанавливается лицензирующим органом в следующих случаях:

1) при привлечении лицензиата к административной ответственности за неисполнение в установленный срок предписания об устранении грубого нарушения лицензионных требований, выданного лицензирующим органом;

2) при назначении лицензиату административного наказания в виде административного приостановления деятельности за грубое нарушение лицензионных требований.

Согласно ч. 2 ст. 9 названного Закона юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, получившие лицензию, вправе осуществлять деятельность, на которую предоставлена лицензия, на всей территории России со дня, следующего за днем принятия решения о предоставлении лицензии. Приостановление действия лицензии, безусловно, вызывает приостановление деятельности субъекта, ведущего соответствующую деятельность, в административном порядке.

Часть 1 ст. 3.12 КоАП РФ предполагает, что административное приостановление деятельности применяется в случае угрозы жизни или здоровью людей, возникновения эпидемии, эпизоотии, заражения (засорения) карантинными объектами, наступления радиационной аварии или техногенной катастрофы, причинения существенного вреда состоянию или качеству окружающей среды либо нарушений оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, в области противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, в области установленных в отношении иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных организаций ограничений на осуществление отдельных видов деятельности, привлечения иностранных граждан и лиц без гражданства к трудовой деятельности на торговых объектах, в области порядка управления, общественного порядка и безопасности, градостроительной деятельности, транспортной безопасности. Перечисленные обстоятельства в большинстве случаев выступают лицензионными требованиями и условиями. Иначе говоря, коррупциогенный фактор произвольного выбора порядка привлечения к административной ответственности в виде приостановления действия лицензии или административного приостановления деятельности в виде приостановления деятельности лицензии заложен в силу противоречивости положений нормативных правовых актов.

Отсюда юридический софизм – административное приостановление деятельности не может быть применено, если правонарушителем деятельность не осуществляется⁶.

¹ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 2008. С. 489.

² Рос. газ. 2009. 30 дек.

³ СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2037.

⁴ Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. С. 85.

⁵ СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716.

⁶ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29 мая 2009 г. № 17АП-3683/2009-АК // СПС «КонсультантПлюс».

Р. Н. Ипатова *

РОЛЬ КОНЦЕПЦИИ «МЯГКОГО ПРАВА» В РЕГУЛИРОВАНИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ И СОЗДАНИИ «ПАРАОРГАНИЗАЦИЙ»

В статье рассматривается понятие «мягкое право», подчеркиваются достоинства данных норм при создании «мягких организаций» и указываются недостатки международного договора как источника регулирования международных отношений.

Ключевые слова: «мягкое право», международный договор, международная организация, «параорганизации», «мягкие организации»

The author considers concept of «soft law», underlines advantages of the given norms in creation of «soft organizations» and points out defects of international contract as a source of regulation of international relations.

Key words: «soft law», international contract, international organization, «paraorganizations», «soft organizations»

Современная эпоха характеризуется динамичным развитием международных торгово-экономических отношений. Трансформация международного договора в соответствии с изменяющейся практикой торгово-экономического обмена представляет собой весьма сложную, а подчас и вовсе невыполнимую задачу. Ни создание модифицированных версий устаревшего договора (в результате чего он, как правило, действует в нескольких редакциях), ни разработка нового договора, призванного прийти на смену потерявшему актуальность, часто не приводят к желаемым результатам. Серьезный упрек в адрес унификации международного договора состоит в том, что она «консервирует» застывшее право.

Несмотря на то что международный договор играет важную роль в международном частном праве и считается основным источником регулирования отношений, нельзя не согласиться с мнением ученых, что сегодня требуется альтернатива данному договору. Международный договор довольно часто «затягивает» решение проблем, в результате теряется драгоценное время. Более мобильным источником международного права сейчас можно считать нормы «мягкого права».

«Мягкое право» (soft law) – совокупность международных норм, не являющихся правовыми, но обладающих большой морально-политической силой. Эти нормы не формируют международно-правовых обязательств и содержатся в актах рекомендательного характера, тем не менее они достаточно эффективны и с течением времени способны трансформироваться в обычные нормы международного права¹.

«Мягкое право» – термин, применяемый к правилам, стандартам, рекомендациям, инструкциям и положениям, принятым различными организациями, требования которых не носят нормативного (обязательного) характера, но оказывают значительное влияние на процессы унификации и гармонизации национального законодательства государств. Зарубежные исследователи обычно выделяют три базовые характеристики понятия «мягкое право»:

оно всегда связано с определенными правилами поведения и взаимными обязательствами;

правила поведения и обязательства лежат в основе инструментов, которые не имеют обязательной юридической силы, однако не лишены определенной правовой значи-

* Ипатова Радмила Николаевна – студентка 3-го курса Института прокуратуры Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: Radmila_91@mail.ru.

мости. Под инструментами в данном случае следует понимать документы, формально не носящие нормативного характера: декларации, рекомендации, меморандумы и др.; цель указанных правил и взаимных обязательств — достижение определенного практического результата или регулирование определенного рода деятельности (поведения участников процесса и т. д.).

На основе изложенного «мягкое право» можно описать как совокупность принципов и общих правил поведения, не имеющих обязательной юридической силы, но обладающих юридическим значением и направленных на достижение некоторого практического результата². Данную концепцию С. В. Бахин называет «субправом», которое возникло и получило свое развитие в ходе унификационного процесса и в связи с необходимостью создания особого механизма обеспечения единообразного регулирования международных торгово-экономических отношений. Примерами документов, относимых к субправу, автор считает опубликованные и введенные в действие в 1994 и 1995 гг. два свода норм контрактного права: Принципы международных коммерческих договоров, разработанные Институтом унификации частного права в Риме (УНИДРУА), Принципы Европейского контрактного права, созданные в рамках подготовки общеевропейского кодекса частного права. Интерес представляет уже сама форма этих документов: это не международные соглашения, а правила, предназначенные для использования участниками международных контрактных отношений по их волеизъявлению. Данные документы не предполагают одобрения государствами, они предназначены для применения к международному коммерческому контракту при условии, что его участники согласятся подчинить свои отношения названным сводам специальных правил³. Таким образом, термин «субправо» обозначает правила, которые используются для единообразного регулирования международных сделок. Эти правила призваны обеспечить предсказуемость в регулировании отношений сторон, имеющих разную государственную принадлежность и желающих избежать разноречивых предписаний норм национального права с тем, чтобы их отношения регулировались специально приспособленными и обособленными от внутреннего права правилами⁴.

Международные межправительственные организации — одна из наиболее важных правовых форм сотрудничества субъектов международного права. Сегодня повышается роль решений международных экономических организаций как одного из наиболее приемлемых способов регулирования международных экономических отношений. Их эффективность объясняется оперативностью принятия постановлений, возможностью регулирования с их помощью достаточно большого круга международных экономических вопросов и целым рядом других факторов. Тем не менее вопросы о правовой силе указанных актов и об их юридической природе до настоящего времени не нашли окончательного разрешения в науке международного права. Факт участия международных организаций в международном правотворческом процессе в той или иной форме признается большинством юристов-международников. Таким образом, нормы «мягкого права», которыми и являются решения, принимаемые данными организациями, не только разъясняют и дополняют конвенционные нормы, но и выполняют регулируемую функцию⁵.

Широкое распространение «мягкого права» во всех сферах международного сотрудничества заставляет по-новому взглянуть на процесс создания международных организаций. С 70-х гг. XX в. активно развивается практика созыва международных форумов. Причем все больше форумов превращаются в постоянно действующие переговорные структуры⁶. Участие в них дает государствам определенные преимущества, престиж, особый статус, возможность оказывать влияние на принятие выгодных решений. В науке даже появились термины «параорганизации» и «мягкие организации». Такие образования описываются как схожие с международными организациями (со свойственным им постоянством и регулярностью работы, определенным составом участников). Их отличия

от международных организаций состоят в том, что они юридически не наделяются правосубъектностью, функционируют без учредительных актов, не имеют четкой организационной структуры, не обладают правом принятия юридически обязывающих решений.

Государства часто используют акты «мягкого права» в международных отношениях, так как они имеют ряд преимуществ в сравнении с международными договорами. Во-первых, закрепление обязательств в таком акте позволяет участникам отношений избежать ответственности по международному праву в случаях их невыполнения. Это означает, что в актах «мягкого права» можно отразить те сложные вопросы, которые государства никогда не согласятся закрепить в международном договоре. Во-вторых, акты «мягкого права» не требуют сложных внутренних процедур принятия и внесения изменений, что способствует более быстрому решению возникающих проблем. В-третьих, такие акты способны регулировать области международных отношений, которые пока не подвластны международному праву.

Созыв форума означает, что первоначально государства-участники не желали создавать международную организацию в качестве субъекта международного права. «Мягкоправовая» основа позволяет, во-первых, быстро сформировать структуру, во-вторых, объединиться для решения острых вопросов государствам с различными политическими режимами, взглядами на внешнюю политику, отношением к международному праву и международным организациям. Таким образом, налицо мобилизационная функция норм «мягкого права».

Учреждая организацию на основе акта «мягкого права», государства-участники становятся связаны не международно-правовыми обязательствами в рамках этих международных образований, а морально-политическими. Решения на международных форумах, как правило, принимаются на основе консенсуса, носят рекомендательный характер и выполняются на добровольной основе, т. е. являются актами «мягкого права», а следовательно, на карту поставлена репутация государства, его авторитет. Отсутствие у решений юридической силы не означает их необязательности. В сущности, исполнение осуществляется участниками добровольно на основе принципа добросовестности. При этом нужно учитывать, что невыполнение рекомендаций влечет невозможность участия в самом объединении, так как это противоречит его целям. Поскольку участие в объединении обеспечивает для государства определенные преимущества, исключение из него вследствие невыполнения его решений государству невыгодно. Кроме того, в рамках этих организаций в настоящее время развивается система контроля за выполнением рекомендаций. Она включает такие процедуры, как представление докладов о выполнении рекомендаций, направление экспертных обзорных групп в страны-участницы для исследования степени выполнения решений на местах и т. д.⁷

Из сказанного можно сделать следующие выводы:

1) в современных быстро развивающихся международных отношениях наблюдается тенденция к более широкому использованию «мягкого права»;

2) государства все чаще прибегают к созданию на основе актов «мягкого права» неформальных переговорных структур, многие из которых институционализируются и приобретают черты международных (межправительственных) организаций;

3) нормы актов «мягкого права», принимаемых в рамках межправительственных форумов, с течением времени могут стать обычными нормами международного права.

В науке выделяется несколько путей приобретения нормами «мягкого права» определенной «жесткости». Ю. С. Безбородов называет следующие способы: 1) последующее закрепление (перенесение) норм (правил поведения) в договоры; 2) признание правил поведения «мягкого права» в качестве обычая; 3) последующее закрепление и признание правил поведения в договорах локального характера и в национальном законодательстве⁸.

Какие же международные отношения регулируются «мягким правом»? Прежде всего, *правоотношения в гуманитарной сфере*. Так, анализ решений Страсбургского

международного суда по правам человека позволил Совету Европы сделать вывод о том, что в некоторых государствах не существует четкой структуры судебных органов, позволяющей защищать гражданские права. Поэтому в своих рекомендациях Совет Европы указал, что система государственных судов должна предоставлять возможность исчерпания средств защиты гражданских прав. Государства-члены учли критику: в одних странах таким завершающим судебную процедуру органом был назначен конституционный суд, а в других – верховный или высший суд государства. В Бельгии, Англии, Дании под влиянием «мягких» процедурных предложений были внесены серьезные изменения в гражданско-процессуальные нормы.

Относительно существования «мягкого права» в области *международного гражданского процесса* отметим следующее. В рамках Совета Европы были приняты рекомендательные нормы о необходимости обмена правовой информацией, в том числе по вопросам гражданского процесса, между правоприменительными органами государств-членов Совета. Во исполнение этих рекомендаций судебные органы Российской Федерации обмениваются правовой информацией с судами других стран. Обмен оформляется не международными договорами, а протоколами о намерениях сотрудничать во имя развития правовой помощи. Таким образом, в данном случае правовая помощь не оформляется нормой права в строгом смысле⁹.

Нормы «мягкого права» характеризуются гибкостью и способностью приспособиваться как к своеобразию регулируемых отношений, так и к интересам субъектов, вступающих в эти отношения. Эти нормы могут выступать в качестве регулятора определенных отношений и процесса формирования обязательной нормы. Преимущество рекомендательных актов – в возможной более широкой сфере их распространения, что обеспечивает универсальность их действия, поскольку они могут использоваться государствами по их свободному усмотрению или выбору. Недостаток один – отсутствие юридической силы, но обширная правоприменительная и законодательная практика использования норм «мягкого права» делает этот недостаток в некоторых случаях преодолимым¹⁰.

Регулирование динамично меняющихся общественных отношений требует оперативного изменения нормативной базы. К тому же могут возникать проблемы, которые невозможно должным образом решить с помощью международных договоров, а также вопросы, которые нецелесообразно регулировать с помощью конвенций. В силу этих причин необходимо на первоначальном этапе развития правового регулирования общественных отношений искать адекватные юридические механизмы на рекомендательном, но не на обязательном уровне. Возможно, в будущем количество «гибких» инструментов регулирования международных отношений возрастет.

¹ Велижанина М. Ю. Роль «мягкого права» в регулировании международных отношений // Юрист-международник. 2006. № 3. С. 285.

² Линникова А. С. Роль источников «мягкого права» на европейском уровне в развитии законодательства ЕС о банковском надзоре // Московский журн. междунар. права. 2009. № 1. С. 257–258.

³ Бахин С. В. Субправо: новые тенденции в унификации международного права // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2002. № 1. С. 149–150.

⁴ Бахин С. В. Субправо: правовая природа и назначение // Там же. № 2. С. 154.

⁵ Данелия Г. Р. Мягкое право в системе правового регулирования второй опоры Европейского Союза // Междунар. публичное и частное право. 2006. № 6. С. 6.

⁶ Хрусталева М. Методология анализа международных переговоров // Международный процесс. 2006. Т. 4. № 2. С. 34.

⁷ Велижанина М. Ю. Указ. соч. С. 295.

⁸ Безбородов Ю. С. Концепция «мягкого права» в доктрине и структуре международного права // Рос. юрид. журн. 2004. № 4. С. 74.

⁹ Нешатаева Т. Н. Международный гражданский процесс: учеб. пособие. М., 2001. С. 53.

¹⁰ Безбородов Ю. С. Роль норм «мягкого права» в международно-правовом регулировании // Междунар. публичное и частное право. 2004. № 6. С. 6.

А. П. Белова*

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ И ЕГО ЗАКРЕПЛЕНИЕ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Анализируется понятие правового обычая как специфического источника права, рассматриваются основные этапы развития взглядов на его место в системе права, выделяются основные формы и виды закрепления обычая, его достоинства и недостатки.

Ключевые слова: обычай, источник права, законодательство, санкционирование

Conceptions of legal custom as a specific source of law, the main stages in the development of views on the position of this source in law are examined. The author picks out the main forms and kinds of legalizing customs, its advantages and disadvantages.

Key words: custom, course of law, legislation, legalizing

Нормы права любой правовой системы не существуют сами по себе, они должны быть закреплены формально. Формой внешнего выражения правовых норм являются источники права.

Наиболее древняя форма — правовой обычай — правило поведения, вошедшее в привычку народа и сформировавшееся в результате многократного длительного повторения. Обычай считается правовым, если он признан государством как общеобязательная для исполнения норма права и обеспечивается принуждением государства. Это неписаный источник права, многообразие видов которого объясняется «многообразием самих местностей обширной страны, на пространстве которой действует обычное право, и которое выразилось даже в поговорке „что деревня, то обычай“¹», а также давностью существования государства, народностей. Одним из наиболее распространенных способов рецепции обычая в качестве источника права выступает фиксация государством данного обычая в каком-либо нормативном акте — санкционирование. В этом случае обычай адаптируется, трансформируется из нормы обычной в норму статутную, т. е. при санкционировании обычая в некотором смысле перестает быть неписаной формой права.

В Древней Греции обычай признавался самостоятельным источником: «Есть два вида законов: частный и общий», — писал Аристотель в «Риторике». — «Частным я называю написанный закон, согласно которому люди живут в государстве, общим — тот закон, который признается всеми людьми, хотя он и не написан»². В Римской империи обычай также считался равным закону: «Укоренившийся обычай вполне справедливо защищаем как закон, и это есть право, которое устанавливает обыкновение»³.

В России обычай был зафиксирован в Русской Правде. Однако едва ли не первое (и единственное) признание его самостоятельной формой со стороны государства мы встречаем только в Наказе Екатерины II: «Весьма худа та политика, которая переделывает законами то, что надлежит переменять обычаями»⁴. Но уже в Своде законов 1832 г. говорится, что русское право строится исключительно на положениях, от верховной власти исходящих (т. е. на законе), и только такие положения могут войти в кодифицированный акт русского гражданского права⁵.

Интерес к изучению этой формы в России возникает с появлением исторической школы, которая не считала обязательным признание государством источника права. Можно утверждать, что не только фактически, но и реально нормы обычного права были

* Белова Арина Павловна — студентка Института государственного и международного права Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: ArinaPavlovna@yandex.ru.

признаны законом в 40-х гг. XIX в. Например, Палатами государственных имуществ проводился сбор обычаев и норм, регулирующих порядок наследования у государственных крестьян. Уже ст. 38 Общего положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости, разрешала им руководствоваться обычаями в порядке наследования имущества⁶.

В советском праве обычай, безусловно, упоминался. Однако в СССР он стал лишь средством толкования закона и сохранил значимость в тех немногочисленных случаях, когда сам закон отсылал к обычаю, отводя ему определенную роль. На первый план выходят такие источники права, как нормативный правовой акт, доктрина.

В работах российских правоведов не было единого определения обычая и обычного права. Дискуссии по этому вопросу начались в 50–60-х гг. XIX в. Так, Н. Дювернуа называл обычай «младенческим состоянием права»⁷, М. Ф. Владимирский-Буданов считал, что «обычай идет от действий автономной воли частного человека»⁸. Наиболее точное и совершенное определение, по мнению современных ученых, дал Л. Н. Горемыкин, который полагал, что «под местным обычаем следует понимать такое юридическое правило, которое не выражено в законе, но которому постоянно подчиняются жители известной местности, признавая его для себя обязательным»⁹.

Правовой обычай в современной науке считается неписанным источником права, санкционированным государством правилом поведения, возникающим в результате многократного длительного повторения. Этой точки зрения придерживаются, в частности, С. С. Алексеев, А. Б. Венгеров, В. Н. Хропанюк.

Несмотря на некоторые незначительные различия в определениях правового обычая, ученые сходятся во мнении относительно его признаков. Во-первых, не всякий обычай может считаться правовым: многие из них формируют лишь правила приличия, практически идентичны ритуалам и обрядам и не содержат в себе «юридическое воззрение». Следовательно, традиция, имеющая в основе, например, нравственное, а не правовое содержание, право породить не может.

Во-вторых, какое-либо действие становится обычаем лишь при многократном, долговременном воспроизводстве. Обычай, по сути, — это множественный прецедент, повторенный порядок действий, поведения. Важно не только количественное повторение, но и воспроизводимость во времени: чем дольше повторяется обычай, тем более прочно он закрепляется в сознании людей и воспринимается как некоторая норма, обязательная для исполнения, как естественный атрибут деятельности.

В-третьих, обычай должен быть признан государством. Е. Н. Трубецкой писал, что «сила юридического обычая заключается в его существовании, и законодательная власть не может прямо устранить действие обычного права»¹⁰, но в современной системе права обычай обретает силу источника права только в том случае, если он санкционируется (признается) государством.

Говоря о санкционировании, стоит отметить, что выделяются две основные формы признания обычных норм государством.

Исторически первая — собрание и фиксация в письменном виде в нормативных правовых актах, т. е. законодатель прямо указывает в статье закона конкретный обычай и его содержание. Можно утверждать, что практически все законодательство в Древней Руси формировалось именно таким образом. Считается, что право появляется с возникновением государства, но и на догосударственной стадии развития общества были определенные регуляторы — обычаи. На начальном этапе становления государственного права большая часть норм являлась именно зафиксированными обычаями. Так, в Древней Руси существовал обычай закрепления за каждым попом определенного участка, уезда, и в Уставе Ярослава (XI в.) мы находим норму, в которой указан этот обычай: «Иже поп крестит в чужем переезде, митрополиту в вине будет»¹¹. Известен также сборник правовых обычаев поморских мореходов — «Устьянский правильник».

В современном законодательстве эта форма санкционирования встречается нечасто. Например, в Кодексе торгового мореплавания в п. 2 ст. 285 (об определении рода

аварии, определении размеров общеаварийных убытков и их распределении) отмечен обычай применения Йорк-Антверпенских правил об общей аварии.

Редкость применения такой формы санкционирования обусловлена тем, что в настоящее время, с одной стороны, остается все меньше обычаев, которые еще не превратились в правовые нормы, а с другой — законодателю проще сослаться на возможность применения обычая вообще, чем указывать конкретную традицию, рискуя исключить другие существующие в этой сфере обычаи.

Отсылка к обычаю в законе — вторая форма его санкционирования. Она более распространена не только в российском, но и зарубежном праве. Следует отметить, что в этом случае обычай как форма права становится элементом системы права, но не утрачивает важного признака — неписаного характера. Некоторые теоретики выделяют три «степени» данной формы санкционирования:

1) санкционирование может носить достаточно общий характер, когда в конституциях государств есть ссылка на обычай как источник права;

2) наличие в специальных нормативных актах разрешения законодателя в определенных правоотношениях руководствоваться местными обычаями;

3) диспозитивная норма допускает использование правовых обычаев в случаях, если нет соответствующего законодательства, т. е. обычай носит субсидиарный характер¹².

Несмотря на то что обычай является источником права Российской Федерации, в Конституции РФ он не упоминается (хотя в Конституции прямого указания на действующие источники права вообще не содержится), однако на него ссылаются в других нормативных правовых актах.

Разрешение законодателя руководствоваться местными обычаями содержится, например, в ст. 5 («Обычай делового оборота»), ст. 221 («Обращение в собственность общедоступных для сбора вещей») ГК РФ, ст. 414 («Определение права, подлежащего применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания, осложненным иностранным элементом») КТМ РФ, ст. 3 («Обычаи морского порта») ФЗ от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах». Государство, как мы видим, санкционирует обычай в тех отраслях, в которых уже на протяжении многих десятилетий сложились традиционные правила поведения, характерные для той или иной местности, порта, для тех или иных условий. Эффективнее согласиться с этими правилами, понятными всем участникам данного правоотношения, а потому и соблюдаемыми, чем вмешиваться в устоявшийся обычай. Безусловно, при этом закрепляется принцип непротиворечивости обычая Конституции РФ и другим законам, международным общеправовым принципам.

Субсидиарный характер обычая закреплен в ст. 421 («Свобода договора») ГК РФ, ст. 285 (посвящена применению правил, содержащихся в XVI главе «Об аварии»), ст. 130 («Сталийное время») КТМ РФ. Использование обычая в качестве инструмента заполнения пробела в законодательстве также допускается в тех правоотношениях, которые урегулированы в большей степени привычным способом действия, нежели государством.

Таким образом, обычай обладает достоинствами, благодаря которым его используют как источник права.

Выражение народного правосознания (Е. Н. Трубецкой писал, что «обычай есть непосредственное проявление народного творчества в области права; он является самым лучшим отражением народных стремлений»¹³).

Стабильность, учет опыта предыдущих поколений, традиций (нормы обычного права, если тот или иной обычай отмирает, плавно сменяют друг друга, тогда как нормы, установленные государством, меняются довольно часто и иногда коренным образом отличаются от прежних).

В случае несоблюдения обычая наказание следует не только от государства, но и от самого общества (нарушение правовой нормы, как правило, воспринимается обществом менее остро, чем проявление неуважения к обычаю).

Но, как и любое явление, правовой обычай обладает недостатками, которые объясняют нераспространенность этой формы права в законодательстве.

Консервативность мешает развиваться, выполнять приоритетные задачи для определенного периода (если посредством закона государство может регулировать направление политики, своей деятельности, то обычай с трудом поддается быстрому изменению).

Правовой обычай сочетает в себе не только «правовое воззрение», но и нормы морали, религиозные представления (в обычном праве нередко господствует величайшая путаница понятий, закон обеспечивает господство в праве строгого и единообразного порядка¹⁴).

Чаще всего обычай отражает специфику сознания той или иной национальности, а не народа в целом (санкционирование обычая в этом случае может привести к нарушению принципа единства закона на территории многонационального государства).

Тем не менее в Российской Федерации роль обычая как формы права возрастает. Это вызвано не только необходимостью выработки теоретических концепций, но и правоприменительной практикой. Изменяется экономическая система, политический строй и связанный с ними механизм правового регулирования. Все больше внимания уделяется формированию правосознания, соответствующего современному правовому обществу. Сегодня нужно право, регулирующее общественные отношения и способное удовлетворить потребность в справедливости, право, понятное всем и соблюдаемое всеми. Многие исследователи важную роль в этом процессе отводят обычаю. К тому же обычай, сформированный народом, выражает притязания жителей, их основные требования, которые могут служить ориентиром для государства, создающего закон.

Также в современном частном праве государство старается каждому участнику правоотношений предоставить возможность самостоятельно устраивать свою жизнь (разумеется, в рамках дозволенного). Государство уже не может предусмотреть все случаи, на которые будут распространяться конкретные нормы; законодатель создает шаблон, типовую модель, в рамках которой субъекты свободны в своих действиях. Так, существуют свобода договора, самозащита гражданских прав, альтернативные способы разрешения споров. Формировавшиеся десятилетиями стандарты поведения теперь не могут не учитываться государством. Становится проще и эффективнее признать обычай источником права, если не равным, то близким по положению к нормативному правовому акту, чем придерживаться позиции «монополии» государства на источники права.

¹ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России (юридические очерки). СПб., 1877–1879. С. 5.

² Античные риторика. М., 1978. С. 59.

³ Римское частное право: учеб. / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 1999. С. 37.

⁴ История отечественного государства и права: хрестоматия. Екатеринбург, 2009. С. 199.

⁵ Тесля А. А. Источники (формальные) гражданского права Российской Империи в XIX – начале XX века. М., 2003.

⁶ Крестьянская реформа в России 1861 года // Сб. законодательных актов / сост. К. А. Софроненко. М., 1954. С. 47.

⁷ Дювернуа Н. Источники права и суд в древней России. М., 1869. С. 7.

⁸ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права // URL: <http://dugward.ru/library/gospiravo/vladimirskiy-budanov.html>.

⁹ Горемыкин И. Л. Свод узаконений и распоряжений Правительства об устройстве сельского состояния и учреждений по крестьянским делам, с воспоследовавшими по ним разъяснениями, содержащимися в решениях Правительствующего Сената и в постановлениях и распоряжениях высших правительственных учреждений. СПб., 1903. С. 35.

¹⁰ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909. С. 89.

¹¹ История отечественного государства и права. С. 22.

¹² Малова О. В. Правовой обычай и его виды // Сибирский юрид. вестн. 2001. № 1.

¹³ Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 92.

¹⁴ Там же.

ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»

Главный редактор Издательского дома
«Уральская государственная юридическая академия»
А. Н. Митин

Редакторы *О. Ю. Петрова, Т. В. Клочкова, И. П. Тимофеева*
Компьютерная вёрстка *И. М. Митрофанова*
Дизайн обложки *Н. Ю. Глевицкая*

Подписано в печать 18.07.11. Формат 60×84/8.
Усл. печ. л. 7,90. Уч.-изд. л. 7,08

Издательский дом
«Уральская государственная юридическая академия».
620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23.
Тел.: 375-58-31, 374-32-35. E-mail: idom@list.ru