

ISSN 2219-6838



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

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

Основано в 2010 году

**5/2011**



[electronic.ruzh.org](http://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, директор ИПиП УрГЮА, 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; **Невинский Валерий Валентинович**, доктор юридических наук, профессор, проректор Алтайского государственного университета, заслуженный юрист РФ; **Осинцев Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Попондопуло Владимир Федорович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета, заслуженный деятель науки РФ; **Родионова Ольга Николаевна**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Русинов Рудольф Константинович**, доктор 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 Республики Татарстан; **Толстых Владислав Леонидович**, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета Новосибирского государственного университета; **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; **Хуан Даосю**, профессор, председатель Научно-исследовательского центра российского права Политико-юридического университета Китая

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.

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

## СОДЕРЖАНИЕ

### МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Флек Д. (Кельн, Германия)* Международное право между фрагментацией и интеграцией: вызовы для теории и практики ..... 5
- Федоров И. В. (Екатеринбург)* Международный юридический процесс и судебная практика: опыт отечественных учебников ..... 18
- Корольков П. А. (Москва)* Правовая природа судебных актов Европейского Суда и их место в российской правовой системе ..... 29

### СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Ключников А. Ю. (Москва)* Особенности уголовного производства в судах второй инстанции Польши ..... 33
- Губарев В. И. (Каир, Египет), Губарева А. В. (Екатеринбург)* Конституционная декларация Арабской Республики Египет ..... 39

### РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ И ЕЕ СУБЪЕКТЫ

- Худолей К. М. (Пермь)* Вопросы регламентации законодательного процесса в субъектах РФ в решениях конституционных (уставных) судов ..... 49

### ВОПРОСЫ СЛЕДСТВЕННОЙ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

- Пантюхина Г. А. (Екатеринбург)* Взаимодействие следователя и оперативных сотрудников при расследовании преступлений по делам организованных преступных групп ..... 57

### ЭКОНОМИКА И ПРАВО

- Арсланбекова А. З. (Махачкала)* Проблемы выявления и предупреждения налоговых правонарушений ..... 61

### СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

- Мотревич В. П. (Екатеринбург)* Иностранные воинские захоронения Второй мировой войны на Урале: численность, правовой статус, благоустройство ..... 65

### ВАША БИБЛИОТЕКА

- Беше-Головко К. (Франция)* Рец. на кн.:  
*Васильева С. В.* Конституционно-правовой статус политической оппозиции. — М.: Институт права и публичной политики, 2010. — 234 с. .... 74

## CONTENTS

### INTERNATIONAL LAW

- Fleck D. (Cologne, Germany)* International law between fragmentation and integration: challenges for legal theory and practice ..... 5
- Fedorov I. V. (Yekaterinburg)* International juridical process and judicial practice: experience of native textbooks ..... 18
- Korol'kov P. A. (Moscow)* Legal nature and the place of European Court of Human Rights practice in Russian legal framework ..... 29

### COMPARATIVE JURISPRUDENCE

- Klyuchnikov A. Yu. (Moscow)* Criminal procedure peculiarities in the second instance courts of Poland ..... 33
- Gubarev V. I. (Cairo, Egypt), Gubareva A. V. (Yekaterinburg)* Constitutional Declaration of the Arab Republic of Egypt ..... 39

### RUSSIAN FEDERATION AND ITS SUBJECTS

- Khudoley K. M. (Perm)* Questions of regulation of legislative process in subjects of the Russian Federation in decisions of the constitutional (statutory) courts ..... 49

### QUESTIONS OF INVESTIGATION AND OPERATIVE-RESEARCH ACTIVITY

- Pantyukhina G. A. (Yekaterinburg)* Issues of interaction between investigators and operational staff in the investigation of crimes of organized criminal groups .... 57

### ECONOMICS AND LAW

- Arslanbekova A. Z. (Makhachkala)* Problem of identification and prevention of tax offences ..... 61

### PAGES OF HISTORY

- Motrevich V. P. (Yekaterinburg)* Foreign military burials of Second World War in Ural: quantity, legal status, improvement ..... 65

### LIBRARY

- Bechet-Golovko C. (France)* Review of the book: *Vasiliyeva S. V.* Constitutional status of political opposition. – M.: Institute of law and public politic, 2010. – 234 p. .... 74

D. Fleck\*

## INTERNATIONAL LAW BETWEEN FRAGMENTATION AND INTEGRATION: CHALLENGES FOR LEGAL THEORY AND PRACTICE

*The author basing on the findings of the International law commission on the development of international law and defragmentation considers the practical and theoretical aspects of the two parallel processes in the international law: fragmentation and integration. Given the evolving jurisprudence he evaluates the manifestation of these trends in branches of international law: diplomatic law, international criminal law, human rights law, international humanitarian law, international environmental law, law of arms control and disarmament, as well as WTO rules.*

*Key words: fragmentation, integration, international law, International law commission, UN, international courts*

### I. Introduction

International law, as a normative system<sup>1</sup>, is part of a living process that is interest-driven and open for further development. While any special regulation must respect the UN Charter and binding values shared by the international community as a whole, significant diversification has led to a fragmentation of applicable rules which created problems for legal theory and State practice. The excellent analytical study, together with a practice-oriented set of conclusions which was prepared by the International Law Commission (ILC) on the issue<sup>2</sup>, provides scholarly guidance and a welcome assessment of relevant jurisprudence, following earlier discussion in the Sixth Committee of the General Assembly<sup>3</sup>, and seeking to provide an outcome that would be concrete and of practical value especially for legal experts in foreign ministries and international organizations. While no formal follow-up has been given to that work so far<sup>4</sup>, its findings deserve to be evaluated both in doctrine and practice.

A comprehensive consideration of this issue requires an examination of pertinent aspects of relevant branches of international law, including diplomatic law, international criminal law, human rights law, international humanitarian law, international environmental law, arms control and disarmament law, and the law of the World Trade Organization, with a view to explore the impact of fragmentation on current international law and its further development. Not only functional specialization but also certain regional differences are at issue here. In the latter context the ILC had considered certain aspects of regionalism as being developed in European law, Anglo-American or European traditions of international law, former Soviet doctrines, and Third World approaches, but it was agreed that these should not focus in the final substantive report<sup>5</sup>, which accordingly treated regional customary behaviour under the more general question of the relationship between general and special law and the principle of subsidiarity<sup>6</sup>. The question whether and to what extent different legal systems are supportive or exclusive of one another was left subject to legal reasoning in a more or less *ad hoc* form<sup>7</sup>. It remains to be seen whether theory and practice will go any further.

\* Fleck Dieter – former director International agreements & policy, federal ministry of defence, Germany; Honorary president, International Society for Military Law and the Law of War, URL: <http://www.soc-mil-law.org>; Member of the Advisory Board of the Amsterdam Center for International Law (ACIL), URL: <http://www.jur.uva.nl/aciluk/home.cfm>; Member of the Editorial Board of the Journal of International Peacekeeping, URL: <http://www.brill.nl/joup>. All views and opinions are personal. E-mail: DieterFleck@t-online.de.

Due to the wide range of relevant problems any assessment must necessarily be selective. Yet it appears essential at this stage to revisit the starting point of discussion, i. e. the question whether and to what extent different rules that may be both valid and applicable in respect of a situation may assist in the interpretation of the respective other applicable norms or whether a choice must be made between them to avoid incompatible decisions<sup>8</sup>. The ILC Study forthcomingly emphasised the importance of interpretation and it did so by using both ‘a wide notion of conflict as a situation where two rules or principles suggest different ways of dealing with a problem’<sup>9</sup>, and a wide notion of interpretation as a technique that may be used ‘to apply, clarify, update or modify as well as set aside’ a conflicting rule<sup>10</sup>. The result will then be one of overcoming fragmentation, and a prevailing conflict is to be seen as a failure of such legal exercise which would be a failure of those applying the law rather than a failure of the law as such.

It will be likewise important to reconsider legal disputes in which ‘self-contained’ regimes in international law have been evoked. For those regimes which may be intended ‘totally to exclude the application of the general international law on state responsibility’ a sound critical evaluation is available: it persuasively shows that “[c]onceptual” arguments for so-called self-contained regimes are unconvincing’, as any analysis ‘tends to yield different results’ depending on whether it is undertaken with a universalist or a particularistic perspective, i. e. ‘whether we first see the universe or the planets’<sup>11</sup>. It will be useful to broaden this debate to include other special regimes in international law that are characterised and informed by their own rules, principles and institutions relating to a special subject matter or a certain problem area<sup>12</sup>, and may still need to be harmonised with rules and principles of general international law or of other special regimes.

For all relevant problems it will be useful to first seek solutions within the Conclusions presented by the ILC Report, thus putting them to test. Focusing on a practice-oriented approach, a distinction shall be made between alternative solutions that may have been available at the time of adoption of the particular rule and an assessment from today’s perspective. In case of disputes over existing rules or facts available mechanisms of pacific settlement need to be examined and assessed in their interrelationship.

## **II. Functional and regional specifications challenging the universal legal order**

A distinction between functional and regional specifications may have the advantage of presenting issues of fragmentation in a systematic form, yet it should be noted at the outset that certain legal regimes may have both functional and regional characteristics and that there may be even further specifications that would hardly qualify under either of these two headings.

The very first reference to a ‘self-contained’ regime in international law is a case in point, as it was made to explain the relationship between two different sets of rules in one and the same treaty. In 1921 Germany had refused the passage through the Kiel Canal of the English steamship Wimbledon which had been chartered by a French company to transport munitions and artillery stores to the Polish Naval Base in the then Free City of Danzig (Gdansk). While the Treaty of Versailles had provided for an unimpeded transit through the Kiel Canal<sup>13</sup>, Germany’s denial of passage was based upon neutrality orders issued in connection with the Russo-Polish war in 1920. As diplomatic negotiations remained without success, Germany suggested bringing the issue to the new Permanent Court of International Justice (PCIJ). This happened to be the PCIJ’s first contentious case. The Court held that under the Versailles Treaty the Kiel Canal and its approaches had ceased to be an internal navigable waterway, different from other German waterways for which freedom of navigation was granted only to the Allied and Associated Powers as regulated

in the preceding provisions of the same part of the Treaty<sup>14</sup>. This reading was based on art. 380 of the Treaty which expressly included warships in its free passage regulation and opened the Canal for all nations at peace with Germany<sup>15</sup>. The Court went on to state:

‘The provisions relating to the Kiel Canal in the Treaty of Versailles are... self-contained; if they had to be supplemented and interpreted by the aid of those referring to the inland navigable waterways of Germany in the previous Sections of Part XII they would lose their “raison d’être”. The idea which underlines article 380 and the following articles of the Treaty is not to be sought by drawing an analogy from these provisions but rather by arguing a contrario, a method of argument which excludes them’<sup>16</sup>.

The contentious issue at that time is no longer relevant today, as the Kiel Canal is now again a national waterway under German sovereignty<sup>17</sup>. It may even be disputed, whether it was correct in 1921 to assume that there was a ‘conflict or overlap between two sets of rules – the Versailles Peace Treaty and the right of a neutral power in time of war to control access to belligerent territory’<sup>18</sup>. The relevant treaty provisions could have been interpreted consistent with the rights and obligations under neutrality law. What is still interesting is the coinage of a term that was, however, not clearly defined from the beginning: What was exactly meant by ‘self-containment’ and why should there be a difference in legal consequences to be drawn from the different treaty provisions referred to by the Court? It may be noted in this context that Judges Anzilotti and Huber in their joint dissenting opinion have denied the applicability of the invoked treaty provisions, considering that a duty stemming from neutrality should take precedence over contractual obligations in favour of the shipping of States at peace with Germany; they also underlined that different from treaties on internationalised waterways, e. g. the Suez and Panama Canal, no specific regulation for passage through the Kiel Canal at times of war was to be found in the Versailles Treaty<sup>19</sup>. This is all the more relevant, since in the Versailles Treaty, different from the aforementioned cases, no binding obligation to refrain from any act of war was introduced in respect of the Kiel Canal. Considering these arguments the reference to the pertinent provisions as a ‘self-contained regime’ was as questionable as it was imprecise, the more so since the difference between the regimes established by the Versailles Treaty for the various waterways, at least as far as ships flying the flag of one of the Allied and Associated Powers were concerned, remained unclear and no consideration was given to the fact that even on the Suez Canal and the Panama Canal the right of passage during armed conflict is not unlimited<sup>20</sup>.

The discussion that followed in international legal doctrine was thus initiated on flawed premises and the term coined was open for misunderstandings from the beginning. Hence it may be useful to re-evaluate the meaning and consequences of ‘self-containment’ in legal theory and practice and include in this consideration some other effects of special regimes in international law.

## 1. Diplomatic law

When the International Court of Justice (ICJ) in the *Tehran Hostages case* referred to diplomatic law as a ‘a self-contained régime which, on the one hand, lays down the receiving State’s obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse’<sup>21</sup>, it was to remind the Islamic Republic of Iran who had chosen not to file any pleadings and not to participate in proceedings, that before allowing a group of militants to attack and occupy the United States Embassy by force and seizing the diplomatic and consular staff as hostages it had not taken means at its disposal under diplomatic law, i. e. to declare any member of the United States diplomatic or consular staff *persona non grata* or even break

off diplomatic relations. As such means had not been exhausted, the Court saw no reason for going into the issue of further counter-measures.

Not in any sense qualifying the importance of obligations under diplomatic law, the dissenting opinions appended by Judges Morozov and Tarazi as well as the separate opinion by Judge Lachs have addressed circumstances of the case that should have cautioned the Court's reference to that branch of law as a self-contained regime, circumstances that may have been neglected during the proceedings. Judge Morozov had stressed that 'the Islamic Republic of Iran had violated several obligations owed by it under the Vienna Conventions of 1961 and 1963' and he strongly criticized that the United States, pending the Judgment of the Court, had taken 'unilateral economic sanctions and many other coercive measures against Iran' which 'culminated in a military attack on the territory of the Islamic Republic of Iran'. Judge Tarazi was 'pleased to note that the Judgment took particular account of the traditions of Islam, which contributed along with others to the elaboration of the rules of contemporary public international law on diplomatic and consular inviolability and immunity', yet he insisted 'that the present proceedings are only a marginal aspect of a wider dispute dividing Iran and the United States'. Judge Lachs declared that 'sound judicial economy' should have led to confine the *res judicata* to the treatment of diplomatic and consular personnel and 'conclude with the reservation for further decision, failing agreement between the Parties, of any subsequent procedure necessitated in respect of a claim to reparation'<sup>22</sup>.

The use of the term 'self-contained regime' thus again suffered from a lack of clear definition of its meaning and of the consequences to be drawn for lawful behaviour. It appears unnecessary as the judgment would still stand and perhaps be even more convincing without what was later referred to as 'a jurisprudential overkill (or, to put it mildly, an unnecessarily broad statement)'<sup>23</sup>.

## 2. International criminal law

*The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 (ICTY)* has introduced the concept of international tribunals as 'self-contained systems' in a very particular context. Dismissing an appeal against the jurisdiction of the *ICTY* by which the defence had claimed the invalidity of the Tribunal's establishment by the Security Council, the Appeals Chamber described the nature of jurisdiction in international law in the following terms:

'A narrow concept of jurisdiction may, perhaps, be warranted in a national context but not in international law. International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided). This is incompatible with a narrow concept of jurisdiction, which presupposes a certain division of labour. Of course, the constitutive instrument of an international tribunal can limit some of its jurisdictional powers, but only to the extent to which such limitation does not jeopardize its "judicial character", as shall be discussed later on. Such limitations cannot, however, be presumed and, in any case, they cannot be deduced from the concept of jurisdiction itself'<sup>24</sup>.

This particular understanding of the Tribunal as a 'self-contained system' was invoked while the Appeals Chamber was examining a finding of the Trial Chamber which had assumed that the *ICTY* had no authority to investigate the legality of its creation by the Security Council. It was not meant to exclude any special legal system from application, but to ensure full examination of defence pleas as to their substance. In fact

the Appeals Chamber confirmed that the Tribunal 'has jurisdiction to examine the plea against its jurisdiction based on the invalidity of its establishment by the Security Council'<sup>25</sup>. While this decision and the main arguments developed by the Appeals Chamber are convincing, the use of the term 'self-contained system' and its vague limitation 'unless otherwise provided' is not. No international tribunal could neglect the founding decision which has led to its establishment, yet it has to find its judgments in an independent and professional manner which fully includes a legal examination of that decision. If this was meant by use of the term 'self-contained system', it includes recourse to other legal branches (which is not typical for a 'self-contained system') and excludes any limitation of such objective and comprehensive legal activity to ensure professional jurisprudence.

The Appeals Chamber's judgment on merits in the same case<sup>26</sup> has introduced a concept of 'overall control', to describe the legal criteria for establishing when in a non-international armed conflict armed forces may be regarded as acting on behalf of a foreign power. The *ICTY* has applied this concept in declared deviation from a stricter 'effective control' test that was used by the *International Court of Justice (ICJ)* before<sup>27</sup> to examine whether the United States had legal responsibility for certain acts which were contrary to human rights and international humanitarian law. In that context the Court declared that 'it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed'<sup>28</sup>.

Although the general point of departure was the same for both courts, i. e. to ascertain the conditions on which under international law an individual may be held to act as a *de facto* organ of another State, both decisions were made in very different context. The *ICJ* had decided with the view to determine the international responsibility of the Respondent, whereas the *ICTY* had to establish the necessary precondition for the grave breaches regime of the Geneva Conventions to apply<sup>29</sup>. The purpose for the *ICTY* Appeals Chamber to qualify the armed conflict in Bosnia-Herzegovina was not to decide on a matter of State responsibility, but to determine whether the appellant was guilty of grave breaches<sup>30</sup>. The *ICTY*, when critically discussing the 'effective-control test' used by the *ICJ*, did not acknowledge that difference; but the *ICJ* has later observed that while the 'overall-control test' may be applicable and suitable to a determination of the nature of a conflict, it was not suitable for making determinations on State responsibility, as 'a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf'<sup>31</sup>.

This again shows that the meaning of the same abstract term may be different depending from the purpose it is used for and the circumstances to which it is applied, a fact that may obscure discussion and should warn against using terms without clear definition.

### 3. Human rights law

Human rights conventions have provided a variety of special norms to secure protection of the individual against the State at global and regional level. None of these regimes would prevent an individual from invoking his or her rights under more than one legal regime. While this might become a practical problem of concurrence between global and regional human rights treaties, any bearer of human rights is free to claim more than one right *vis-à-vis* the responsible government and also to choose complementing procedures in pursuing such claim.

During armed conflicts human rights obligations do not cease to exist. On the contrary, some human rights which are not dealt with by the special legal regime of international humanitarian law clearly remain unaffected by any legitimate military consideration<sup>32</sup>. Other rights may be limited during the armed conflict under the *lex specialis* principle, as to be shown below. Again other human rights may be derogated, but practice shows that deroga-

tions are hardly declared in armed conflicts<sup>33</sup>. Cases of derogation remained singularised and highly controversial<sup>34</sup>.

As far as the interpretation of specific rights is concerned, it should be made with due concern to other relevant rules of international law<sup>35</sup>. There is no 'containment' here whatsoever. Other States may intervene in cases of gross human rights violations by taking lawful measures to end the violations and ensure reparation for the victims<sup>36</sup>. In such cases the lawfulness of the measure to be taken may well derive from legal branches other than human rights.

#### 4. International humanitarian law

The principles and provisions of international humanitarian law, too, are to be applied in context with other relevant branches of international law. This consideration starts with the definition of armed conflicts which determines the field of application of the *jus in bello*<sup>37</sup> and it does not end with issues of counter-measures and reparation. While the notion of armed conflict has become a matter of uncertainty if not controversy today, there is increasing consensus on the relevance of various branches of the law of peace even in the conduct of hostilities. Any party to an armed conflict will be interested to avoid allegations of acting in conflict with the prohibition of the use of force under art. 2 (4) of the UN Charter. Peacekeepers, including those acting under a Chapter VII mandate, will consider the post-conflict effects of their mission and conduct even the most robust operations accordingly.

There are, however, *lex specialis* rules to be applied for the conduct of hostilities. Parties to an armed conflict may kill enemy fighters without warning and detain them without trial, while in principle individuals have their right to life, their right to a trial, and other fundamental rights which continue to apply in armed conflict. This was acknowledged by the ICJ in its Advisory Opinion on *Nuclear Weapons*:

'In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict that is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to article 6 of the [International Covenant on Civil and Political Rights], can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself'<sup>38</sup>.

More recently, in its Advisory Opinion on the *Wall in the Occupied Palestinian Territory*, the Court asserted that in armed conflicts some rights are governed exclusively by international humanitarian law, while others are governed exclusively by human rights, and still others are governed by both bodies of law. The Court expressly confirmed that in the latter case "both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law" must be considered<sup>39</sup>, and it concluded that international human rights instruments are applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory, particularly in occupied territories<sup>40</sup>. This jurisprudence was confirmed in *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*<sup>41</sup>. In the dispute between *Georgia v. Russia* the Court confirmed that the 1966 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination applies without limitation during an armed conflict<sup>42</sup>.

It has been widely neglected that in all three cases the ICJ very clearly refrained from characterising the relationship between the two branches of law as such. Rather it dealt with specific rights: In *Nuclear Weapons* the Court referred to the prohibition of an arbitrary deprivation of life rather than addressing the question of whether human rights obligations in general are absolute or relative to considerations of special rules laid down in the law of

armed conflict. In the *Wall Case* the Court expressively referred to ‘some’ rights that may be governed by both branches of international law, while others are exclusively governed by one of the two branches. In *Democratic Republic of the Congo v. Uganda* the Court pronounced itself on the relationship between human rights and international humanitarian law in more broader terms, but it did so in the clear context of the right to life (art. 6, par. 1, ICCPR), the prohibition of torture (art. 7 ICCPR), and the protection of children in armed conflicts (art. 38, par. 2 and 3 of the Convention on the Rights of the Child). Hence it is fully consistent with the Court’s opinions to conclude that, while international humanitarian law and human rights law are complementary, the *lex specialis* concept must be used to determine whether and to what extent the application of a specific human rights provision is limited in a particular situation of armed conflict<sup>43</sup>.

Typical examples for human rights obligations that appear to be more limited under *lex specialis* rules of international humanitarian law are the treatment of detainees and investigations into the reasons of any loss of life as a result of force: in armed conflict *habeas corpus* cannot be guaranteed in the same way as in peacetime, although the legal protection of detainees remains important. Also the way in which investigations on the use of deadly force are to be conducted will be different under battlefield conditions: While full application of art. 6 (1) ICCPR and relevant regional human rights conventions will require in peacetime to conduct an independent formal investigation in each individual case, this may become simply impossible in armed conflict<sup>44</sup>.

The *lex specialis* principle thus remains important for the application of international humanitarian law, but it must be also be acknowledged that in armed conflict there is frequently a need to apply rules and procedures deriving from other branches of international law whereas no specific rule of international humanitarian law applies. Activities to ensure compliance are a case in point. Article 1 common to the Geneva Conventions and art. 1 (1) of Additional Protocol I stipulate an obligation not only to respect but also to ensure respect of international humanitarian law. This obligation has now developed into customary international law<sup>45</sup>. States and international organizations acting under this obligation are by no means limited to measures specifically designated by international humanitarian law. Rather they will use procedures regulated under diplomatic law, and also base their initiatives on other legal branches and the Charter itself.

In the same sense optional rules of international humanitarian law, such as art. 90 of Additional Protocol I on the International Humanitarian Fact-Finding Commission do not prevent States and international organizations to use fact-finding mechanisms such as those available under human rights law or international criminal law for investigating alleged breaches of international humanitarian law.

## 5. International environmental law

There is a significant need for using principles and rules from other branches of law in the application of environmental law. This is due to the fact that the protection of the natural environment is a multifaceted task for which no coherent regulation does exist. Special conventions, such as those protecting certain areas of the natural environment or specific natural resources may be seen as *lex specialis* for their particular purpose, but this does not exclude the application of general international law which may be relevant in this context.

A typical example is the use of general clauses in environmental agreements, such as ‘due regard’, or ‘proportionality’, without specific definition in the agreement itself. Where this is the case, interpretation of the meaning of a particular term must consider its use in other international agreements and compare it with the object and purpose of the present one. Difficulties arising with such terms in other international agreements may also arise when the same term is used in the specific context of environmental law. A case in point

is the frequent use of the principle of proportionality which calls for balancing military advantages against collateral civilian losses in the law of armed conflict; the protection of innocents in law enforcement; or sustainable efforts to ensure the protection of the natural environment. Although different standards will apply for measures of balancing in those different branches of international law, the underlying common problem is the difficulty to compare the different values to be considered – i. e. military advantage and civilian losses; prosecution of illegal acts and protection of innocents; economic use of natural resources and protection of the natural environment – and clearly decide how much of advantage for one goal is to be sacrificed in the interest of the other. ‘Cognitive biases’ inherent in such deliberations can hardly be solved in an abstract manner and sound application of legal principles faces additional challenges where terms are used which may look similar or even identical, but do have different facets or even a different meaning in different circumstances. This will lead decision-makers to seek *ad hoc* solutions rather than applying general formula; yet a critical comparison with other branches of law may be helpful for enlightened and sound decision-making.

In certain cases a comparison with other branches of international law is not only useful but even necessary to ensure convincing results. Thus it would be misleading to conclude from art. 88 of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) under which ‘[t]he high seas shall be reserved for peaceful purposes’, that even normal maritime warfare activities, regardless of the extent of harm to the environment, would be prohibited. Such unrealistic result may be avoided by the argument that UNCLOS is *lex generalis* that would yield to the *lex specialis* law of armed conflict<sup>46</sup>. This argument does not lose its force, if UNCLOS is deemed to be *lex specialis* in relation of international environmental law, as the specialty of a norm is to be judged from its contents, not from the larger branch of international law it belongs to. But art. 88 UNCLOS needs to be interpreted in the light of other international treaties, even beyond the attempt which was made within UNCLOS (art. 301) itself to clarify its meaning. Article 2 (4) of the UN Charter and a comparison between the 1959 Antarctic Treaty, the 1967 Outer Space Treaty, and the 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies leads to the conclusion that the term ‘peaceful use’ which is meant as ‘non-military use’ in the Antarctica, on the Moon and other celestial bodies, has a more limited meaning in the high seas and in outer space where it is to be understood as ‘non-aggressive use’<sup>47</sup>.

## 6. Arms control and disarmament law

The question whether there are specific rules in arms control and disarmament law which differ from general rules of public international law is even more difficult to answer. Almost exclusively treaty-based as this branch of international law is, interpretations of its rules very often escape attempts of generalisation. Each arms control obligation must be interpreted and applied in the light of the specific security interests of the States involved.

There are, however, general principles and rules which form the basis of law application also in this special branch of international law. The norms of treaty law as codified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) may provide a common basis, even if that Convention has entered into force only on 27 January 1980, has no retroactive effect, and the number of formal State Parties is still limited: Most of its provisions may be considered as a codification of existing customary international law. Under art. 42 (2) VCLT any termination of, or denunciation or withdrawal from a treaty or its suspension may take place only as a result of the application of the provisions of that treaty or of the VCLT. Articles 54–59 VCLT provide that termination or withdrawal from a treaty must take place in conformity with the provisions of the treaty or at any time by consent of the Parties. Any denunciation or withdrawal must either be foreseen in the treaty, or it must be established

that the parties intended to admit this possibility, or it must be implied by the nature of the treaty. Unilateral withdrawal or suspension may be declared in the event of material breaches (art. 60 VCLT), irrespective whether this possibility was expressly foreseen or at least implied when the treaty was concluded. Even when unilateral withdrawal was not explicitly provided for in the treaty text, a party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it (art. 61 VCLT), or it may base its withdrawal on a fundamental change of circumstances (*rebus sic stantibus*) that was not foreseen by the parties before, *if* '(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and (b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty' (art. 62 VCLT).

While these principles and provisions may help to solve problems occurring in regard of the implementation of arms control and disarmament agreements, lasting solutions will require a specific assessment of the security environment in which the pertinent arms control obligation is to operate. In most if not all cases it will be essential to find a cooperative solution. Unilateral denunciation, termination, or withdrawal from existing obligations, even as a last resort, cannot really work in matters related to peace and security. In particular the potentially harmful effect of weapons of mass destruction makes it imperative to consider further legal consequences. It may be accepted today that there is a general legal obligation for States to avoid transboundary harm in their activities<sup>48</sup>, whereas precise conditions and limitations of such obligation are still to be specified. Even after withdrawal from relevant treaty obligations the withdrawing State continues to bear responsibility for any violation committed prior to withdrawal and continuing implications for safeguards must be observed. Furthermore, there is a special responsibility for Member States and competent organs of the United Nations to support activities of pacific settlement of disputes (art. 2, par. 3, UN Charter).

## 7. The law of the world trade organization

The Dispute Settlement Understanding (DSU), annexed to the 1994 WTO Agreement, provides for an 'inventive admixture of conciliation, negotiation and adjudication, with an interesting follow-up of enforcement, and traditional arbitration as a final and *extrema ratio* mode of resolution'<sup>49</sup>. This not only brought one of the most effective dispute settlement mechanisms in the world, but also led to the question, whether, in the event that mechanism fails, countermeasures as addressed in the 2001 ILC Articles on State Responsibility may be resorted to as *ultima ratio*<sup>50</sup>. Similar questions arise for the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)<sup>51</sup>. As this question in the first place must be seen as a challenge for the particular dispute settlement mechanism and has not led to more severe problems so far, it may be too early for drawing a general conclusion<sup>52</sup>.

There is not only functional but also regional specification which may be relevant in this respect. Regional trade agreements today cover the largest amount of world trade and while it may not be fully correct to conclude that these agreements 'limit trade to the outside world'<sup>53</sup>, an assumption that may apply also to 'plurilateral' agreements on aircraft and government procurement, but would deserve critical review and a realistic consideration of the relationship between trade interests and trade regulation.

## 8. Regional approaches

As globalization progressively develops, regional specifications will lose importance and even tend to diminish in international law. This can best be demonstrated in reviewing functional specifications and examining the relevance of regional differences<sup>54</sup>. The present

discussion has identified but few regional peculiarities which are focusing on procedural and institutional aspects, as in human rights law, and factual rather than legal differences, as is the case in international trade law. It may be expected that this trend continues.

### III. Conclusions

While it may be still too early to draw final conclusions on a debate that is now lasting for quite a long time, literally affecting a considerable number of branches of international law and the effectiveness of the international legal order as such, a few general observations may be in order. Important elements have emerged which could strengthen the unity of law and its cohesiveness under both substantive and procedural aspects, thus contributing to the pacific settlement of disputes. It may fairly be stated that special regimes are not fully exclusive from one another. Specialisation did not prevent that principles and procedures from other regimes remained or became relevant for interpretation and for closing existing gaps. Thus there may be more need and in fact also more room for supplementing specific provisions by relevant rules existing in other legal branches rather than disputing the applicability of those provisions within any special regime of international law. Conflicting norms are an exception for international practice, not the rule. They may tend to escape attempts for general legal regulation. But while doctrinal discussions may help to inform the practice of States and international organizations and thus support solutions of conflicts, practice may be more successful in opening new alternatives and even overcoming problems that have not been solved in legal doctrine so far.

The phenomenon of norm fragmentation in international law as a result of specialised rules and organizations is not to be disputed. But it may be acknowledged that many discussions on the issue were based on ill-defined terms. The existence of self-contained regimes has been presumed without clear understanding as to the nature of self-containment and its limitations. Exaggerated theoretical conclusions have been developed, without fully considering the practice of States, without due regard to policy needs, and without objectively evaluating the interests of the parties involved. This may have obscured the task of seeking coordination between different norms, despite the fact that a professional tool-box is available for its accomplishment: The Roman law principles of *lex specialis* (although not expressly referred to in the VCLT), *lex posterior* (on which art. 30, par. 3, VCLT is based), and *lex superior* (e. g. *jus cogens*, *erga omnes* obligations, art. 103 of the UN Charter) provide basic principles that may facilitate that task. The principle of 'systemic integration' expressed in art. 31 par. 3 (c) VCLT should, indeed, be understood as an imperative for making full use of these tools<sup>55</sup>. None of these principles is confined to existing treaty law and no formal rule of procedure limits their application. It is one of the advantages of the ILC Report that it considers the different types of special regimes and evaluates the applicability of relevant rules in context with their purpose and intention.

The ILC Report is to be supported in its conclusion that the emergence of special treaty regimes has not seriously undermined 'legal security, predictability or the equality of legal subjects' and that fragmentation problems are to be solved in a flexible way<sup>56</sup>. It also appears fully convincing to look at globalization as a potential incentive for further development of international law and an effective obstacle for its fragmentation<sup>57</sup>. Yet it still remains open for discussion whether a comprehensive legal theory would be possible or even desirable for more systematic solutions in the light of relationships that are part of a living process.

<sup>1</sup> Cf. R. Higgins, *Problems & Process. International Law and How We Use it* (Oxford: Clarendon, 1994), 1–16.

<sup>2</sup> 'Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law', Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682 (13 April 2006) and

Corr 1 (11 August 2006). The Report is complemented by an Appendix containing the proposed set of Conclusions of the Work of the Study Group (A/CN.4/L.682/Add.1).

<sup>3</sup> The discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its fifty-ninth session had voiced the need of focusing on substantive rather than institutional aspects of fragmentation on the basis of State practice and judicial decisions; there was also certain consensus that the topic did not lend itself to the development of draft articles or draft guidelines: see topical summary prepared by the Secretariat, A/CN.4/549 (31 January 2005), paras. 114 and 118.

<sup>4</sup> The General Assembly (Res. 61/64 of 4 December 2006, para. 4) just took note of the Conclusions and the analytical study on which they were based. Four years later in the Sixth Committee the topic 'Hierarchy in international law' and the related issue of *jus cogens* were suggested for consideration by the ILC, yet without reference to the Report which had focused extensively on these issues and made them part of the final part of its Conclusions (nos. 31–42): see 'Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its sixty-fourth session, prepared by the Secretariat', A/CN.4/620 (26 January 2010), para. 102.

<sup>5</sup> ILC, Report of the Fifty-Seventh Session (2005), A/60/10, paras. 449–66.

<sup>6</sup> *Supra* (n. 2), para. 199 and paras. 215–7 where regional differences are considered under the more general question of the relationship between general and special law and the argument is made that regional arrangements under Chapter VIII of the UN Charter should be seen under the principle of subsidiarity.

<sup>7</sup> *Ibid.*, paras. 220.

<sup>8</sup> *Ibid.*, paras. 21–26; Conclusions of the Work of the Study Group, para. 2.

<sup>9</sup> *Ibid.*, para. 25.

<sup>10</sup> Conclusions of the Work of the Study Group, paras. 2, 8.

<sup>11</sup> B. Simma and D. Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', 17 no.3 *European Journal of International Law* (2006), 483–529 [483, 495, 506].

<sup>12</sup> Cf. Conclusions of the Work of the Study Group, para. 12.

<sup>13</sup> Treaty of Versailles of 28 June 1919, Part XII, Art. 380–386.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Art. 321–379.

<sup>15</sup> *Ibid.*, Art. 380: 'The Kiel Canal and its approaches shall be maintained free and open to the vessels of commerce and of war of all nations at peace with Germany on terms of entire equality.'

<sup>16</sup> *PCIJ, Case of the SS Wimbledon (Government of His Britannic Majesty v German Empire)*, Judgment of 17 August 1923, *PCIJ Series A No 1*, 23–24; see E. Klein, 'Self-Contained Regime', *Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com.

<sup>17</sup> See R. Lagoni, 'Kiel Canal', *Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com.

<sup>18</sup> This assumption is made in the ILC Report (*supra*, n.2), para. 486.

<sup>19</sup> *Loc. cit.* (*supra*, n. 12), *Dissenting Opinion Anzilotti and Huber*, 35–42 [38, 40].

<sup>20</sup> See M. Arcari, 'Suez Canal', MN 7, and 'Panama Canal', MNs 16-18, both in *Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, www.mpepil.com.

<sup>21</sup> *ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *ICJ Reports* 1980, 3, 40.

<sup>22</sup> *Loc. cit.*, 48.

<sup>23</sup> B. Simma and D. Pulkowski, *supra* (n. 8), at 512; see the same authors, 'Leges Speciales and Self-Contained Regimes', in J. Crawford, A. Pellet, and S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010), Chapter 13, 139–171 [150].

<sup>24</sup> *ICTY, The Prosecutor v. Tadić*, case no. IT-95-1-AR72, Appeals Chamber Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995, para. 11.

<sup>25</sup> *Ibid.*, para. 22.

<sup>26</sup> *ICTY, The Prosecutor v. Tadić*, case no. IT-95-1-AR72, Appeals Chamber Judgment of 15 July 1999, paras. 98–145 [145].

<sup>27</sup> *ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986 (Merits), *ICJ Reports* 1986, 14.

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 115.

<sup>29</sup> Meanwhile, war crimes committed in non-international armed conflicts are penalised under Art. 8 (2) (c) and (e) of the Rome Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998 which is, however, not applicable to the *ICTY*.

<sup>30</sup> See ILC, Report on the work of its fifty-third session, Chapter IV 'Responsibility of states for internationally wrongful acts', UN Doc A/56/10 (2001), 106–107.

<sup>31</sup> *ICJ, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, paras. 402–406. For a differing view see A. Cassese, 'The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia', 18 *EJIL* (2007), 649–668.

<sup>32</sup> Examples are the prohibition of slavery (Art. 8 ICCPR, Art. 4 ECHR), freedom of opinion and religion (Art. 18 ICCPR, Art. 9, 10 ECHR).

<sup>33</sup> T. Buergenthal, 'To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations', in: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University

Press, 1981), 72; R. Higgins, 'Derogations under the Human Rights Treaties' 48 *British Yearbook of International Law* (1976–77), 281; P. Rowe, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 118–121.

<sup>34</sup> Rowe, *Ibid.*, 159–161. A recent example is the British Anti-terrorism, Crime and Security Act (2001). It remains questionable, however, whether the material conditions for derogation under Art. 15 ECHR and Art. 4 ICCPR are met in this case, see J. Black-Branch, 'Powers of Detention of Suspected International Terrorists under the United Kingdom Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: dismantling the cornerstones of a civil society', in: 27 *European Law Review Human Rights Survey* (2002), 19 [26]; V.H. Henning, 'Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001: Has the United Kingdom Made a Valid Derogation from the European Convention on Human Rights?', 17 *American University Law Review* (2002), 1663 [1677].

<sup>35</sup> See *European Court of Human Rights (ECtHR), McElhinney v. Ireland*, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001-XI, para. 36: 'The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms a part...'

<sup>36</sup> See Art. 54 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the ILC, 53<sup>rd</sup> Session, *ILC Yearbook 2001*, Vol. II (2), 26; General Assembly, Official Records, 55<sup>th</sup> Session, Supplement No. 10 (A/56/10).

<sup>37</sup> See International Law Association. *Report of the Seventy-Fourth Conference*, The Hague, 2010, Committee on the Use of Force, 'Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law' (London: ILA, 2010).

<sup>38</sup> ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, 226, para. 25.

<sup>39</sup> ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, 178, paras. 102–142 [106].

<sup>40</sup> *Ibid.*, paras. 107–113.

<sup>41</sup> ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, *ICJ Reports 2005*, 168, paras. 215–220.

<sup>42</sup> ICJ, *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Decision of 15 October 2008, 2008 *ILM*, 1013, 134, para. 112.

<sup>43</sup> See J. A. Frowein, 'The Relationship Between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation', in 28 *Israel Yearbook on Human Rights* (1999), 1. At p. 12 the author convincingly argues that the *lex specialis* argument cannot solve all situations, as it cannot be inferred from the *Nuclear Weapons* Opinion that human rights treaties in general would have to be interpreted in the light of international humanitarian law. He also underlines that certain human rights, such as the prohibition of torture or slavery, or the right to legal personality are not open to derogation, but formulated in absolute terms without any limitations in times of armed conflict.

<sup>44</sup> Regrettably, the legal differences of individual protection in peacetime and during armed conflicts have been neglected by the ECtHR so far. See e. g. *Medka Isayeva, Yusopova and Bazayeva v. Russia* (Applications nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00), Judgment of 24 February 2005; *Goncharuk v. Russia* (Application no. 58643/00), Judgment of 4 October 2007; *Tangiyeva v. Russia* (Application no. 57935/00), Judgment of 29 November 2007. It is evident that an application of human rights in armed conflict which ignores *lex specialis* norms of international humanitarian law may lead to less than convincing results.

<sup>45</sup> See J. M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005): while the commentary to Rule 139 only refers to a State's obligation 'to ensuring respect by other persons or groups acting in fact on its instructions' (*id.*, Vol I p. 496), Rule 144 stipulates that States 'must exert their influence, to the degree possible, to stop violations of international humanitarian law' and the commentary underlines that 'the ICRC has repeatedly stated that the obligation to "ensure respect" is not limited to behavior by parties to a conflict, but includes the requirement that States do all in their power to ensure that international humanitarian law is respected universally' (*id.*, pp. 509–510).

<sup>46</sup> L. C. Green, 'The environment and the law of conventional warfare', 29 *Canadian Yearbook of International Law* (1991), 221–226.

<sup>47</sup> See R. Wolfrum, 'Military Activities on the High Seas: What Are the Impacts of the U.N. Convention on the Law of the Sea?' in M. N. Schmitt & L. C. Green, *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, Vol. 71 *International Law Studies* (Newport, R. I.: Naval War College, 1998), 501–513 [502–505].

<sup>48</sup> See M. Koskeniemi, 'Doctrines of State Responsibility', in J. Crawford, A. Pellet, and S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2010), Chapter 5, 45–51 [50]; A. Boyle, 'Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law', in *op. cit.*, Chapter 10, 95–104.

<sup>49</sup> A. Cassese, *International Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), 291.

<sup>50</sup> C. Tomuschat, 'International Law as a Coherent System: Unity or Fragmentation?', in M.H. Arsanjani *et al.* (eds.), *Looking to the Future. Essays on International Law in Honour of W. Michael Reisman* (Leiden: Brill, 2011), 323–354 [346].

<sup>51</sup> See *CMS v. Argentine Republic*, *ICSID Case No. ARB/01/8*, 46 *ILM* (25 September 2007), 1136 (limiting resort to necessity as a ground precluding wrongfulness).

<sup>52</sup> I. Van Damme, 'ILC Study Group Report on the Fragmentation of International Law: WTO Treaty Interpretation against the Background of Other International Law', 17 *Finnish Yearbook of International Law* (2006), 21, 23; *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

<sup>53</sup> ILC Report (*supra*, n.2), para. 210.

<sup>54</sup> See *supra* (n. 6).

<sup>55</sup> See ILC Report (*supra*, n. 2), para. 479; C. Tomuschat, *supra* (n. 45), 344–353.

<sup>56</sup> *Supra* (n. 2), para. 492: 'One principal conclusion of this report has been that the emergence of special treaty-regimes (which should not be called "self-contained") has not seriously undermined legal security, predictability or the equality of legal subjects. The techniques of *lex specialis* and *lex posterior*, of *inter se* agreements and of the superior position given to peremptory norms and the (so far under-elaborated) notion of "obligations owed to the international community as a whole" provide a basic professional tool-box that is able to respond in a flexible way to most substantive fragmentation problems.' (emphasis in original).

<sup>57</sup> S. Y. Marochkin, 'On the Recent Development of International Law: Some Russian Perspectives', 8 No. 3 *Chinese Journal of International Law* (2009), 695–714 [707] (citing R. A. Kolodkin).

И. В. Федоров\*

## МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ПРОЦЕСС И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА: ОПЫТ ОТЕЧЕСТВЕННЫХ УЧЕБНИКОВ\*\*

*Представлен обзор современных отечественных учебных изданий по курсу «Международное право». Дана критическая оценка освещению проблем международного процесса и международного процессуального права. Исследованы вопросы использования международной и национальной судебной практики. Кратко описаны причины, и приведен прогноз развития учебных курсов.*

*Ключевые слова: международный процесс, международный суд, судебная практика, учебник*

*An overview of modern domestic educational publications for the course «International Law» is presented. Critical assessment of coverage of problems of the international process and international procedural law is given. The problems of international and national jurisprudence use are analyzed. The author briefly assesses the causes and forecast of the development of training courses.*

*Key words: international process, international court, judicial practice, textbook*

В настоящей статье представлен обзор русскоязычных учебных изданий по курсу «Международное право», «Международное публичное право», увидевших свет в последнее время: в 2008–2011 гг. Цель исследования – оценка представления проблем международного процесса (международного процессуального права) в учебных изданиях, а также использования международной и национальной судебной практики в них. На наш взгляд, эти две проблемы связаны: исследование процессуальных вопросов предполагает и изучение результатов международной процессуальной деятельности, хотя, безусловно, здесь нет абсолютной зависимости. Следует заметить, что в значительной степени внимание к судебной практике определяется подходом авторов к оценке источников международного права (имеется в виду неоднозначная оценка положений ст. 38 Статута Международного суда ООН). Достаточно часто анализ практики национальных судов связан с оценкой авторами вопросов взаимодействия международного и национального права и реже рассматривается как самостоятельная проблема, хотя есть обратные примеры, в частности гл. 9 «Международное право в деятельности судов, прокуратуры, правоохранительных органов исполнительной власти Российской Федерации» учебника «Международное право» под редакцией Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова.

Одна из проблем при проведении нашего анализа – выбор учебников. Сегодня только в продаже<sup>1</sup> представлены 19 учебников и учебных пособий разных авторов, в это число мы не включаем курсы лекций, краткие курсы и так называемые ответы на вопросы и шпаргалки<sup>2</sup>.

1. Бирюков П. Н. Международное право: учеб. 5-е изд. М.: Юрайт, 2011. 793 с.

2. Васильева Л. А., Бакиновская О. А. Международное публичное право. М.: Тетра-Системс, 2010. 576 с.

3. Витцтум В. Граф и др. Международное право. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 992 с.

\* Федоров Игорь Вадимович – кандидат юридических наук, доцент Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: Ingwar77@yandex.ru.

\*\* Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Система международного правосудия и правопорядок Российской Федерации», проект № 118 11-03-00535а.

4. Каламкарян Р. А., Мигачев Ю. И. Международное право. М.: Эксмо, 2010. 464 с.
5. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. М.: Wolters Kluwer, 2010. 415 с.;  
Особенная часть. М.: Wolters Kluwer, 2010. 519 с.
6. Международное право / под ред. А. Н. Вылегжанина. М.: Юрайт, 2011. 1003 с.
7. Международное право / под ред. А. Я. Капустина. М.: Гардарики, 2008. 624 с.
8. Международное право. 3-е изд. / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухамедов. М.: Норма, 2010. 720 с.
9. Международное право. Особенная часть: учеб. для вузов / под ред. Р. М. Валеева. М.: Статут, 2010. 624 с.
10. Международное право: учеб. 2-е изд. / под ред. К. К. Гасанова, Д. Д. Шалягина. М.: Юнити-Дана, 2011. 479 с.
11. Международное право: учеб. 4-е изд. / под ред. А. А. Ковалева, С. В. Черниченко. М.: Омега-Л, 2011. 831 с.
12. Международное право: учеб. 5-е изд. / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. М.: Норма, 2010/2011. 784 с.
13. Международное право: учеб. для вузов / отв. ред. Г. М. Мелков. М.: РИОР, 2009/2011. 720 с.
14. Международное публичное право. Общая часть: учеб. пособие / под ред. Ю. П. Бровки, Ю. А. Лепешкова, Л. В. Павловой. Минск: Амалфея, 2011. 496 с.
15. Международное публичное право: учеб. 5-е изд. / под ред. К. А. Бекашева. М.: Проспект, 2009/2011. 1008 с.
16. Толстых В. Л. Международное право. М.: Wolters Kluwer, 2010. 1056 с.
17. Трунцевский Ю. В., Петросян О. Ш., Маковик Р. С. и др. Международное право. М.: Юнити-Дана, 2010. 455 с.
18. Федощева Н. Н. Международное право: учеб. пособие. М.: ИД «Форум», 2010. 368 с.
19. Шумилов В. М. Международное право: учеб. М.: ТК ВЕЛБИ, 2007/2010. 486 с.

В каждом из указанных изданий есть специальный раздел, где рассматриваются международные судебные органы. В большинстве случаев в названии раздела используется словосочетание «мирные средства разрешения международных споров» или близкие к нему «мирное урегулирование международных споров», «разрешение международных споров». В разделах дается общая характеристика принципа мирного разрешения споров, механизмов их разрешения, основное внимание уделяется отдельным судебным органам, прежде всего Международному суду ООН. Вместе с тем характеристика специализированных судов, как правило, представлена в разделах, посвященных отраслям международного права: Европейский Суд по правам человека изучается в главах о международной защите прав человека, Международный трибунал по морскому праву — в международном морском праве, Международный уголовный суд и международные уголовные трибуналы — в международном уголовном праве. Описания судов стандартны: нормативная основа, организация, компетенция, судопроизводство, крайне редко — оценка практики (подробнее об этом дальше).

Можно выделить семь учебных изданий, отличающихся построением и качеством изложения материала о международных судах и международном процессуальном праве:

- 1) Международное право. 3-е изд. / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухамедов. М.: Норма, 2010;
- 2) Международное право: учеб. 5-е изд. / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. М.: Норма, 2010/2011;
- 3) Международное право: учеб. для вузов / отв. ред. Г. М. Мелков. М.: РИОР, 2009/2011;
- 4) Международное публичное право: учеб. 5-е изд. / под ред. К. А. Бекашева. М.: Проспект, 2011;
- 5) Толстых В. Л. Международное право. М.: Wolters Kluwer, 2010;

- 6) Федощева Н. Н. Международное право: учеб. пособие. М.: ИД «Форум», 2010;  
7) Шумилов В. М. Международное право: учеб. М.: ТК ВЕЛБИ, 2007/2010.

В учебнике В. Л. Толстых все международные суды достаточно подробно рассматриваются в гл. 14 «Разрешение международных споров». В учебнике под редакцией В. И. Кузнецова, Б. Р. Тузмухамедова помимо традиционной главы «Мирное урегулирование международных споров» (гл. 11) есть глава, посвященная Международному суду ООН (гл. 12), написанная бывшим судьей Международного суда ООН В. С. Верещетиным. В пяти других отмеченных изданиях есть раздел, посвященный международному юридическому процессу, хотя построение материала и его содержание отличается в каждом из них (кроме, наверное, пособия Н. Н. Федощевой, которая «следует» за К. А. Бекашевым).

Самый широкий подход к международному юридическому процессу представлен в учебнике В. М. Шумилова<sup>3</sup>. Говоря о системе международного права, он включает в нее международное процессуальное право, составными частями которого являются: 1) международное обычное право (международный правотворческий процесс); 2) право международных договоров (международный правотворческий процесс); 3) международный правоприменительный процесс; 4) право мирного разрешения международных споров; 5) процедуры применения санкций (исполнительное производство); 6) международное коллизионное право<sup>4</sup>.

Характеризуя международное процессуальное право, он предлагает воспринимать его как часть международного права, т. е. группу процессуальных институтов, подотраслей и отраслей.

Можно отметить, что, несмотря на широкое восприятие международного процессуального права, Шумилов смещает акценты в сторону правоприменения, говоря о нормах, принципах и источниках международного процессуального права: «В состав международного процессуального права (МПП) включаются международно-правовые принципы и нормы, регулирующие порядок реализации материальных норм международного права. Нормы международного процессуального права обслуживают: а) правоприменение норм международного права государствами и международными организациями; б) международное правосудие и арбитражное производство; в) порядок применения санкций. Основными источниками МПП являются международные договоры, обычаи, акты внутреннего права международных организаций (правила, процедуры международных судов / трибуналов), постановления, решения международных судов / трибуналов. К специальным принципам МПП можно, в частности, отнести: процессуальное равноправие сторон; состязательность; гласность судебного производства; выборность и независимость судей»<sup>5</sup>.

Похожая оценка международного процессуального права содержится в учебнике «Международное право» под редакцией Г. М. Мелкова. Автор гл. 21 «Международное процессуальное право» В. П. Панов<sup>6</sup> отмечает, что «несмотря на теоретические споры, международное процессуальное право успешно функционирует как самостоятельная отрасль международного права и представляет собой систему принципов и норм, регулирующих деятельность субъектов международного права по созданию и реализации материальных норм международного права. Оно входит составной частью в общий процесс осуществления норм права. Международное процессуальное право имеет ряд особенностей: а) включает не только правоосуществляющие, но и правотворческие функции путем установления стадий и особых правил деятельности субъектов международного права от создания до реализации договорных материальных норм и их отмирания; б) если при создании или осуществлении материальных норм нарушаются процессуальные правила, то в зависимости от тяжести правонарушения применяются специфические санкции в виде оспоримости созданных норм или результатов их неправомерного применения (недействительности); в) высокая степень диспозитивности

его норм, которые определяют лишь общие черты процессуальной деятельности. Поэтому процессуальные нормы содержатся практически в каждом международном договоре...

В рассматриваемой отрасли предмет правового регулирования включает отношения, связанные, во-первых, с нормотворчеством (стадии и правила согласования воли государств относительно содержания правил поведения и признания их в качестве нормы международного права); во-вторых, с учредительной деятельностью государств по созданию международных организаций и формированию международных механизмов их деятельности в той или иной сфере международного сотрудничества; в-третьих, с правоприменительным процессом, который является доминирующим по своему объему и охватывает различные отношения по реализации норм материального права; в-четвертых, с контрольной деятельностью субъектов по наблюдению и проверке исполнения нормативно-правовых предписаний с использованием процессуальных средств; в-пятых, с ответственностью государств, юридических и физических лиц в международном праве (правила расследования, разбирательства в судебных арбитражных и других международных органах, назначения и применения санкций).

Процессуальное производство осуществляется практически во всех отраслях международного права и охватывается такими институтами международного процессуального права, как правила процедуры международных организаций, международный уголовный процесс, правила процедуры мирного разрешения межгосударственных споров, стадии заключения международных договоров, применение санкций международными организациями и т. п.»<sup>7</sup>.

Особое понимание международного процессуального права предложено в учебнике «Международное публичное право» под редакцией К. А. Бекашева. В гл. 25 «Международное процессуальное право» К. А. Бекашев определяет международное процессуальное право как «совокупность принципов и норм, регулирующих порядок осуществления прав и обязанностей субъектов международного публичного права»<sup>8</sup>. Фактически он сводит юридический процесс к правореализационной деятельности или даже правоприменению: «Международные процессуальные нормы регулируют правоприменительную деятельность субъектов международного публичного права, т. е. практическую реализацию ими в этих целях принадлежащих им юридически властных полномочий. Одновременно этими нормами регламентируется такого же рода деятельность международных судебных органов... Международный процесс нельзя сводить только к деятельности судебных и арбитражных органов по рассмотрению конкретных дел. В подобном понимании процесс сводится лишь к правоохранительной деятельности. В международном публичном праве функции международного процесса сводятся к реализации диспозиции и санкции материально-правовых норм. Таким образом, налицо два направления реализации функций международного процесса: судебная юрисдикция и управленческая роль в обеспечении выполнения норм международного права различными средствами (через международные и национальные механизмы и т. д.)...

Принципами международного процессуального права являются все основные принципы международного публичного права. К специальным принципам относятся: выборность судей, их независимость и подчинение только нормам международного права; гласность судебного разбирательства; состязательность; процессуальное равноправие сторон и т. д.

Международное процессуальное право состоит из двух компонентов: а) комплекса норм, регламентирующих деятельность международных юрисдикционных органов по защите прав и интересов субъектов международного права; б) комплекса норм, регламентирующих взаимодействие международных и национальных органов, которые обеспечивают выполнение материальных норм международного права»<sup>9</sup>.

В учебном пособии Н. Н. Федощевой «Международное право» международное процессуальное право рассматривается в специальной главе и определяется как «совокупность норм международного права, регулирующих деятельность субъектов международного права по созданию и реализации материальных норм»<sup>10</sup>. Автор, характеризуя международное процессуальное право как отрасль, отмечает его особенности: «1. Оно включает не только правоосуществляющие, но и правотворческие функции... 2. Если при создании или осуществлении материальных норм нарушаются процессуальные правила, то в зависимости от тяжести правонарушения применяются специфические санкции в виде оспоримости созданных норм или результатов их неправомерного применения... 3. Отличается высокой степенью диспозитивности его норм, которые определяют лишь общие черты процессуальной деятельности»<sup>11</sup>. Далее Н. Н. Федощева, видимо, копируя структуру изложения материала у К. А. Бекяшева, пишет о принципах международного процессуального права и типологии международных процессуальных норм (выделяет 9 их видов). Завершается глава весьма противоречивым анализом правил процедур международных организаций: автор отмечает, что «правила процедуры обладают всеми признаками норм международного права», но через два абзаца пишет, что «правила не являются источниками международного права, не имеют необходимых признаков его норм»<sup>12</sup>.

Давая краткую оценку предложенным определениям и характеристикам международного процессуального права и международного процесса, отметим, что, к сожалению, авторы останавливаются на правореализации (в большинстве случаев правоприменения) при первоначальной интенции воспринимать процесс как универсальное явление. Более того, многие элементы процесса подвергаются смешению или деформации, наделяясь не свойственными им титулами или характеристиками: «Процессуальное производство осуществляется практически во всех отраслях международного права и охватывается такими институтами международного процессуального права, как... международный уголовный процесс... применение санкций международными организациями» (у В. П. Панова) – абсолютно нелепое смешение объекта правового регулирования и самого права; «нормы международного процессуального права обслуживают: а) правоприменение норм МП государствами и международными организациями; б) международное правосудие и арбитражное производство; в) порядок применения санкций» (у В. М. Шумилова) – правоприменение как генеральная категория охватывает правосудие, арбитражное производство и применение санкций, к тому же процессуальные нормы не могут обслуживать порядок; «два направления реализации функций международного процесса: судебная юрисдикция и управленческая роль в обеспечении выполнения норм международного права различными средствами (через международные и национальные механизмы и т. д.)» (у К. А. Бекяшева) – судебная юрисдикция – это разве не международный механизм реализации норм международного права?; «международное процессуальное право... включает правоосуществляющие... и правотворческие функции» (у Н. Н. Федощевой) – наверное, нормы международного процессуального права закрепляют порядок создания и реализации норм права, кстати, любых, а не только материальных, как это отмечено в определении; если процессуальные нормы обладали бы «высокой степенью диспозитивности», то достаточно сложно было бы вести речь о недействительности созданных в соответствии с их предписаниями материальных норм или результатов, тем более что сам автор выделяет императивные и диспозитивные процессуальные нормы (классификация «по степени юридической силы»).

Многих «ляпов» можно было бы избежать, используя систему категорий, описывающих все разнообразие деятельности субъектов международного права, протекающей в определенных процессуальных рамках.

Более-менее стройное изложение теории международного юридического процесса представлено в учебнике «Международное право» под редакцией Г. В. Игнатенко и О. И. Тиунова. В гл. 25 предложена характеристика международного процессуального права как комплексного образования, которое состоит из отдельных процессуальных отраслей и блоков процессуальных норм в материальных отраслях<sup>13</sup>. Международный юридический процесс определяется как комплексная система «органически взаимосвязанных правовых порядков (форм) деятельности,

которая выражается в совершении операций с нормами права, в связи с созданием, осуществлением материальных международно-правовых норм, разрешением различных юридических дел;

осуществляется государствами и другими субъектами международного права в пользу заинтересованных субъектов международного права;

регулируется международными процессуальными нормами;

обеспечивается соответствующими способами юридической техники;

результаты которой закрепляются в соответствующих правовых актах (договорах, заключениях, решениях)»<sup>14</sup>.

Рассмотрены и отдельные категории юридического процесса — производство, стадия. Основное внимание далее сосредоточено на изложении характеристик международного правоприменительного процесса, анализ правоприменительной деятельности строится на основе классификации по предметному признаку. Выделяются четыре вида международного судопроизводства: межгосударственное, уголовное, гражданское и гуманитарное. С точки зрения особенностей процессуальной деятельности судов и квазисудебных образований рассмотрены стадии и производства в рамках четырех заявленных правоприменительных процессов.

Характеризуя использование судебной практики в учебных изданиях и развивая обозначенные в начале тезисы, отметим, что решения международных судов встречаются в разделах, посвященных:

1) источникам международного права (ч. 3 «Вспомогательные источники международного права» § 2 гл. 1 учебника под ред. К. А. Бекяшева<sup>15</sup>);

2) принципам международного права (разд. 40–43 гл. 2 «Теория международного права» учебника В. М. Шумилова<sup>16</sup>);

3) средствам разрешения международно-правовых споров (§ 3 «Разрешение споров в международных органах и организациях» гл. 5 учебника под ред. Г. М. Мелкова<sup>17</sup>);

4) соотношению международного и национального права (§ 4 «Роль внутригосударственного права в международном правовом порядке» гл. 7 учебника В. Л. Толстых<sup>18</sup>);

5) международно-правовой защите прав человека (гл. 15 «Международное гуманитарное право» учебника под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова<sup>19</sup>);

6) международному уголовному праву (§ 4 «Международные преступления» гл. 17 учебника В. Л. Толстых);

7) территории, включая морские пространства (§ 16 «Международный трибунал по морскому праву» гл. 17 учебника под ред. В. И. Кузнецова, Б. Р. Тузмухамедова<sup>20</sup>);

8) экономическому сотрудничеству государств (разд. 137 гл. 6 «Международное право в международной экономической системе» учебника В. М. Шумилова<sup>21</sup>).

Выборка и анализ применения судебной практики в учебной литературе затруднены в первую очередь потому, что авторы никак не генерализуют такое использование. Лишь в учебнике В. Л. Толстых есть так называемый указатель дел, который содержит краткое название дела, наименование суда, его вынесшего, дату вынесения и указание на использование дела в различных разделах учебника (номера глав и параграфов). Еще одна особенность учебников — отсутствие, как правило<sup>22</sup>, отсылок к местам опубликования судебных актов, хотя в большинстве случаев таких отсылок нет у нормативных материалов, которые упоминаются в учебнике. Только в двух изданиях студенты ориентированы на места опубликования международных актов и источ-

ники размещения официальной информации о судах и их практики: учебник В. Л. Толстых (комментарии к указателю дел) и учебник под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова (предисловие и список литературы). Кроме того, нет единого подхода к переводу наименований решений судов и их текста. Например, встречаются наименования решений Международного суда ООН в традиции самого Суда – «Дело братьев Лагранд» (Германия против США) – но чаще всего просто пересказываются содержательные аспекты с указанием спорящих государств – «в споре между...»<sup>23</sup>.

Мы подходим, пожалуй, к наиболее важному аспекту изучения применения судебной практики в учебных изданиях: проанализируем, какие разделы решений используются и как. На наш взгляд, сложились два основных варианта их включения в учебный материал. Первый можно назвать иллюстративным: приводится краткая характеристика спора и вывод, к которому пришел суд. Такой вариант, по сути, – лишь пример из практики судебного органа, дающий представление о том, чем занимается суд. Наиболее показательны в этом плане учебники под редакцией Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова и под редакцией В. И. Кузнецова, Б. Р. Тузмухамедова.

*«Значительный интерес представляют дела, затрагивающие обязательства государств по Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. Эти дела по заявлениям Парагвая (1998 г.), Германии (1999–2001 гг.), Мексики (2002–2004 гг.) касались нарушений норм Конвенции Соединенными Штатами Америки. По двум последним делам – Германия против США и Мексика против США – Судом были приняты постановления от 27 июня 2001 г. и от 31 марта 2004 г. соответственно. В обоих случаях отмечены нарушения властями США предписания Конвенции (ст. 36) относительно консульского уведомления. Имеется в виду положение о том, что при аресте или заключении в тюрьму гражданина иностранного государства компетентные органы государства пребывания должны безотлагательно уведомить консульское учреждение соответствующего (представляемого) государства, а также относительно обеспечения юридического представительства арестованных (лишенных свободы) граждан, их контактов с органами государства гражданства»<sup>24</sup>.*

*«В ряде дел, связанных с вооруженными конфликтами, решение Суда устраняло первопричину конфликта – территориальный спор между конфликтующими государствами – и тем самым содействовало нормализации отношений между ними. Так, в 1986 г. в деле, касающемся пограничного спора между Буркина-Фасо и Мали, стороны полностью признали пограничную линию, установленную решением Суда. В 1992 г. Суд решил пограничный спор между Сальвадором и Гондурасом, 1994 г. – спор между Ливией и Чадом, который до этого неоднократно приводил к вооруженным столкновениям. В 1999 г. Суд вынес решение о принадлежности острова, на который претендовали Ботсвана и Намибия. В 2001 г. был решен многолетний спор между Катаром и Бахрейном о суверенитете над группой островов и делимитации морских пространств»<sup>25</sup>.*

Второй вариант – содержательный. Отдельные фрагменты правовой оценки, данной судом по спору, используются для объяснения институтов международного права, их признаков. При этом не важна фабула, основное внимание уделяется правовой позиции суда или одного судьи, представленной судом (судьей) аргументации.

«В соответствии с принципом неприменения силы или угрозы силой каждое государство обязано воздерживаться в своих международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной целостности или политической независимости любого государства, так и каким-либо иным образом, не совместимым с целями ООН. Агрессивная война составляет преступление против мира, за которое предусматривается ответственность в соответствии с международным правом.

Данный принцип запрещает не только агрессию, но и любое иное применение силы.

В Решении по делу о военной деятельности в Никарагуа от 27 июня 1986 г. МС ООН отметил: „...Необходимо проводить различие между наиболее серьезными формами применения силы (теми, которые составляют вооруженное нападение) и другими менее серьезными формами“ (пар. 191). Суд также сослался на норму обычного права, в соответствии с которой „самооборона оправдывает только меры, пропорциональные вооруженному нападению и необходимые для ответа на него“ (пар. 176)»<sup>26</sup>.

«В случаях, когда права спорящих обосновываются действиями и фактами, происходившими в далеком прошлом, суд использует доктрину интертемпорального права, согласно которой такие споры должны разрешаться нормами права, существовавшего на момент возникновения правоотношения. При этом критерий давности не является определяющим. Так, Постоянная палата международного правосудия в своем решении по делу о статусе Восточной Гренландии от 5 апреля 1933 г. заявила: «Притязание на суверенитет, которое основывается не на каком-либо конкретном акте... а лишь на длительном осуществлении власти, предполагает наличие двух элементов, существование каждого из которых должно быть доказано: намерения и воли действовать в качестве суверена и какого-либо фактического осуществления или проявления такой власти»<sup>27</sup>.

Второй вариант включения в учебник судебной практики встречается гораздо реже, такой метод объяснения правового явления используется лишь фрагментарно, не бывает «сквозным» для учебного издания. Единственное исключение сегодня – учебник В. Л. Толстых.

Практика национальных судов в учебных изданиях также упоминается по-разному. Чаще всего она фигурирует в разделах, посвященных применению международного права в национальной правовой системе, в этом случае судебная практика выступает иллюстрацией применения органами государственной власти международно-правовых норм (§ 5 «Нормы международного права в правовой системе РФ» гл. 7 учебника В. Л. Толстых).

Следует отметить, что достаточно распространено включение в соответствующие разделы параграфа о применении международного права национальными судами: § 3 «Международное право в национальных судах» гл. 7 учебника под ред. В. И. Кузнецова, Б. Р. Тузмухамедова, § 6 «Применение международного публичного права национальными судами» гл. 1 учебника под ред. К. А. Бекяшева. Кстати, в названных учебниках приводится практика не только российских судов, но и судов иностранных государств – США, ФРГ.

Единственное издание, где вопросам применения норм международного права посвящен специальный раздел, – учебник под редакцией Г. В. Игнатенко и О. И. Тиунова (гл. 9 «Международное право в деятельности судов, прокуратуры, правоохранительных органов исполнительной власти»).

В двух учебниках – В. М. Шумилова и В. Л. Толстых – практика национальных судов, преимущественно иностранных (США, Франция), рассматривается в связи с проблемами юрисдикции, экстерриториального применения национального права (§ 91, 94 гл. 3 «Взаимодействие международного и внутреннего права»<sup>28</sup>, гл. 10 «Юрисдикция в международном праве»<sup>29</sup>). В работе В. Л. Толстых упоминание практики национальных судов можно встретить и в других разделах, в частности в гл. 17 «Международное уголовное право».

Как правило, приводятся решения высших судебных органов страны: для РФ – Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда (чаще – постановления пленумов и президиумов, реже – решения коллегий), Конституционного Суда, для США – Верховного суда, изредка можно встретить примеры из практики судов территорий – областных, республиканских, районных<sup>30</sup>.

Обычно судебные решения судов РФ приводятся с полным названием и указанием даты вынесения и номера, исключение составляют, пожалуй, постановления Конституционного Суда РФ, для которых нередко указывается только дата вынесения<sup>31</sup>. Как и в ситуации с решениями международных судов, источники официального опубликования решений национальных судебных органов не сообщаются, исключение — § 6 гл. 1 учебника под редакцией К. А. Бекашева, хотя и в данной работе такой подход не является «сквозным» для всех разделов. Больше всего в этом смысле удивляет учебник В. М. Шумилова, где весьма подробно излагаются примеры судебных прецедентов США по вопросам иммунитета государств<sup>32</sup>, но нет указания на место публикации этих «прецедентных решений» или их обзоров, на основе которых подготовлен материал учебника.

В большинстве учебных изданий кратко излагаются фабула и та часть решения, которая посвящена применению норм международного права, если речь идет о постановлении пленума, то представлен обзор рекомендаций, которые сформулированы высшей судебной инстанцией. Выдержки приводятся лишь для того, чтобы подчеркнуть особенности применения норм международных договоров. В учебниках под редакцией Г. В. Игнатенко и О. И. Тиунова и под редакцией В. И. Кузнецова, Б. Р. Тузмухамедова дается развернутая характеристика применения норм международного права в деятельности судов (правда, в первом случае более объемная), выделены основные направления такого применения, категории дел, специфика применения.

*«В практике Верховного Суда РФ встречаются и своеобразные примеры оценки факта отсутствия международного договора в сопоставлении с законодательством. Судья районного народного суда Рязанской области отказал гражданину ФРГ в приеме искового заявления о возмещении причиненного ему вреда, сославшись на то, что у Российской Федерации нет договора с ФРГ об оказании правовой помощи. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ удовлетворила протест заместителя Председателя Верховного Суда, отменила определение народного судьи и направила исковой материал в тот же суд для рассмотрения по существу, ибо отсутствие договора в данном случае значения не имеет, поскольку право иностранного гражданина на обращение в суды РФ наравне с российскими гражданами предусмотрено действующим законодательством.*

*В 2007 г. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, рассмотрев кассационную жалобу осужденного Б. на постановление судьи Саратовского областного суда, оставившего без удовлетворения его просьбу о передаче для отбывания наказания в Казахстан, гражданином которого он является, со ссылкой на отсутствие между Российской Федерацией и Республикой Казахстан соглашения о передаче осужденных, сочла, что такой довод противоречит ст. 471 УПК РФ, содержащей перечень случаев, в которых может быть отказано в подобной передаче»<sup>33</sup>.*

В работах В. М. Шумилова и В. Л. Толстых часто встречаются фрагменты решений национальных судов, которые подтверждают какую-либо характеристику описываемого института, в этом смысле применение национальной судебной практики мало отличается от использования решений международных судов.

*«Во втором деле имели место следующие обстоятельства. МакЛеод утверждал, что американские суды не обладают юрисдикцией в его отношении, поскольку он действовал в официальном качестве члена британских вооруженных сил в Канаде и что в любом случае он не может быть привлечен к ответственности, так как у него есть алиби. Верховный суд Нью-Йорка в Решении, вынесенном в 1841 г., отверг первое возражение. Суд отметил, что в отсутствие войны между США и Великобританией последняя не может законным образом оправдать убийство, в котором обвинялся МакЛеод: „Она [Великобритания] может объявить войну, но если она претендует на преимущества мира, что обе нации и сделали в данном*

*случае, то как только любые ее граждане оказываются на нашей территории, они вполне могут быть наказаны по нашему праву, как если бы они были рождены и всегда проживали в нашей стране». Суд отклонил заявление, и дело было передано в другой американский суд, который в октябре 1841 г. счел, что МакЛеод имел алиби, и оправдал его».*

Подводя итоги проведенному анализу, отметим следующее. Если сравнивать отечественные издания с англоязычными «классическими» учебниками, например с Brownlie I. Principles of public international law. 7<sup>th</sup> ed. Oxford, 2008, Shaw M. N. International Law. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge, 2008, то ближе всего к ним по структуре материала и форме его подачи учебник В. Л. Толстых. Как было сказано, только в этом издании есть список решений международных судов, решения используются для характеристики отдельных институтов международного права и их элементов. Нередко автор следует за учеными, которых он цитирует, воспроизводя обширные выдержки из судебных решений. Для большинства учебников характерно лишь фрагментарное использование международной судебной практики в основном в иллюстративной форме и с такой же целью. Одна из причин подобного подхода, как нам кажется, — достаточно «скептическое» отношение к оценке судебных решений в качестве источников международного права. Они характеризуются в лучшем случае как «вспомогательные», «дополнительные» источники международного права. Другая — свойственное в целом отечественной правовой доктрине «нормативистское» восприятие права. В международно-правовых исследованиях это проявляется в том, что объектом изучения выступают международные договоры и только во «вторую» или даже в «третью» очередь — судебная практика.

Полагаем, что в не меньшей степени сложившаяся традиция обязана и объему учебного курса, и месту, которое международное право занимает в подготовке юриста так называемой широкой специализации. Для освоения базовых понятий, конструкций и институтов достаточно изучения договорного материала, более глубокий анализ возможен при привлечении монографий, статей, где международная судебная практика уже, конечно, присутствует. Думается, что переход к двухуровневой системе подготовки в современном российском высшем образовании лишь законсервирует эту традицию, так как уменьшение сроков обучения, очевидно, вызовет потребность в сокращении учебных курсов.

Что касается практики национальных судов, то здесь можно особо выделить учебник под редакцией Г. В. Игнатенко и О. И. Тиунова, который в большей степени, чем другие, ориентирован на юристов-немеждународников, поскольку им важно понимать, как и когда применять положения международных договоров. Национальная практика приводится не просто в качестве примера взаимодействия международного и внутригосударственного права, но как самостоятельный объект изучения и обобщения.

<sup>1</sup> Рассмотрены on-line разделы крупнейших книжных магазинов Москвы: «БиблиоГлобус» (URL: <http://www.bgshop.ru>), Торговый дом книги «Москва» (URL: <http://www.moscowbooks.ru>), а также «книжный» раздел крупнейшего российского on-line магазина URL: <http://www.ozon.ru>.

<sup>2</sup> Если учитывать последние, а также учебные издания, вышедшие ранее 2008 г., то список достигнет 30 единиц.

<sup>3</sup> Шумилов В. М. Международное право: учеб. М., 2007/2010.

<sup>4</sup> Там же. С. 153.

<sup>5</sup> Там же. С. 397.

<sup>6</sup> Он же автор аналогичной по содержанию гл. XXIII «Международное процессуальное право» в учебнике «Международное публичное право». 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. К. А. Бекашева. М., 2001 С. 597–611.

<sup>7</sup> Международное право: учеб. для вузов / отв. ред. Г. М. Мелков. М., 2009. С. 652–653.

<sup>8</sup> Международное публичное право: учеб. / отв. ред. К. А. Бекашев. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2009/2011. С. 943.

<sup>9</sup> Там же. С. 943–944.

<sup>10</sup> Федощева Н. Н. Международное право: учеб. пособие. М., 2010. С. 267.

<sup>11</sup> Там же. С. 268.

<sup>12</sup> Там же. С. 272–273.

<sup>13</sup> Международное право: учеб. 5-е изд. / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. С. 703.

<sup>14</sup> Там же. С. 704.

<sup>15</sup> Международное публичное право: учеб. / отв. ред. К. А. Бекашев. 5-е изд., перераб. и доп. С. 30–31.

<sup>16</sup> Шумилов В. М. Международное право: учеб. С. 80–84.

<sup>17</sup> Международное право: учеб. для вузов / отв. ред. Г. М. Мелков. С. 164–167.

<sup>18</sup> При подготовке настоящего материала использовалась электронная версия учебника В. Л. Толстых, поэтому здесь и далее указываются лишь названия разделов этого учебника, а не страницы.

<sup>19</sup> Международное право: учеб. 5-е изд / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. С. 431.

<sup>20</sup> Международное право. 3-е изд. / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухамедов. С. 494–495.

<sup>21</sup> Шумилов В. М. Международное право: учеб. С. 260–261.

<sup>22</sup> Например, в учебнике В. М. Шумилова в разделе, посвященном принципам международного права, есть указания на ICJ Reports, PCIJ Ser. B (с. 80, 83 и др.) Но это не является общим правилом для всего учебника. Аналогично в учебнике под ред. В. И. Кузнецова, Б. Р. Тузмухамедова в параграфе о территориальных спорах есть указания на ICJ Reports, но, например, в гл. 12 «Международный суд ООН» таких ссылок нет.

<sup>23</sup> См., например: Международное право: учеб. 5-е изд / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. С. 429; Международное право. 3-е изд. / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухамедов. С. 350–351.

<sup>24</sup> Международное право: учеб. 5-е изд / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. С. 429.

<sup>25</sup> Международное право. 3-е изд. / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухамедов. С. 350.

<sup>26</sup> Параграф 3 гл. 5 учебника В. Л. Толстых «Международное право».

<sup>27</sup> Международное право. 3-е изд. / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухамедов. С. 489.

<sup>28</sup> Шумилов В. М. Международное право: учеб. С. 178–179, 183–186.

<sup>29</sup> Толстых В. Л. Международное право.

<sup>30</sup> Международное публичное право: учеб. / отв. ред. К. А. Бекашев. 5-е изд., перераб. и доп. С. 56; Международное право: учеб. 5-е изд. / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. С. 258, 260.

<sup>31</sup> Международное право. 3-е изд. / отв. ред. В. И. Кузнецов, Б. Р. Тузмухамедов. С. 216–217; Международное право: учеб. 5-е изд. / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. С. 232–248.

<sup>32</sup> Шумилов В. М. Международное право: учеб. С. 183–186.

<sup>33</sup> Международное право: учеб. 5-е изд. / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. С. 259.

П. А. Корольков\*

## ПРАВОВАЯ ПРИРОДА СУДЕБНЫХ АКТОВ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА И ИХ МЕСТО В РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ

*Рассматривается вопрос имплементации практики Европейского Суда в российское законодательство. Анализируются основные проблемы применения практики Европейского Суда.*

*Ключевые слова: Конвенция, международно-правовые обязательства, источник права, Европейский Суд*

*This article regards issues of implementation of the European Court of Human Rights practice into Russian legislation. Basic problems of mechanism of invocation of European Court of Human Rights practice are analyzed.*

*Key words: Convention, obligations under international law, source of law, European Court of Human Rights*

В соответствии с Федеральным законом от 30 марта 1998 г. Россия ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. с изменениями, внесенными протоколами к ней № 3, 5, 8, и дополнениями, содержащимися в Протоколе № 2, и протоколы к ней № 1, 4, 7, 9, 10, 11. С 5 мая 1998 г. (с момента передачи ратификационных грамот Генеральному секретарю Совета Европы) нормы Конвенции и соответствующих протоколов к ней стали обязательными для Российской Федерации.

В связи с этим указанный международный договор превратился в составную часть правовой системы России. Для обеспечения соблюдения международно-правовых обязательств, принятых на себя Высокими Договаривающимися сторонами по Конвенции, был учрежден Европейский Суд.

Возникает вопрос: являются ли судебные акты, выносимые Европейским Судом в рамках означенного международного договора, составной частью правовой системы России и источником ее национального права? На него трудно найти прямой ответ. Во-первых, в российском законодательстве нигде прямо не обозначено место решений Европейского Суда, не прописана степень их обязательности, если они вынесены не в отношении России. Во-вторых, нет прямого указания на их юридическую силу в части соотношения с конституционными нормами (нормами Конституции Российской Федерации и нормами конституционных законов). В-третьих, в российском законодательстве нигде прямо не признается прецедент как источник права. В-четвертых, не говорится о прецеденте толкования, не определена система актов толкования, их роль, и даже о субъектах толкования законов можно лишь дискутировать.

В юридической литературе существуют два противоположных мнения о значении судебных решений Европейского Суда как части национальной правовой системы. Одни авторы считают, что судебные решения Европейского Суда — источники международного права. Другие утверждают, что судебные решения не являются источниками, а представляют собой лишь доказательства наличия или отсутствия тех или иных принципов и норм. Таким образом, нет единообразия в вопросе о том, следует ли относить

\* Корольков Петр Анатольевич — юриконсульт I категории управляющей организации ОАО «РТ-Машиностроение», аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (Москва). E-mail: korolkov-petr@mail.ru.

к источникам международного и, как следствие, национального права судебные акты Европейского Суда.

По мнению некоторых российских специалистов, судебные прецеденты Европейского Суда могут быть признаны прямым источником права, следовательно, на них должны ссылаться российские судьи при рассмотрении конкретных дел<sup>1</sup>. И. А. Конюхова полагает, что проблема заключается в отсутствии единства мнений по вопросу о признании судебного решения (прецедента) источником российского права<sup>2</sup>. Бывший судья Европейского Суда от Российской Федерации В. А. Туманов отметил, что эти акты приобрели характер особого источника права и с каждым годом все более глубоко и непосредственно влияют на развитие национальных правовых систем, а также на формирование и развитие европейского правового пространства<sup>3</sup>.

П. А. Лаптев, первый Уполномоченный Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека, подчеркивает, что по природе и характеру рассматриваемых дел Европейский Суд близок к конституционным судам, а поэтому, учитывая положения ч. 1 ст. 17 Конституции РФ, представляется актуальным предложение «задуматься о том, входят ли решения Европейского Суда по правам человека в правовую систему Российской Федерации»<sup>4</sup>.

Председатель Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькин в выступлении на VIII Международном форуме по конституционному правосудию «Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы» указал: «Права и свободы, закрепленные Европейской конвенцией, поскольку она является международным договором, и решения Европейского Суда по правам человека — в той степени, в какой они выражают общепризнанные принципы и нормы международного права, — являются составной частью российской правовой системы». Конституционный Суд в последние годы стал активно использовать прецеденты Европейского Суда для мотивации выносимых им решений.

О необходимости применения правовых позиций Европейского Суда по правам человека говорится и в пп. 10–15 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»<sup>5</sup>. Высший Арбитражный Суд Российской Федерации выпустил Специальное информационное письмо от 20 декабря 1999 г. № С1-7/СМП-341 «Об основных положениях, применяемых Европейским Судом по правам человека при защите имущественных прав и прав на правосудие», в котором ориентировал арбитражные суды на соблюдение положений, сформулированных Европейским Судом и направленных на защиту имущественных прав и права на правосудие<sup>6</sup>. Исходя из этого Конституционный Суд РФ, суды общей юрисдикции и арбитражные суды Российской Федерации опираются и ссылаются на постановления Европейского Суда для дополнительной мотивировки конкретного судебного постановления.

Однако профессор А. Д. Бойков пишет, что «негативное правотворчество судебной власти — опасный путь фрагментарного совершенствования правовой системы. Особенно это очевидно применительно к кодифицированному отраслевому законодательству, в котором любые частные изменения чреваты далеко идущими последствиями, связанными с нарушением органического единства институтов права, снижением эффективности его регулятивной функции»<sup>7</sup>.

С данной позицией трудно не согласиться. Обоснованием этому могут служить следующие доводы.

Конвенция наделила Европейский Суд компетенцией не только применять Конвенцию, но и осуществлять ее толкование (ст. 32 Конвенции). При вынесении решения (о приемлемости жалобы) и постановления (по существу) по каждому делу Суд для обоснования своей позиции ссылается на ранее вынесенные им решения и (или) постановления.

Помимо решений, выносимых Европейским Судом по существу дела, в практике данного органа присутствуют и другие виды решений. В частности, речь идет о мотивированных решениях палат относительно приемлемости жалобы, об исключении жалобы из списка рассматриваемых дел (например, в случае заключения сторонами мирового соглашения), а также о решениях комитетов судей, которые не содержат мотивировочной части (например, единогласное решение комитета из трех судей о неприемлемости индивидуальной жалобы, если не требуется дополнительного изучения данной жалобы).

Следует согласиться с мнением, что решения комитетов судей не могут быть причислены к источникам права, так как не подлежат опубликованию, имеют конкретных адресатов (направляются непосредственно заявителю) и недоступны для ознакомления с ними<sup>8</sup>.

Анализ решений палат Европейского Суда о приемлемости (неприемлемости) жалоб позволяет сделать вывод об учете в практике Европейского Суда положений Конституции РФ, а также о соотношении последних с Европейской конвенцией. Рассматривая индивидуальные жалобы на предмет их соответствия критериям приемлемости, установленным в ст. 35 Европейской конвенции, Европейский Суд уделяет значительное внимание таким критериям, как исчерпание внутренних средств правовой защиты и соблюдение заявителем шестимесячного срока для подачи жалобы, который чаще всего отсчитывается с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу. Очевидно, что в этом случае момент начала отсчета шестимесячного срока прямо зависит от того, какие внутренние средства правовой защиты необходимо исчерпать заявителю, чтобы получить окончательное решение по делу.

В связи с этим интересно сравнить, что говорят об исчерпании внутренних средств Конституция РФ, Конвенция о защите прав человека и основных свобод и практика Европейского Суда.

Как уже упоминалось, ст. 46 Конституции РФ закрепляет, что право на обращение в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека появляется в том случае, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты. Обратимся к формулировке ст. 35 Конвенции: «Суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, как это предусмотрено общепризнанными нормами международного права». Наконец, из практики Европейского Суда следует, что внутренние средства правовой защиты, которые заявитель обязан исчерпать или по крайней мере попытаться это сделать, должны быть адекватными и применимыми к тому нарушению, которое обжалуется. Однако в соответствии с общепризнанными нормами международного права, на которые ссылается ст. 35 Конвенции, не требуется, чтобы заявитель использовал средство защиты, если ввиду сложившейся судебной практики национальных судов это средство не имеет разумных шансов на успех<sup>9</sup>.

Кроме того, средства правовой защиты должны иметь достаточную степень надежности не только в теории, но и на практике, быть эффективными и доступными для заявителя. По общему правилу эффективное средство защиты – судебное рассмотрение.

Применительно к Российской Федерации обязательным и эффективным средством правовой защиты является разбирательство дела в суде первой инстанции, в кассационной инстанции, а также в апелляционном порядке, если такой порядок предусмотрен. Рассмотрение дела в надзорном порядке было признано Европейским Судом неэффективным средством<sup>10</sup>.

В данном случае мы видим, как Европейский Суд трактует в своей практике ст. 35 Конвенции, т. е. определяет, какие внутренние средства правовой защиты подлежат исчерпанию в целях последующей подачи индивидуальной жалобы в Европейский

Суд. В связи с этим функция Европейского Суда по толкованию положений Конвенции и протоколов к ней представляется важной, так как положения Конвенции должны пониматься с учетом судебной практики. Более того, именно стандарты Европейского Суда являются ориентиром для оценки соблюдения условий приемлемости, предусмотренных в ст. 35 Конвенции. Следовательно, ч. 3 ст. 46 Конституции РФ должна также пониматься в указанном контексте.

В заключение хотелось бы отметить, что вопрос о месте актов Европейского Суда до сих пор остается дискуссионным, тем не менее результатом толкования Европейским Судом положений Конвенции и протоколов к ней стала система правовых стандартов Европейского Суда, в рамках которой самостоятельную группу образуют автономные правовые понятия. Рассматривая жалобы на нарушение прав и свобод человека, гарантируемых Конвенцией и протоколами к ней, Европейский Суд неизменно руководствуется выработанными им правовыми стандартами с учетом норм универсальных и региональных международно-правовых актов, а также законодательства государства-ответчика по жалобе, которое, однако, Европейский Суд не считает определяющим. Между тем государства-участники Конвенции обязаны привести свое законодательство и правоприменительную практику в соответствии с требованиями этого регионального международно-правового акта, а также правовыми стандартами Европейского Суда.

<sup>1</sup> Ковлер А. И. Европейское право прав человека и Конституция России // Журн. рос. права. 2004. № 1. С. 152–155.

<sup>2</sup> Колюхова И. А. Международное и конституционное права: теория и практика взаимодействия. М., 2006. С. 270–275.

<sup>3</sup> Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека: Очерк организации и деятельности. М., 2001. С. 4–7.

<sup>4</sup> Лаптев П. А. Прецеденты Европейского Суда по правам человека и российская судебная практика // Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции Российской Федерации: Избранные права. М., 2002. С. 43.

<sup>5</sup> Бюл. Верховного Суда Российской Федерации. 2003. № 12.

<sup>6</sup> Вестн. Высшего Арбитражного Суда РФ. 2000. № 2.

<sup>7</sup> Бойков А. Д. Третья власть в России. Продолжение реформ. М., 2002. Книга вторая. С. 148.

<sup>8</sup> Метлова И. С. Решения Европейского Суда по правам человека в системе источников российского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

<sup>9</sup> Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика: сб. аналитических ст. / под ред. М. Р. Воскобитовой. М., 2005. С. 36.

<sup>10</sup> Там же. С. 38.

А. Ю. Ключников\*

## ОСОБЕННОСТИ УГОЛОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА В СУДАХ ВТОРОЙ ИНСТАНЦИИ ПОЛЬШИ

*Исследуются особенности уголовного судопроизводства во второй инстанции в Польше. Автор рассматривает основные стадии судопроизводства, характеристики статуса участников, представления доказательств. Отдельное внимание уделяется вопросам соотношения полномочий судов первой и второй инстанций, а также специфике вынесения итогового решения по делу.*

*Ключевые слова: уголовный процесс, суд второй инстанции, апелляция, Польша, стадии процесса, судья*

*The article is dedicated to the research of features of criminal court proceedings in the second instance in Poland. The author describes the main stages and the peculiarities of the participants status, evidence adduction. Special attention is paid to the issues of relations between the courts of first and second instance jurisdiction, and also to the features of final decision of the case.*

*Key words: criminal procedure, court of appellate jurisdiction, appeal, Poland, procedural stage, judge*

В настоящее время в РФ идет реформа системы обжалования в судах общей юрисдикции. В частности, планируется создать систему так называемой полной апелляции в судах второй инстанции с возможностью исследования не только имеющихся в деле, но и новых доказательств в этих судах. Вместе с тем представляется интересным для рассмотрения опыт стран, в частности Польши, где подобная система в той или иной мере уже действует.

Основные положения, закрепляющие нормы уголовного процесса в Польше (соответственно и производства во второй инстанции), содержатся в Кодексе уголовного производства Польши 1997 г.<sup>1</sup> (КУП). Некоторые особенности апелляционного производства оговорены в Положении о введении в действие УПК<sup>2</sup>, а также в Уголовно-финансовом кодексе 1999 г.<sup>3</sup>

Прежде всего необходимо отметить, что в Польше действует двухзвенная система апелляционного обжалования: приговоры, вынесенные районным судом, обжалуются в окружной суд, окружным — в апелляционный. Верховный суд является судом кассационной инстанции. В связи с этим польский законодатель ввел единый для судов второй инстанции термин — «отменяющий суд» (sąd odwoławczy).

Согласно разд. 9 КУП производство в суде второй инстанции включает три стадии:

- 1) подготовка к судебному апелляционному разбирательству;
- 2) судебное апелляционное разбирательство;
- 3) заключительная деятельность.

Производство в них в КУП детально не прописано. В этом проявляется особенность польской законодательной техники<sup>4</sup>. В соответствии со ст. 458 КУП используется метод отсылок к положениям о производстве в общем порядке.

Деятельность, связанная с подготовкой к судебному апелляционному разбирательству, иницируется председателем суда второй инстанции (председательствующим апелляционного отдела) после осуществления предварительного контроля материалов

\* Ключников Андрей Юрьевич — преподаватель Российской академии народного хозяйства и государственной службы (Москва). E-mail: andrew19871961@mail.ru.

дела, переданных вместе с апелляцией через суд первой инстанции. Этот контроль касается перепроверки формальных условий принятой апелляции с позиции необходимости направления дела в заседание в порядке § 1 ст. 430 КУП.

В случае соблюдения всех формальных условий для возбуждения производства издается распоряжение с определением даты судебного апелляционного разбирательства. Издание такого распоряжения – основная обязанность председательствующего апелляционного отдела<sup>5</sup>.

Г. Артимиак, М. Рогальски и З. Соболевски акцентируют внимание на том, что полномочия судов первой и второй инстанций необходимо делить на производство *ad quo* и *ad quiet* в связи с тем, что они обладают схожим инструментарием в отношении оснований возврата апелляции (подана с нарушением срока, внесена неуполномоченным лицом или ее подача запрещена в силу закона), а результаты такой деятельности оформляются распоряжением (§ 2 ст. 429 КУП)<sup>6</sup>.

Правильно изданное распоряжение о назначении судебного апелляционного разбирательства – одно из условий рассмотрения дела в первоначально обозначенные для судебного разбирательства сроки.

В апелляционном разбирательстве суд принимает решения в составе трех судей, если закон не устанавливает иное (§ 1 ст. 29 КУП). Из этого правила законодатель предусматривает два исключения: расширенный состав (пять человек) и уменьшенный (единоличный). В составе пяти судей отменяющий суд рассматривает апелляцию на приговор, предусматривающий наказание в виде пожизненного лишения свободы (§ 2 ст. 29 КУП). В составе одного судьи этот суд может выносить решения тогда, когда председатель этого суда (глава апелляционного отдела) по получении дела, рассмотренного по первой инстанции в упрощенном порядке в составе одного судьи, издаст распоряжение о его рассмотрении в том же самом составе (§ 1 ст. 476 КУП). В коллегиальном составе отменяющего суда может участвовать только один судья нижестоящего суда, но он не может быть председательствующим в составе суда (§ 1 ст. 46 Закона «Об устройстве общих судов» 2001 г.<sup>7</sup>).

В рамках подготовки к судебному апелляционному разбирательству по делам, рассматриваемым в коллегиальном составе (три или пять человек), глава постановляющего состава вплоть до открытия основного судебного разбирательства может назначить проведение вступительного заседания. В силу § 2 ст. 67 внутреннего регламента осуществления служебных обязанностей общими судами<sup>8</sup> проведение такого заседания обязательно по делам, по которым возникают сложные фактические или юридические вопросы.

Издание распоряжения и проведение вступительного заседания – этапы стадии подготовки к судебному апелляционному разбирательству.

Стадия судебного апелляционного разбирательства является центральной в рамках производства в суде второй инстанции и состоит из двух этапов: 1) назначение дела; 2) судебное апелляционное следствие.

Назначение дела осуществляется гласно в зале судебных заседаний. Момент начала судебного разбирательства имеет важное значение, поскольку, например, уже нельзя будет заявить отвод судьям состава, разве что причина станет известна после назначения дела к рассмотрению. Здесь решается вопрос о возможности проведения заседания, рассматриваются ходатайства (в частности, об отложении заседания в связи с несоблюдением семидневного срока между доставкой приговора с обоснованием (мотивировочная часть приговора) и заседанием). По мнению З. Гостинского, на этом этапе отменяющий суд может также вернуть дело суду первой инстанции с целью исправления обоснования приговора, если в нем имеются недостатки (ст. 449а КУП), или издать постановление о приостановлении уголовного производства<sup>9</sup>.

Проверяя явку субъектов процесса, суд должен учитывать особенности их участия (обязательное или факультативное). В первую очередь это касается прокурора. По делам, подлежащим рассмотрению в упрощенном производстве, явка публичных обвинителей согласно распоряжению министра юстиции от 13 июня 2003 г.<sup>10</sup> необязательна, поскольку они обязаны вносить и поддерживать обвинение только в суде первой инстанции (ст. 325d КУП). Участие прокурора в судебном апелляционном разбирательстве по делам частного обвинения обязательно только тогда, когда он вступит в производство (§ 1 ст. 60 КУП). Тогда *ex lege* происходит изменение порядка преследования на публично-правовой (§ 2 ст. 60 КУП)<sup>11</sup>.

В рамках судебного апелляционного следствия производится рассмотрение материалов дела, связанное с представлением доказательственного материала, являющегося основанием решения суда<sup>12</sup>.

В польском уголовном процессе процедуры представления доказательств в судах первой и второй инстанций существенно отличаются. Согласно общей презумпции § 1 ст. 452 КУП отменяющий суд не рассматривает и не исследует доказательства по существу дела. Однако из-за представления новых доказательств может произойти изменение фактических данных дела, что повлечет, например, изменение квалификации деяния и юридического компонента. Соответственно суд второй инстанции будет рассматривать «измененное» дело. На наш взгляд, такая ситуация может нарушать принцип инстанционности и процессуальные права сторон, поскольку ординарная мера обжалования уже не предоставляется.

Проблему изменения приговора в силу учета или не учета доказательств судом второй инстанции рассмотрел Конституционный Трибунал Польши. В решении от 11 марта 2003 г. (SK 8/02)<sup>13</sup> Трибунал указал, что итоговое решение суда второй инстанции, опирающееся на иные фактические данные, нежели решение суда нижестоящей инстанции, не является по этой причине решением суда первой инстанции, а позиция, что апелляционный суд становится, хотя и в ограниченной мере, судом первой инстанции, приводила бы к выводу о трехинстанционности производства. В связи с этим на решение должна была бы предоставляться мера обжалования, т. е. своеобразная апелляция на апелляционный приговор. Следует отметить, что п. 2 ст. 2 Протокола № 7 к Европейской конвенции 1950 г.<sup>14</sup> допускает ограничения права на инстанционный контроль.

Соответственно принципы непосредственности и инстанционного контроля не препятствуют суду второй инстанции в исследовании доказательств (в том числе новых) и изменении фактических данных. Цель рассмотрения и исследования доказательств — оценка приговора (его верификация) в сфере, охватываемой мерой обжалования, а не выработка собственного приговора. Указанная деятельность носит факультативный характер<sup>15</sup>, однако, поскольку суду второй инстанции в случаях, установленных законом, предоставлено право выносить решения самостоятельно, важно соблюдать процессуальный баланс.

Дополнительным этапом судебного апелляционного следствия выступает представление объяснений, заявлений и ходатайств сторон. В соответствии с § 2 ст. 453 КУП стороны могут представлять их в письменной или устной форме. Если они вносились в письменной форме, то подлежат воспроизведению в заседании. Поскольку в КУП вопрос о статусе объяснений, заявлений и ходатайств не решен, обратимся к мнениям польских процессуалистов. Так, судья Верховного суда Польши Т. Грегорчук, а также Дж. Тылман считают их доказательствами<sup>16</sup>. По мнению А. Вашека, основное назначение объяснений, заявлений и ходатайств — пояснение процессуальной позиции обвиняемого<sup>17</sup>.

По данному вопросу высказался и Верховный суд Польши. Так, в постановлении от 15 октября 2003 г.<sup>18</sup> Суд указал, что объяснения обвиняемого, внесенные в письменном

виде с использованием полномочий, предусмотренных § 2 ст. 453 КУП, составляют самостоятельную доказательственную меру. Суд подчеркнул, что если бы их не относили к доказательственным мерам, объяснения, заявления и ходатайства носили бы только информационный характер и только в исключительных случаях приводили бы к процессуальному результату. Также возникала бы необходимость издавать постановление о дополнительном рассмотрении и исследовании доказательств и повторно их заслушивать (что не соответствует назначению производства в суде второй инстанции).

Обязательным этапом судебного апелляционного следствия является устный отчет судьи-докладчика. В соответствии со ст. 405 КУП после изложения существа дела судья-докладчик спрашивает стороны, вносят ли они дополнения к исследованным доказательствам, имеются ли у них ходатайства, и в случае отрицательного ответа постановлением закрывает судебное апелляционное следствие (§ 2 ст. 93 КУП). Докладчик говорит об апелляционных требованиях, о ходе производства по первой инстанции, заявленных ходатайствах и необходимой доказательственной деятельности.

Отчет должен излагаться в сокращенном виде в силу действия принципа процессуальной экономии, с одной стороны, и принципов законности, обеспечения права на защиту – с другой. Такое ограничение вытекает, в частности, из ст. 447, согласно которой апелляция относительно вины считается обращенной против приговора в целом (§ 1), а относительно наказания – против решения о наказании и уголовных мерах (§ 2). Предмет отчета – приговор суда первой инстанции, соответственно излагается сфера обжалования (полностью или в части). Если приговор обжалуется в части, то он оглашается в необходимой для исследования части, если председательствующий состава не решит иначе (§ 1 ст. 433 КУП). Приговор должен быть рассмотрен как с предметной, так и с субъектной стороны.

По мнению Е. Самборски, «изложение не должно быть синтетическим или очень подробным; отчет должен быть ясным и кратким, но отражать содержательную сущность приговора суда первой инстанции и апелляции»<sup>19</sup>.

Важным элементом отчета считается указание на возможность изменения фактических и юридических данных. Ходатайствовать об этом могут сами стороны, однако законом данная возможность предоставлена и суду. Указание на это особенно значимо в случае обжалования с ухудшением положения обвиняемого. В комментарии к КУП З. Гостинского отмечается, что «речь идет о фактических и юридических обстоятельствах, решение по которым проектируется на процессуальное положение сторон, и в связи с этим сторонам нужно предоставить возможность выразить отношение к ним»<sup>20</sup>. Суд при этом может ограничить рассмотрение апелляции только отдельными упущениями как по ходатайству сторон, так и в силу должностных полномочий (ст. 436 КУП). Т. Грегорчук, Дж. Тылман и П. Хофманский предлагают отмечать факт частичного воспроизведения в протоколе судебного заседания<sup>21</sup>.

Интерес вызывает вопрос о количестве назначаемых судей-докладчиков. По общему правилу для доклада по делу принято назначать одного судью-докладчика, однако при большом объеме доказательственного материала, усложненных юридических и фактических данных можно назначить двух<sup>22</sup>. Такое назначение производится в порядке автоматической очередности (следующий по списку судья) и оформляется постановлением на стадии подготовки к апелляционному разбирательству.

В ходе заключительной деятельности, после рассмотрения меры обжалования, суд выносит решение об оставлении приговора в силе, его изменении или отмене полностью или в части. Аналогично выносятся решения по рассмотрению апелляции на мотивировочную часть решения (§ 1 ст. 437 КУП). В соответствии со ст. 456 КУП эти решения оформляются приговором.

Наибольший интерес для исследования представляет так называемый отменяющий приговор.

Отмена является первичным решением суда второй инстанции, в результате чего обжалуемый приговор утрачивает процессуальные последствия и юридическую силу<sup>23</sup>. В «отменяющих» приговорах суд второй инстанции должен решить вопрос о дальнейшем движении дела: он либо прекращает производство, либо передает дело на новое рассмотрение суду первой инстанции. Это решение вторично (следствие первичного решения)<sup>24</sup>. Соответственно правильно составленный «отменяющий» приговор содержит два последовательных решения. Отмена приговора может производиться полностью или в части с позиции субъектных или предметных границ обжалования. Частичная отмена приговора может производиться относительно не только одного или нескольких составов преступлений (деяний), но и отдельных процессуальных решений, когда вменяется совершение только одного преступления.

В последующем решении отменяющий суд должен указать, какому суду он передает дело для повторного рассмотрения. Как правило, это суд первой инстанции, который издал обжалуемый приговор. Однако в случае подтверждения нарушения предметной компетенции дело передается компетентному суду. Это может произойти в результате изменения юридического основания, оценки правовой квалификации деяния, связанного с предметной компетенцией суда, или частичной отмены приговора по делам из субъектных (§ 1 ст. 33 КУП) или предметных отношений (§ 1 ст. 34 КУП).

Кодексом установлен еще один случай, когда отменяющий суд может передать дело на рассмотрение в нижестоящий суд. Так, в соответствии со ст. 36 КУП суд более высокого порядка, чем компетентный на рассмотрение дела суд, может передать дело другому равнозначному суду, если большинство лиц, которых нужно вызвать в заседание, проживают вблизи этого суда и далеко от компетентного суда.

Отменяющий суд может в некоторых случаях (по рассмотрении апелляции) ограничить свое решение изданием первичного решения. Если рассматривается только сама апелляция, то такая возможность в практике Верховного суда и в доктрине признана допустимой<sup>25</sup>. Но в апелляционном производстве отмена обжалуемого приговора заключается в издании последующего решения. Упомянем, однако, ситуацию, в которой допустимо ограничение решения отменяющего суда самой отменой без издания последующего решения. Это касается казуса с безусловной причиной к отмене, указанной в п. 5 § 1 ст. 439 КУП (принятые наказание, уголовная или обеспечительная мера неизвестны закону)<sup>26</sup>.

Все изложенное позволяет сделать следующие выводы:

1) производство во второй инстанции в уголовных судах Польши представляет собой совокупность сменяющих друг друга стадий, а также обязательных и факультативных этапов;

2) нормы, закрепляющие это производство, содержатся в нескольких источниках;

3) в Польше действует двухзвенная система апелляционного обжалования;

4) стадия судебного апелляционного разбирательства является центральной при производстве по второй инстанции; обязательный ее этап — устный отчет судьи-докладчика;

5) действующая в Польше модель апелляционного производства демонстрирует значительную гибкость в вопросах представления доказательств, движения дел между судами первой и второй инстанций, что позволяет, на наш взгляд, в значительной степени реализовывать принципы законности и процессуальной экономии;

6) суд второй инстанции может оставить приговор суда первой инстанции в силе, изменить или отменить его полностью или в части;

7) рассмотренная модель апелляционного обжалования может быть частично заимствована правом РФ, поскольку не требует безусловного пересмотра дел судами второй инстанции. В ряде случаев необходимо предусмотреть возможность вернуть

дело в суд первой инстанции, что повысит его заинтересованность в качественном рассмотрении и разрешении дела.

<sup>1</sup> Kodeks postępowania karnego: Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. // Dz. U. z 1997 r. № 89. Poz. 555.

<sup>2</sup> Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego: Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. // Dz. U. z 1997 r. № 89. Poz. 556.

<sup>3</sup> Kodeks karny skarbowy (tekst jednolity): Ustawa z dnia 10 września 1999 r. // Dz. U. z 2007 r. № 111. Poz. 765.

<sup>4</sup> Пункт 3 ст. 4 и пп. 1 и 4 ст. 156 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej // Dz. U. Nr 100. Poz. 908.

<sup>5</sup> Пункт 2a § 63 внутреннего регламента осуществления служебных обязанностей общими судами.

<sup>6</sup> Artymiak G., Rogalski M., Sobolewski Z. Proces karny. Część szczególna. 2007. S. 144.

<sup>7</sup> Prawo o ustroju sądów powszechnych: Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. // Dz. U. № 98. Poz. 1070.

<sup>8</sup> Regulamin urzędowania sądów powszechnych: Rozporządzenie z dnia 23 lutego 2007 r. // Dz. U. № 38. Poz. 249.

<sup>9</sup> Gostyński Z. Zawieszenie postępowania w nowym ustawodawstwie karnoprocesowym. Warszawa, 1998. S. 58, 60.

<sup>10</sup> W sprawie określenia organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach podlegających rozpoznaniu w postępowaniu uproszczonym, jak również zakresu spraw zleconych tym organom: Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 13 czerwca 2003 r. // Dz. U. № 108. Poz. 1019.

<sup>11</sup> Kodeks postępowania karnego: Komentarz: T. I. Wyd. 2 / pod red. Z. Gostyńskiego. Warszawa, 2003. S. 487–488.

<sup>12</sup> Marszał K., Stachowiak S., Zgryzek K. Proces karny. Katowice, 2003. S. 478.

<sup>13</sup> OTK ZU 3A/2003, poz. 20.

<sup>14</sup> Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод ЕТС № 117 (Страсбург, 22 ноября 1984 г.) // Бюл. междунар. договоров. 1998. № 9.

<sup>15</sup> Kodeks postępowania karnego: Komentarz: T. III. Wyd. 2. S. 273.

<sup>16</sup> Grzegorzczak T., Tylman J. Polskie postępowanie karne, zmienione i uzupełnione. Wyd. 4. Warszawa, 2003. S. 822.

<sup>17</sup> Wąsek A. Prawo oskarżonego pozbawionego wolności do udziału w rozprawie odwoławczej. Środki zaskarżenia w polskim procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody. Kraków, 2000. S. 143.

<sup>18</sup> OSNKW, 2003. Z. 11–12, Poz. 102. Правовая позиция была развита в обосновании к постановлению от 4 января 2005 г. (V KK 388/04, OSNKW, 2005. Z. 1. Poz. 12).

<sup>19</sup> Samborski E. Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych. Warszawa, 2011. S. 413.

<sup>20</sup> Kodeks postępowania karnego: Komentarz: T. III. Wyd. 2. S. 279.

<sup>21</sup> Grzegorzczak T., Tylman J. Op. cit. S. 821.

<sup>22</sup> Świecki D. Rozprawa apelacyjna w polskim procesie karnym. Warszawa, 2006. S. 81.

<sup>23</sup> Marszał K., Stachowiak S., Zgryzek K. Op. cit. S. 551.

<sup>24</sup> Grzegorzczak T., Tylman J. Op. cit. S. 815.

<sup>25</sup> Kodeks postępowania karnego: Komentarz: T. II. Wyd. 2 / pod red. P. Hofmańskiego. Warszawa, 2004. S. 593; Marszał K., Stachowiak S., Zgryzek K. Op. cit. S. 551.

<sup>26</sup> Grzegorzczak T. Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Kraków, 2003. Wyd. 3. S. 1126.

В. И. Губарев\*  
А. В. Губарева\*\*

## КОНСТИТУЦИОННАЯ ДЕКЛАРАЦИЯ АРАБСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ЕГИПЕТ

*Представлен перевод текста Конституционной декларации Египта 2011 г. Сравнительная таблица статей Конституционной декларации 2011 г. и Конституции 1971 г., а также анализ причин создания и особенностей временных конституций арабских стран (на примере Конституционной декларации Египта 2011 г.) будут опубликованы в «Российском юридическом журнале» № 6 за 2011 г.*

*Ключевые слова: конституция, государственный строй, Арабская Республика Египет, Конституционная декларация Египта 2011 г.*

*The article includes the translation of the Constitutional Declaration of Arab Republic of Egypt. The comparative table of articles from the Constitutional Declaration and the Egyptian Constitution of 1971 and analysis of the background and special features of Constitutional Declaration will be published in the Russian Juridical Journal № 6/2011.*

*Key words: constitution, political system, Arab Republic of Egypt, Constitutional Declaration*

## ТЕКСТ КОНСТИТУЦИОННОЙ ДЕКЛАРАЦИИ ЕГИПТА 2011 г. (неофициальный перевод с арабского языка)

Во имя Аллаха, милостивого и милосердного...

Высший совет Вооруженных сил, руководствуясь Конституционной декларацией, принятой 13 февраля по итогам референдума о принятии поправок в Конституцию Арабской Республики Египет, прошедшего 19 марта 2011 года, результаты которого были объявлены 20 марта 2011 года, с учетом заявления Высшего совета Вооруженных сил от 23 марта 2011 года

решил:

### Статья 1

Арабская Республика Египет является демократическим государством, строящимся на основе принципа гражданства.

Египетский народ является частью арабской уммы и исходит из обеспечения ее единства.

### Статья 2

Ислам является государственной религией. Арабский язык является государственным. Принципы исламского права являются главным источником законодательства.

### Статья 3

Суверенитет принадлежит народу. Народ является единственным источником власти, осуществляет суверенитет, защищает его и охраняет национальное единство.

\* Губарев Василий Иванович – третий секретарь Посольства РФ в Египте МИД РФ (Каир, Египет). E-mail: ashipova@mail.ru.

\*\* Губарева Анна Викторовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: ashipova@mail.ru.

#### Статья 4

Граждане имеют право на объединение, создание профессиональных и иных союзов, формирование партий в установленном законом порядке.

Запрещается создание объединений, деятельность которых направлена против основ общества, а также имеет тайный или военизированный характер.

Не разрешается любая политическая деятельность или формирование политических партий по религиозной принадлежности, а также на основе дискриминации по признакам пола или происхождения.

#### Статья 5

Экономика в Арабской Республике Египет строится на принципах развития экономической активности, социальной справедливости, обеспечения существования различных форм собственности, соблюдения прав рабочих.

#### Статья 6

Общественная собственность является неприкосновенной. В соответствии с законом каждый гражданин обязан сохранять и поддерживать ее.

Право частной собственности гарантируется. Его ограничения не допускаются кроме как в случаях, установленных законом, на основании решения суда. Лицо может быть лишено права собственности только в общественных интересах при условии компенсации в соответствии с законом. Право наследования гарантируется.

#### Статья 7

Граждане равны перед законом. Им предоставляются равные общие права и обязанности. Не допускается дискриминация граждан по признаку пола, происхождения, языка, вероисповедания или убеждений.

#### Статья 8

Личная свобода является естественным и неотъемлемым правом. Кроме случаев поимки на месте преступления, никто не может быть задержан, обыскан, арестован или каким-либо иным образом лишен свободы передвижения иначе как по решению компетентного суда или генеральной прокуратуры, если того требуют интересы следствия и защиты общественной безопасности, в соответствии с законом.

Срок предварительного заключения определяется законом.

#### Статья 9

Ни один гражданин, в отношении которого применяется задержание, арест или иное ограничение свободы, не может подвергаться обращению, унижающему человеческое достоинство. Не допускается содержание задержанных или арестованных лиц иначе как в местах, предусмотренных законодательством о местах лишения свободы.

Все показания, в отношении которых доказано, что они сделаны под давлением или угрозами, не принимаются во внимание.

#### Статья 10

Неприкосновенность жилища гарантируется. Не допускается вход в жилище и его обыск иначе как на основании решения суда в соответствии с нормами закона.

#### Статья 11

Частная жизнь граждан неприкосновенна и охраняется законом.

Почтовые отправления, телеграммы, телефонные переговоры и иные способы связи неприкосновенны, и их тайна гарантируется. Конфискация, ознакомление или наблюдение за ними не допускается иначе как по обоснованному решению суда и на определенный срок в соответствии с нормами закона.

### **Статья 12**

Государство обеспечивает свободу совести и свободу отправления религиозных обрядов.

Гарантируется свобода мнений, право каждого иметь свое мнение и выразить его в устной, письменной, визуальной или иной форме в рамках закона, а также право на самокритику или конструктивную критику при условии обеспечения национальной безопасности.

### **Статья 13**

Гарантируется свобода журналистской, печатной и издательской деятельности, деятельности средств массовой информации. Запрещается цензура прессы, а также вынесение предупреждений, приостановление или запрет ее деятельности в административном порядке. В качестве исключения при чрезвычайных ситуациях или войне в отношении средств массовой информации могут применяться меры контроля, необходимые для сохранения общественного порядка или национальной безопасности, в соответствии с законом.

### **Статья 14**

Не допускается вводить для граждан запрет или обязанность проживания в определенном месте кроме случаев, установленных законом.

### **Статья 15**

Запрещается высылка граждан из страны или запрет на возвращение в страну, а также выдача лиц, получивших политическое убежище.

### **Статья 16**

Граждане имеют право на собрания в частном порядке, мирно, без оружия и без необходимости предварительного уведомления. Представителям служб безопасности запрещается посещать частные собрания, публичные митинги, шествия и встречи, разрешенные законом.

### **Статья 17**

Любое посягательство на свободу личности, неприкосновенность частной жизни граждан, а также иные основные права и свободы, закрепленные Конституцией и законом, является преступлением, уголовные и гражданские дела по которому не могут быть прекращены за истечением срока давности. Государство обеспечивает справедливую компенсацию жертвам такого посягательства.

### **Статья 18**

Введение, изменение и отмена основных налогов может осуществляться только в соответствии с законом. Никто не может быть освобожден от уплаты налогов кроме как в случаях, установленных законом. Запрещается взимать налоги и платежи, не предусмотренные законом.

### **Статья 19**

Наказание является персональным.

Состав преступлений и применяемые наказания определяются законом. Наказание устанавливается только решением суда и только за деяния, совершенные после вступления закона в силу.

### **Статья 20**

Обвиняемый считается невиновным, пока его вина не доказана в суде. Обвиняемому предоставляется право защищать свои права. Лицу, обвиняемому в совершении уголовного преступления, гарантируется помощь адвоката.

**Статья 21**

Правосудие гарантируется для всех. Каждый гражданин имеет право на обращение в суд. Государство обеспечивает независимость судебных органов от сторон процесса и оперативность судебного разбирательства.

Любое действие или решение органов власти может быть оспорено в судебном порядке.

**Статья 22**

Каждому гарантируется возможность защиты своих прав лично или через представителя.

Закон предоставляет малообеспеченным лицам возможность обратиться в суд для защиты своих прав.

**Статья 23**

Задержанный или арестованный должен быть немедленно уведомлен о причинах задержания или ареста. Он имеет право связаться с другими лицами, сообщить им о происшедшем и обратиться за помощью в порядке, установленном законом. Лицо должно быть скорейшим образом уведомлено об обвинении, выдвинутом в отношении него, а также вправе самостоятельно или через третьих лиц обратиться в суд с жалобой на ограничение личной свободы. Законом устанавливается срок рассмотрения жалобы, при несоблюдении которого лицо должно быть освобождено.

**Статья 24**

Судебные решения принимаются и исполняются именем народа. Отказ или задержка исполнения судебного решения уполномоченными должностными лицами является преступлением, наказание за которое устанавливается законом. В таком случае заинтересованные лица имеют право обратиться непосредственно в компетентный суд с заявлением о возбуждении уголовного дела.

**Статья 25**

Главой государства является Президент Республики. Он выступает гарантом суверенитета народа, соблюдения Конституции, верховенства закона, защиты национального единства, социальной справедливости в соответствии с настоящей Декларацией и законом.

По вступлении в должность Президент приступает к выполнению функций, предусмотренных статьей 56 настоящей Декларации, за исключением указанных в пунктах 1 и 2.

**Статья 26**

Президентом может быть избран египтянин, достигший 40 лет, родители которого являются египтянами, обладающий гражданскими и политическими правами. Ни он, ни его родители не могут иметь гражданство другого государства. Он не может состоять в браке с лицом, не имеющим египетского гражданства.

**Статья 27**

Президент Республики избирается путем всеобщего прямого тайного голосования.

Для выдвижения кандидатуры в президенты Республики необходимо получить поддержку, как минимум, 30 членов Народного собрания и Совета Шуры либо не менее 30 тысяч избирателей, как минимум, в 15 губернаторствах, с тем чтобы в каждом губернаторстве поддержка составляла не менее одной тысячи избирателей.

Не допускается поддержка более чем одного кандидата. Законом устанавливаются процедуры, необходимые для соблюдения данного порядка.

Каждая политическая партия, получившая на последних выборах, как минимум, одно место в Народном собрании или Совете Шуры, имеет право выдвинуть кандидатуру одного из своих членов в президенты Республики.

**Статья 28**

Высшая судебная комиссия, именуемая «Комиссия по выборам президента», осуществляет руководство проведением выборов Президента Республики с момента объявления о начале выдвижения кандидатур и до объявления результатов выборов.

Комиссия формируется из председателя Высшего конституционного суда, который становится председателем комиссии, а также председателя Апелляционного суда Каира, старейшего из заместителей председателя Высшего конституционного суда, старейшего из заместителей председателя Кассационного суда и старейшего из заместителей председателя Государственного совета.

Решения Комиссии являются окончательными, вступают в силу немедленно, не могут быть обжалованы в каком-либо органе, их действие не может быть приостановлено или прекращено. Комиссия действует самостоятельно в рамках своей компетенции. Иные полномочия Комиссии определяются законом.

Комиссия по выборам Президента формирует комиссии, осуществляющие контроль за голосованием и подсчетом голосов в соответствии со статьей 39.

Проект закона об организации выборов Президента до его принятия должен быть согласован с Высшим конституционным судом на предмет соответствия Конституции.

Высший конституционный суд в течение 15 дней с момента получения проекта принимает решение по данному вопросу. В случае если суд принимает решение о неконституционности проекта, он должен быть приведен в соответствие с этим решением до опубликования. Решение суда является общеобязательным, в том числе для всех государственных органов. Решение подлежит опубликованию в официальной газете в течение 3 дней с момента принятия.

**Статья 29**

Срок полномочий Президента составляет 4 года с даты объявления результатов выборов. Переизбрание Президента Республики допускается только на один срок.

**Статья 30**

До вступления в должность Президент приносит перед Народным собранием следующую присягу: «Клянусь Всемогущим Аллахом, что буду преданно охранять республиканский строй, уважать Конституцию и закон, полностью соблюдать интересы народа, обеспечивать независимость и территориальную целостность Родины».

**Статья 31**

Президент Республики в течение 60 дней с момента вступления в должность назначает одного или более вице-президентов и определяет их полномочия. В случае освобождения вице-президента от должности Президент должен назначить другого.

Условия, обязательные для соблюдения Президентом Республики, и нормы, определяющие его ответственность, распространяются на вице-президента Республики.

**Статья 32**

Количество членов Народного собрания определяется законом, но не может быть менее 350 человек, из которых, как минимум, половина должна представлять рабочих и крестьян. Члены Народного собрания избираются всеобщим прямым тайным голосованием.

Законом определяется порядок избрания рабочих и крестьян, а также деление страны на избирательные участки.

Президент Республики вправе назначить не более 10 членов Народного Собрания.

**Статья 33**

Народное собрание сразу после избрания приступает к выполнению законодательных функций, а также определяет основы государственной политики, план экономического и социального развития, общегосударственный бюджет и осуществляет контроль за деятельностью исполнительной власти.

#### **Статья 34**

Срок полномочий Народного собрания составляет 5 лет с даты первого заседания.

#### **Статья 35**

Количество членов Совета Шуры определяется законом, но не может быть менее 132 человек.

Две трети членов Совета избирается путем всеобщего прямого тайного голосования, причем не менее половины из них должны представлять рабочих и крестьян. Оставшаяся треть членов назначается Президентом Республики.

Избирательные участки по выборам в Совет Шуры определяются законом.

#### **Статья 36**

Срок полномочий члена Совета Шуры составляет 6 лет.

#### **Статья 37**

Совет Шуры сразу после избрания приступает к изучению и внесению предложений о мерах, которые, по его мнению, нужно предпринять для сохранения национального единства, социального мира, охраны основ общества, его высших ценностей, прав, свобод и обязанностей:

разрабатывает проект генерального плана социально-экономического развития;

рассматривает проекты законов, внесенных в Совет Президентом Республики;

изучает вопросы основ государственной политики, а также международной политики, внесенные в Совет Президентом Республики.

Совет информирует Президента Республики и Народное собрание о своем мнении по данным вопросам.

#### **Статья 38**

Право выдвигать кандидатуры в Народное собрание или Совет Шуры и порядок выборов определяются законом. Закон может установить квоту участия женщин в Народном собрании и Совете Шуры.

#### **Статья 39**

Закон определяет условия, обязательные для соблюдения членами Народного собрания и Совета Шуры, а также правила проведения выборов и референдума.

Высшая комиссия, формируемая из числа судей, осуществляет контроль за проведением выборов и референдума с момента утверждения графика выборов и до момента объявления результатов в соответствии с законом. Голосование и подсчет голосов проводятся под контролем членов судебных органов, выдвигаемых высшими советами судебных органов и назначаемых решением Высшей комиссии.

#### **Статья 40**

Кассационный суд принимает окончательное решение о действительности мандата члена Народного собрания и Совета Шуры.

Обжалование результатов выборов в суде может осуществляться в течение 30 дней с даты объявления их результатов. Суд принимает решение по жалобе в течение 90 дней с момента ее принятия к рассмотрению.

Мандат считается недействительным с даты уведомления Народного собрания или Совета Шуры о решении суда.

#### **Статья 41**

Выборы в Народное собрание и Совет Шуры состоятся в течение 6 месяцев с даты принятия настоящей декларации.

Совет Шуры приступает к выполнению своих полномочий по окончании выборов его избираемых членов.

Президент Республики сразу после своего избрания завершает формирование Совета Шуры, назначая треть его членов. Они назначаются на оставшийся срок полномочий Совета Шуры в соответствии с законом.

#### **Статья 42**

Каждый член Народного собрания и Совета Шуры приносит перед Собранием или Советом соответственно присягу следующего содержания: «Клянусь Всемогущим Аллахом, что буду преданно охранять безопасность Родины, республиканский строй, буду обеспечивать интересы народа, уважать Конституцию и закон».

#### **Статья 43**

В течение срока полномочий членам Народного собрания и Совета Шуры запрещается приобретать или арендовать какое-либо имущество государства, сдавать его в аренду, продавать, обменивать его, а также заключать с государством контракты в качестве концессионера, импортера или подрядчика.

#### **Статья 44**

Досрочное лишение члена Народного собрания или Совета Шуры его полномочий не допускается, кроме случаев утраты доверия, потери уважения, несоблюдения одного из обязательных требований, прекращения статуса рабочего или крестьянина, послужившего основанием для избрания, либо нарушения установленных обязанностей. Решение о досрочном прекращении полномочий принимается большинством в две трети голосов членов Народного собрания или Совета Шуры.

#### **Статья 45**

За исключением случая поимки на месте преступления, в отношении члена Народного собрания и Совета Шуры не могут осуществляться уголовно-процессуальные действия без предварительного согласия соответствующей палаты.

В перерыве между сессиями Народного собрания или Совета Шуры согласие дается председателем соответствующей палаты.

На первом же заседании палата уведомляется о предпринятых действиях.

#### **Статья 46**

Судебная власть является независимой. В ее компетенции находятся суды различных видов и уровней. Судебные решения принимаются в соответствии с законом.

#### **Статья 47**

Судьи независимы, не могут быть уволены. Их дисциплинарная ответственность определяется законом. При осуществлении правосудия судьи подчиняются только закону, и никакие органы власти не могут вмешиваться в судебную деятельность и вопросы юстиции.

#### **Статья 48**

Государственный совет является независимым судебным органом, в компетенции которого находится принятие решений по административным спорам и дисциплинарным делам. Законом определяются иные полномочия совета.

#### **Статья 49**

Высший конституционный суд является независимым судебным органом, в компетенции которого находится судебный контроль за конституционностью законов и подзаконных актов, а также толкование законодательства в соответствии с законом.

Законом определяются иные полномочия суда и порядок их реализации.

#### **Статья 50**

Законом определяются судебные органы, их полномочия, порядок их формирования, условия и процедуры назначения и замены судей.

### Статья 51

Закон определяет систему военных судов и их полномочия в рамках конституционных принципов.

### Статья 52

Судебные заседания являются открытыми, если только суд не принял решение о проведении закрытого судебного заседания из соображений сохранения общественного порядка и нравственности. Оглашение судебного решения в любом случае происходит в открытом судебном заседании.

### Статья 53

Вооруженные силы принадлежат народу. Их задачей является защита страны, ее территориальной целостности и безопасности. Не допускается создание военных или военизированных формирований каким-либо органом или объединением. Защита Родины и ее территории является священной обязанностью. В соответствии с законом устанавливается обязательная военная служба по призыву.

Закон определяет условия службы и продвижения в Вооруженных силах.

### Статья 54

Формируется Совет национальной обороны, главой которого является Президент Республики и в компетенцию которого входит рассмотрение вопросов, касающихся обеспечения безопасности и целостности страны. Иные вопросы, входящие в компетенцию Совета, определяются законом.

### Статья 55

Полиция является гражданской регулярной службой, долг которой заключается в служении народу, обеспечении спокойствия и безопасности граждан, охране общественного порядка и нравственности в соответствии с законом.

### Статья 56

Высший совет Вооруженных сил осуществляет управление страной, для чего реализует следующие властные полномочия:

определение основ государственной политики, принятие общегосударственного бюджета и контроль за его выполнением;

определение назначаемых членов Народного собрания;

созыв и роспуск очередных и внеочередных сессий Народного собрания и Совета Шуры;

опубликование или отклонение законов;

представление государства внутри страны и за рубежом, подписание международных договоров и соглашений, которые являются частью национального законодательства;

назначение премьер-министра, вице-премьеров, министров, их заместителей, а также их отставка;

назначение гражданских и военных должностных лиц, политических представителей, их увольнение в соответствии с законом, а также аккредитация политических представителей иностранных государств;

помилование или смягчение наказания, а также объявление амнистии в случаях, установленных законом;

иные полномочия, предусмотренные для Президента Республики законом и подзаконными актами.

Совет вправе наделить своего председателя или одного из своих членов любым из своих полномочий.

### Статья 57

Совет министров и министры в рамках своей компетенции осуществляют исполнительную власть, в частности реализуют следующие полномочия:

совместно с Высшим советом Вооруженных сил разрабатывают основы государственной политики, контролируют ее выполнение в соответствии с законами и решениями Республики;

направление, координация и контроль за работой министерств, подведомственных им органов, государственных корпораций;

принятие административных и исполнительных решений в соответствии с законами и подзаконными актами, а также контроль за их исполнением;

подготовка законопроектов, а также проектов подзаконных актов;

подготовка проекта государственного бюджета;

подготовка проекта государственного плана;

получение и выдача кредитов в соответствии с конституционными принципами;

надзор за исполнением законов, обеспечение государственной безопасности, защита прав граждан и интересов государства.

### Статья 58

Министру запрещается заниматься свободной профессией, либо коммерческой, финансовой или производственной деятельностью, либо покупать и арендовать государственное имущество, либо сдавать в аренду или продавать государству свое имущество, либо обменивать его в течение срока его полномочий.

### Статья 59

Президент Республики после консультаций с Советом министров может объявить чрезвычайное положение в установленном законом порядке. Это объявление должно быть представлено в Народное собрание в течение 7 дней для принятия решения.

В случае если чрезвычайное положение было объявлено в перерыве между сессиями, Народное собрание должно быть немедленно созвано для рассмотрения объявления в течение срока, указанного в предыдущем абзаце.

В случае если Народное собрание распущено, вопрос выносится на рассмотрение нового Народного собрания на первом же его заседании.

Объявление чрезвычайного положения должно получить одобрение большинства членов Народного собрания.

Чрезвычайное положение может быть объявлено только на определенный срок, не превышающий 6 месяцев, и его продление допускается только в случае получения одобрения по итогам референдума.

### Статья 60

Избранные члены первого Народного собрания и Совета Шуры собираются на совместное заседание по приглашению Высшего совета Вооруженных сил в течение 6 месяцев с момента их избрания для формирования Учредительного собрания в составе 100 человек. В компетенцию Учредительного собрания входит подготовка проекта новой Конституции страны в течение 6 месяцев с момента его формирования. В течение 15 дней с момента окончания подготовки проект должен быть представлен народу для одобрения на референдуме. В случае получения одобрения народа Конституция вступает в силу с момента объявления результатов референдума.

### Статья 61

Высший совет Вооруженных сил осуществляет функции, предусмотренные настоящей Декларацией, вплоть до того момента, когда Народное собрание, Совет Шуры и Президент Республики приступят к выполнению своих полномочий.

**Статья 62**

Все законы и подзаконные акты, принятые до обнародования настоящей Декларации, сохраняют силу, но могут быть отменены или изменены в соответствии с нормами и процедурами, предусмотренными настоящей Декларацией.

**Статья 63**

Настоящая Декларация публикуется в официальной газете и вступает в силу на следующий день после опубликования.

К. М. Худолей\*

## ВОПРОСЫ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА В СУБЪЕКТАХ РФ В РЕШЕНИЯХ КОНСТИТУЦИОННЫХ (УСТАВНЫХ) СУДОВ

*Анализируются вопросы регламентации законодательного процесса в субъектах РФ в решениях конституционных (уставных) судов субъектов РФ. Раскрываются спорные положения теории и практики конституционного правосудия. Обсуждаются предложения по изменению законодательства и судебной практики.*

*Ключевые слова: конституционный (уставный) суд, законодательный процесс в субъектах Российской Федерации, практика конституционного правосудия*

*Questions of regulation of legislative process in subjects of the Russian Federation in decisions of the constitutional (statutory) courts of subjects of the Russian Federation are analyzed. Disputable positions of theory and practice of the constitutional justice are revealed. Offers on legislation and judiciary practice change are discussed.*

*Key words: constitutional (statutory) court, legislative process in subjects of the Russian Federation, practice of the constitutional justice*

Законодательный процесс в субъекте РФ — это урегулированный законом или специальным актом парламента (регламентом) порядок парламентской деятельности, связанный с изданием закона. Таким образом, законодательный процесс в субъекте РФ имеет нормативное регулирование (конституция или устав, законы, регламент парламента). Однако важную роль в регламентации законодательного процесса играют также акты конституционных (уставных) судов субъектов РФ, в первую очередь по делам об официальном толковании основных законов. В актах толкования основных законов происходит конкретизация абстрактных конституционных положений, восполняются пробелы в законодательном регулировании, устраняется возникшая неопределенность в смысле толкуемых положений, которая препятствовала их реализации. Как отмечается в юридической литературе, неясность смысла отдельных положений Основного закона обусловливает появление «второго законодателя» — того, кто толкует<sup>1</sup>. Другими словами, конституционные (уставные) суды, осуществляя правотолковательную деятельность, фактически выполняют правотворческие функции.

Официальное разъяснение Основного закона, данное конституционным (уставным) судом, является составной частью, «продолжением» толкуемого текста. В неразрывной связи с толкуемым актом акт толкования конституции (устава) субъекта РФ фактически регламентирует общественные отношения, в том числе по вопросам законодательного процесса в субъекте РФ. При этом исключается иное понимание и применение толкуемых положений любыми субъектами конституционных отношений, поскольку решения конституционных судов носят общеобязательный характер. Все участники конституционных отношений могут черпать действительный смысл положений конституций (уставов) субъектов РФ из решений конституционных (уставных) судов о толковании основных законов субъектов РФ. Сказанное позволяет сделать вывод, что акты конституционных (уставных) судов не только разъясняют смысл положений основных законов, но и выполняют конкретизирующую, регламентирующую и правообес-

\* Худолей Константин Михайлович — кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и финансового права юридического факультета Пермского государственного университета (Пермь). E-mail: dkhudolej@yandex.ru.

печительную, познавательную и сигнализирующую функции<sup>2</sup>. В этом качестве акты органов конституционного (уставного) правосудия выступают особыми (производными) источниками права, сфера и юридическая сила действия которых обусловлены толкуемыми актами<sup>3</sup>.

В результате такой правотворческой деятельности конституционных (уставных) судов осуществляется «преобразование» региональных основных законов, под которым принято понимать совокупность фактов существенного изменения смысла их отдельных положений при сохранении неприкосновенности текста<sup>4</sup>. При этом, как отмечают исследователи, весьма значительное место среди фактов «преобразования» конституций (уставов) субъектов РФ занимают случаи толкования положений региональных основных законов в части регламентации законотворческих процедур и формы нормативных актов<sup>5</sup>.

Законодательный процесс протекает в виде последовательно сменяющих друг друга стадий. В решениях конституционных (уставных) судов правовая регламентация практически каждой стадии нашла свое выражение. В связи с этим Н. В. Витрук пишет, что конституционный суд разъясняет процедурные правила с целью единообразного понимания законотворческого процесса всеми его участниками, что находит последующее отражение в регламентах парламента, в законах<sup>6</sup>. М. А. Митюков подчеркивает, что законодательный процесс, весьма схематично определенный в Конституции, почти полностью сейчас «развернут» постановлениями конституционного суда<sup>7</sup>.

Так, в решениях региональных органов конституционной (уставной) юстиции были интерпретированы нормы основных законов субъектов РФ о форме нормативных правовых актов, принимаемых парламентами, например о разграничении обыкновенных и конституционных законов. Конституционный суд Республики Саха (Якутия) указал, что конституционный закон рассматривается Палатой представителей, а затем рассматривается и принимается Палатой Республики либо принимается Государственным Собранием (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия) по вопросам, прямо предусмотренным Конституцией Республики. Его нормы исходят из установлений Основного закона, конкретизируют их и не противоречат им. Обыкновенные законы принимаются по вопросам, отнесенным к ведению Палаты представителей и Палаты Республики Государственного Собрания (Ил Тумэн). Нормы обыкновенного закона соответствуют Основному закону и согласованы с конституционным законом, подлежат толкованию Палатой представителей<sup>8</sup>.

Стоит отметить, что в науке конституционного права существует позиция, согласно которой принятие федерального конституционного закона не всегда увязывается с непосредственным указанием на это в Конституции Российской Федерации<sup>9</sup>. Федеральный законодатель придерживается именно этой позиции, в силу чего Федеральный конституционный закон от 9 ноября 2009 г. № 4-ФКЗ «О дисциплинарном судебном присутствии»<sup>10</sup> был принят, несмотря на отсутствие упоминания о нем в Конституции Российской Федерации.

Рассмотрение регламентации законодательного процесса в решениях органов конституционной юстиции следует начать со стадии законодательной инициативы. В конституционной практике ряда субъектов РФ возникла правовая неопределенность в связи с предоставлением права законодательной инициативы некоторым субъектам.

Во-первых, к числу таких органов относится прокурор субъекта РФ. Согласно ст. 9 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» прокурор при установлении в ходе осуществления своих полномочий необходимости совершенствования действующих нормативных правовых актов вправе вносить в законодательные органы предложения об изменении, дополнении, отмене или принятии законов и иных нормативных правовых актов. В некоторых субъектах РФ в конституциях (уставах) было закреплено право прокуроров субъектов РФ обращаться с законодательной инициативой в законодательные (представительные) органы субъектов РФ.

Например, подобное право было предоставлено прокурору Республики Саха (Якутия)<sup>11</sup>. Однако прокурор субъекта РФ обладает не общим правом законодательной инициативы, а только ограниченным, вытекающим из статуса прокуратуры как органа, надзирающим за законностью. Поэтому прокурор субъекта РФ реализует право законодательной инициативы лишь в связи с исполнением своих полномочий. Данная правовая позиция, не противоречащая федеральному законодательству, была сформулирована Конституционным судом Республики Саха (Якутия) в Постановлении от 25 февраля 1999 г. № 2-П по делу о толковании нормы части первой статьи 59 Конституции Республики Саха (Якутия) о праве законодательной инициативы прокурора Республики<sup>12</sup>. В решении суд указал, что прокурор Республики Саха (Якутия) имеет право вносить проекты законов в Государственное Собрание (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия) в связи с реализацией его полномочий по надзору за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина. Законопроект, предложенный прокурором Республики по вопросам его ведения в порядке законодательной инициативы, подлежит рассмотрению в законодательном органе в соответствии с установленной процедурой. Законодательная инициатива прокурора Республики Саха (Якутия) не исключает участия прокурора в правотворческой деятельности путем внесения в законодательный орган и органы, обладающие законодательной инициативой, предложений об изменении, дополнении, отмене или принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики.

Во-вторых, в Республике Саха (Якутия) в силу изменения федерального законодательства возникла правовая неопределенность в смысле положений Конституции Республики Саха (Якутия) о праве законодательной инициативы республиканских политических партий. Как известно, из-за изменения федерального законодательства о деятельности политических партий с 14 июля 2003 г. республиканские политические партии утратили статус политических объединений. Решением VIII (внеочередного) съезда КПРФ на территории субъектов федерации были созданы ее структурные подразделения. Соответственно Коммунистическая партия Республики Саха (Якутия) с 18 апреля 2002 г. была преобразована в Якутское республиканское региональное отделение партии «Коммунистическая партия Российской Федерации». В то же время положения Конституции Республики Саха (Якутия) наделяли правом законодательной инициативы исключительно республиканские политические партии. Возник вопрос: имеет ли право законодательной инициативы республиканское отделение политической партии, преобразованное из республиканской политической партии? Конституционный Суд Республики Саха (Якутия) в Постановлении от 7 июля 2003 г. № 7-П по делу о толковании части первой статьи 62 Конституции (Основного закона) Республики Саха (Якутия)<sup>13</sup> разъяснил, что республиканское региональное отделение Коммунистической партии Российской Федерации как возникшее в результате преобразования Коммунистической партии Республики Саха (Якутия) в структурное подразделение общероссийской политической партии не является преемником субъективного права законодательной инициативы, принадлежавшего Коммунистической партии Республики Саха (Якутия), и может быть наделено правом законодательной инициативы посредством закрепления в Конституции Республики Саха (Якутия) соответствующего права за региональными отделениями политических партий, действующими на ее территории, а также путем предоставления этого права депутатским фракциям и депутатским группам, в которые входят депутаты Государственного Собрания (Ил Тумэн) от региональных отделений политических партий. Региональный законодатель в дальнейшем учел правовую позицию Конституционного суда Республики Саха (Якутия) и предоставил право законодательной инициативы республиканским отделениям политических партий.

Также правовые позиции конституционных судов имеют большое значение при регламентации порядка принятия законов в законодательных органах. Во многом данная

ситуация возникла в связи с неопределенностью категории «принятый закон». Так, в практике Законодательного собрания Санкт-Петербурга возникла ситуация, когда губернатор Санкт-Петербурга возвратил принятый Законодательным собранием закон, мотивируя это тем, что данный закон принят с нарушением установленной процедуры. Как считал губернатор, возвращение закона не может рассматриваться как использование высшим должностным лицом права вето, предусмотренного ст. 7 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов субъектов Российской Федерации»<sup>14</sup>. Уставный суд Санкт-Петербурга в Постановлении от 24 декабря 2002 г. № 048-049 по делу о толковании отдельных положений статей 32 и 33 Устава Санкт-Петербурга<sup>15</sup> констатировал, что закон Санкт-Петербурга, направленный Законодательным собранием Санкт-Петербурга губернатору Санкт-Петербурга для обнародования, соответствует всем уставным условиям принятия законов Санкт-Петербурга, если иное не установлено судом. Поэтому губернатор Санкт-Петербурга обязан либо обнародовать, либо отклонить поступивший к нему закон Санкт-Петербурга, направленный ему Законодательным собранием Санкт-Петербурга для обнародования, в том числе в случаях, если в результате юридической оценки губернатор Санкт-Петербурга придет к выводу о том, что при принятии закона Санкт-Петербурга Законодательным собранием были нарушены уставные условия его принятия.

Данная правовая позиция Уставного суда Санкт-Петербурга вызывает интерес также потому, что она фактически противоречит позиции Конституционного Суда РФ, который рассматривал аналогичное дело на федеральном уровне. Напомним, в Постановлении от 22 апреля 1996 г. по делу о толковании отдельных положений статьи 107 Конституции Российской Федерации<sup>16</sup>, рассматривая категорию «принятый федеральный закон», Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что не является отклонением федерального закона возвращение Президентом федерального закона в соответствующую палату Федерального Собрания в случае нарушения палатой установленных Конституцией РФ требований к порядку принятия федеральных законов и предусмотренных ею условий и процедур<sup>17</sup>. Таким образом, согласно позиции федерального конституционного суда акт, принятый парламентом в нарушение установленных процедур, не может рассматриваться как принятый закон. Стоит отметить, что ряд авторов считают возможным использовать данную правовую позицию федерального конституционного суда применительно к законодательному процессу и на региональном уровне<sup>18</sup>. Однако вряд ли решение Конституционного Суда РФ имеет прецедентный характер в отношении указанного вопроса. Правовая позиция Конституционного Суда РФ основана на расширительном толковании конституционного положения главы государства как гаранта Конституции РФ, поэтому ее полная экстраполяция на региональный уровень невозможна, так как далеко не в каждой конституции (уставе) субъекта РФ на высшее должностное лицо (руководителя высшего исполнительного органа субъекта РФ) возлагается обязанность гарантировать соблюдение Основного закона субъекта РФ. К тому же, на наш взгляд, правовая позиция Уставного суда Санкт-Петербурга больше соответствует принципам разделения властей и презумпции конституционности актов.

Конституционное право зарубежных стран не предусматривает права главы государства возвращать закон в парламент по мотивам нарушения порядка его принятия. В подобных случаях глава государства либо использует право вето, либо обращается в орган конституционного контроля. Конституционный Суд РФ фактически предоставил главе государства право возвращать закон в парламент неограниченное число раз, указывая на нарушение порядка принятия закона, затягивая законодательный процесс. При этом Президент Российской Федерации может возвращать в парламент и те акты, которые он согласно Конституции РФ не вправе отклонять (федеральные конституционные законы, законы РФ о поправке к Конституции РФ). Принимая подобное решение,

Президент вправе основывать его на собственном мнении, выраженном в одностороннем порядке, о наличии допущенных нарушений конституционных процедур принятия закона с учетом имеющихся у него фактов. Как нам представляется, делать вывод о нарушении процедуры принятия закона, которая определяется в первую очередь в Основном законе, должен только специализированный орган конституционного контроля – Конституционный Суд РФ – по обращению главы государства как гаранта Конституции РФ. На региональном уровне следует закрепить аналогичный порядок.

Кроме того, в ряде случаев в конституционной практике возникла правовая неопределенность в регламентации преодоления несогласия верхней палаты парламента в отношении законов, принятых нижней палатой двухпалатного парламента, и создании согласительных процедур для преодоления возникших разногласий между палатами парламента. Вызывает интерес практика Конституционного суда Республики Адыгея, который принял пять постановлений, чтобы урегулировать данный вопрос<sup>19</sup>.

Конституционный суд Республики Адыгея в Постановлении от 23 января 2002 г. № 3-П по делу о толковании пункта 7 статьи 72 Конституции Республики Адыгея<sup>20</sup> разъяснил, что под повторным рассмотрением Советом Республики закона Республики Адыгея, не получившего одобрения в Совете представителей, понимается однократное (на одном заседании) его рассмотрение Советом Республики для преодоления вето Совета представителей, результатом которого является решение о принятии либо непринятии соответствующего закона Республики Адыгея.

Для преодоления разногласия между палатами парламента может быть создана согласительная комиссия. В Постановлении Конституционного суда Республики Адыгея от 3 апреля 2003 г. № 2-П по делу о толковании пункта 6 статьи 72 Конституции Республики Адыгея<sup>21</sup> разъясняется, что предложение о создании согласительной комиссии для преодоления разногласия между палатами парламента относительно принятия закона в единой редакции может исходить как от Совета представителей, так и от Совета Республики Государственного Совета – Хасэ Республики Адыгея. При этом толкуемая норма Конституции Республики Адыгея не включает в качестве обязательного элемента обязанность Совета представителей мотивировать свое решение об отклонении закона Республики Адыгея, принятого Советом Республики Государственного Совета – Хасэ Республики Адыгея.

В практике Конституционного суда Республики отображены и вопросы преодоления вето главы Республики на принятый парламентом закон. Так, Конституционный суд Республики Адыгея в Постановлении от 10 апреля 2003 г. по делу о толковании пункта 2 статьи 72.1 Конституции Республики Адыгея<sup>22</sup> указал, что в случае отклонения Президентом Республики Адыгея закона Республики Адыгея Совет Республики и Совет представителей Государственного Совета – Хасэ Республики Адыгея вновь рассматривают данный закон. Если Совет Республики при повторном рассмотрении не одобрит его двумя третями голосов в ранее принятой редакции, т. е. не преодолет вето Президента Республики Адыгея, то сформулированные Президентом замечания к закону Республики Адыгея могут быть рассмотрены Советом Республики и Советом представителей в порядке, предусмотренном Конституцией Республики Адыгея.

В случае если Совет Республики преодолел вето Президента Республики Адыгея на закон Республики Адыгея, то он передается в Совет представителей, который также не менее чем двумя третями голосов одобряет закон. Закон Республики Адыгея, одобренный Советом представителей в ранее принятой редакции, считается принятым и подлежит подписанию и обнародованию Президентом Республики Адыгея.

Вето Президента Республики Адыгея должно быть преодолено Советом Республики и Советом представителей Государственного Совета – Хасэ Республики Адыгея, т. е. для одобрения закона в ранее принятой редакции необходимо квалифицированное большинство голосов обеих палат Государственного Совета – Хасэ Республики

Адыгея. Исключается возможность преодоления неодобрения закона Советом представителей путем повторного голосования в Совете Республики, а также создания согласительной комиссии, поскольку закон должен быть одобрен в единой, ранее принятой редакции.

Указанные правовые позиции нашли развитие в Постановлении Конституционного суда Республики Адыгея от 15 апреля 2003 г. № 4-П по делу о толковании пункта 3 статьи 72<sup>1</sup> Конституции Республики Адыгея<sup>23</sup>. В данном решении содержится новое уточнение, согласно которому закон Республики Адыгея, отклоненный Президентом Республики Адыгея, повторно рассматривается в прежней редакции как Советом Республики, так и Советом представителей, независимо от того, был ли этот закон пассивно одобрен Советом представителей, либо закон был принят Советом Республики путем преодоления неодобрения Совета представителей. При этом закон, отклоненный Президентом Республики Адыгея, будет считаться принятым, если за него проголосовало не менее чем две трети от общего числа депутатов Совета Республики и Совета представителей Государственного Совета – Хасэ Республики Адыгея.

Указанные правовые позиции Конституционного суда Республики Адыгея вполне согласуются с правовыми позициями федерального Конституционного Суда при решении аналогичных вопросов в деятельности российского парламента. Так, Конституционный Суд РФ в названном постановлении от 22 апреля 1996 г. разъяснил, что в случае отклонения Президентом Российской Федерации федерального закона Государственная Дума и Совет Федерации в установленном Конституцией РФ порядке вновь рассматривают данный закон. Если отклоненный Президентом РФ федеральный закон не был повторно рассмотрен Советом Федерации, он не может считаться одобренным этой палатой, а вето – преодоленным. При этом рассмотрение в Совете Федерации федерального закона, подлежащего обязательному рассмотрению в этой палате, должно начаться не позднее 14 дней после его передачи в Совет Федерации. Если Совет Федерации в течение 14 дней не завершил рассмотрения принятого Государственной Думой федерального закона, подлежащего обязательному рассмотрению в Совете Федерации, этот закон не считается одобренным и его рассмотрение продолжается на следующем заседании Совета Федерации до вынесения решения о его одобрении либо отклонении<sup>24</sup>.

При этом стоит отметить, что федеральный Конституционный Суд указал, что 14-дневный срок для рассмотрения принятого Государственной Думой закона в Совете Федерации исчисляется с момента его передачи в данную палату Федерального Собрания. Рассматривая аналогичный вопрос на региональном уровне, Конституционный суд Республики Тыва пришел к несколько иным выводам. Так, в Постановлении Конституционного суда Республики Тыва от 18 мая 2004 г. № 5-П по делу о толковании отдельных положений статьи 105 Конституции Республики Тыва в связи с запросом Законодательной палаты Великого Хурала Республики Тыва<sup>25</sup> указано, что течение 14-дневного срока рассмотрения законов Республики Тыва, принятых Законодательной палатой Великого Хурала Республики Тыва и переданных в Палату представителей Великого Хурала Республики Тыва, необходимо исчислять в соответствии с Регламентом Палаты представителей Великого Хурала Республики Тыва.

Помимо перечисленных решений конституционных (уставных) судов, большое значение в практике регламентации законодательного процесса имеют выработанные этими органами правовые позиции относительно принятия закона установленным большинством депутатов законодательного органа. Так, Конституционный Суд РФ, рассматривая известное дело «об общем числе депутатов», высказал правовую позицию, согласно которой положение об общем числе членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы следует понимать как численность этих органов, установленную Конституцией РФ<sup>26</sup>. Очевидно, что, толкуя соответствующие нормы Конституции РФ, Конституционный Суд РФ исходил из их буквального смысла<sup>27</sup>.

Органы конституционной (уставной) юстиции при решении данного вопроса заняли противоположную позицию. Так, Конституционный суд Республики Адыгея под «общим числом депутатов» предписывал понимать не конституционно установленное число депутатов, а «общее число избранных депутатов»<sup>28</sup>. Конституционный суд Республики Саха (Якутия) словосочетание «общее число депутатов» интерпретировал как общее число избранных дееспособных депутатов Республики, статус которых подтвержден решением уполномоченного на то законом органа<sup>29</sup>. В. О. Лучин, не соглашаясь с такой трактовкой, отмечал, что в этом случае соответствующие нормы Основного закона перестали бы носить обязательный характер, кроме того, общее число депутатов перестало бы носить фиксированный характер, а неизбранные депутаты не могут голосовать по определению<sup>30</sup>. Впоследствии региональные законодатели в связи с внесением изменений в федеральное законодательство восприняли правовую позицию федерального Конституционного Суда.

Представленный анализ позволяет продемонстрировать ту роль, которую играют органы конституционного правосудия в регламентации законодательного процесса. При этом во многих случаях решения региональных конституционных (уставных) судов основаны на правовых позициях федерального Конституционного Суда, сформулированных при рассмотрении аналогичных дел. Однако с некоторыми правовыми позициями федерального Конституционного Суда решения конституционных (уставных) судов не согласовываются. Но в этом не усматривается никакого противоречия, поскольку федеральный Конституционный Суд и конституционные (уставные) суды осуществляют толкование различных актов – Конституции РФ и конституций (уставов) субъектов РФ – даже при рассмотрении вопросов, которые относятся к сфере совместного ведения. В связи с этим не представляется возможным согласиться с М. А. Митюковым, который считает, что любые правовые позиции Конституционного Суда РФ обязательны для органов региональной конституционной юстиции<sup>31</sup>. Хотя следует констатировать, что правовая логика законодательного процесса в субъектах РФ и на федеральном уровне должна быть одинаковой. Но такое единство в правовом регулировании должно не «навязываться» сверху, а исходить из правовых принципов, выработанных в практике парламентских процедур и признанных в ходе толкования соответствующих конституционных (уставных) положений органами региональной конституционной юстиции. Таким образом, развитие парламентаризма, укрепление принципа разделения властей, обеспечение законности немыслимо без соответствующих решений конституционных (уставных) судов, которые нередко восполняют пробелы парламентского права в части регламентирования законодательного процесса в субъектах РФ.

<sup>1</sup> Авакьян С. А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1997. С. 206.

<sup>2</sup> Корельский В. М. Теория государства и права. М., 2005. С. 384–385.

<sup>3</sup> Белкин А. А. Источники права и судебная практика в Российской Федерации // Учен. зап. Института права. СПб., 2001. Вып. 8. С. 8.

<sup>4</sup> Митюков М. А. Современные тенденции развития региональной конституционной юстиции (опыт социологического осмысления) // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 14. С. 19.

<sup>5</sup> Аничкин Е. С. «Преобразование» конституций (уставов) субъектов Российской Федерации в решениях региональных органов конституционной юстиции // Рос. юстиция. 2010. № 2. С. 5.

<sup>6</sup> Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики. М., 2001. С. 182.

<sup>7</sup> Митюков М. А. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник парламентского права // Эффективность закона. Методология и конкретные исследования. М., 1997. С. 137.

<sup>8</sup> Постановление Конституционного суда Республики Саха (Якутия) от 16 января 1995 года № 2-П по делу о толковании норм Конституции Республики Саха (Якутия) о конституционных законах // Саха Сирэ. 1995. 20 янв.

<sup>9</sup> Федеральное конституционное право. Основные источники / отв. ред. Б. А. Страшун. М., 1996. С. 9; Визер Б. Некоторые размышления по поводу иерархии норм в системе конституционного права Российской Федерации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. № 2. С. 22.

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2009. № 45. Ст. 5261.

<sup>11</sup> В настоящее время прокурор Республики Саха (Якутия) права законодательной инициативы в Государственном Собрании (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия) не имеет.

<sup>12</sup> Якутия. 1999. 10 марта.

<sup>13</sup> Якутские ведомости. 2003. 9 авг.

<sup>14</sup> СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

<sup>15</sup> Санкт-Петербургские ведомости. 2003. 4 янв.

<sup>16</sup> Вестн. Конституционного Суда РФ. 1996. № 3.

<sup>17</sup> По мнению А. А. Котенкова, существуют следующие основания для возвращения закона без рассмотрения: законопроект внесен ненадлежащим субъектом; отсутствует необходимое в таких случаях заключение Правительства; закон не был рассмотрен верхней палатой парламента, когда это являлось обязательным; нарушены сроки направления закона в верхнюю палату парламента, его рассмотрения и направления главе государства; федеральный конституционный закон принят по вопросу, не установленному Конституцией; процедура голосования ставит под сомнение результаты волеизъявления палаты парламента; текст присланного для промугьгации закона не соответствует тексту, за который голосовали депутаты (*Котенков А. А. Актуальные проблемы взаимоотношения Президента РФ и Государственной Думы РФ в законодательном процессе // Государство и право. 1998. № 10. С. 15–17*).

<sup>18</sup> Так, Е. В. Холодилова считает, что в законодательстве следует закрепить следующие положения: высшее должностное лицо (руководитель высшего исполнительного органа субъекта РФ) вправе возвращать закон в парламента в случае нарушения процедуры его принятия; срок для такого возвращения закона в парламента; данное возвращение обязательно должно быть письменно мотивировано; в случае несогласия парламента с возвращением закона возникший спор должен быть разрешен в органе конституционного (уставного) правосудия или в суде общей юрисдикции в случае отсутствия такого суда в регионе (*Холодилова Е. В. Законодательный процесс в субъектах Российской Федерации (проблемы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 23*).

<sup>19</sup> В настоящий момент данные решения фактически утратили силу в связи с тем, что Государственный Совет Республики Адыгея является однопалатным.

<sup>20</sup> СЗ Республики Адыгея. 2002. № 1.

<sup>21</sup> Там же. 2003. № 4.

<sup>22</sup> Там же.

<sup>23</sup> Там же.

<sup>24</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 23 марта 1995 г. № 1-П по делу о толковании части 4 статьи 105 и статьи 106 Конституции Российской Федерации // Вестн. Конституционного Суда РФ. 1995. № 2–3.

<sup>25</sup> Тувинская правда. 2004. 27 мая.

<sup>26</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 12 апреля 1995 г. № 2-П по делу о толковании статей 103 (часть 3), 105 (часть 2 и 5), 107 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции Российской Федерации // Вестн. Конституционного Суда РФ. 1995. № 2–3.

<sup>27</sup> Следует подчеркнуть, что, принимая данное решение, судьи Конституционного Суда РФ фактически проигнорировали позицию авторов текста Конституции – участников Конституционного совещания. Члены рабочей группы Конституционного совещания, которая специально рассматривала данный вопрос, согласились с тем, что понятие общего числа депутатов Государственной Думы не тождественно понятию состава Государственной Думы и в своем арифметическом выражении может отличаться от конституционно установленного числа депутатов Государственной Думы (450). На это противоречие указывается в судебной практике и научной литературе (Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Б. С. Эбзеева по делу о толковании статей 103 (часть 3), 105 (часть 2 и 5), 107 (часть 3), 108 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции Российской Федерации // Вестн. Конституционного Суда РФ. 1995. № 2–3; *Белкин А. А. Дело про «общее число депутатов» // Правоведение. 1996. № 2. С. 3–14*).

<sup>28</sup> Постановление Конституционного суда Республики Адыгея от 11 июля 2002 г. № 7-П по делу о толковании пункта 3 статьи 70, пункта 2 статьи 72.3 Конституции Республики Адыгея // СЗ Республики Адыгея. 2002. № 7.

<sup>29</sup> Постановление Конституционного суда Республики Саха (Якутия) от 17 апреля 2000 года № 6-П по делу о толковании статей 143, 144 Конституции Республики Саха (Якутия) // Якутия. 2000. 4 мая; Постановление Конституционного Суда Республики Саха (Якутия) от 19 марта 2001 года № 5-П по делу о толковании статьи 143 Конституции Республики Саха (Якутия) // Якутия. 10 апр.

<sup>30</sup> *Лучин В. О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 545–546.*

<sup>31</sup> *Боброва В. К., Митюков М. А. Конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации. М., 2004. Ч. 2. С. 72.*

Г. А. Пантюхина\*

## ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ И ОПЕРАТИВНЫХ СОТРУДНИКОВ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПО ДЕЛАМ ОРГАНИЗОВАННЫХ ПРЕСТУПНЫХ ГРУПП

*Рассматриваются вопросы взаимодействия следователя и оперативных сотрудников при расследовании преступлений, совершенных организованными формированиями, при различных следственных ситуациях. Ведущая роль в успешном преодолении сложных следственных ситуаций отводится именно взаимодействию.*

*Ключевые слова: организованная преступность, взаимодействие, тактика, борьба с преступностью*

*Questions of interaction of investigator and operational of the employees in the investigation of crimes committed by organized groups with different investigative situations are considered. The leading role of interaction in successful overcoming difficult investigative situations is stressed.*

*Key words: organized criminality, interaction, tactics, combating crime*

Одна из тенденций современной преступности – стремление криминальных структур проникнуть и закрепиться в экономике и политике. Анализ ежегодных статистических данных МВД России показывает, что на фоне общего снижения темпа роста преступности происходят незначительные изменения в ее структуре. Так, «организованными преступными группами или преступными сообществами совершено 9,3 тыс. тяжких и особо тяжких преступлений (– 32,6 %), их удельный вес в общем числе расследуемых преступлений этой категории снизился с 6,6 % в январе – июне 2010 года до 5,2 % на январь – июнь 2011 года»<sup>1</sup>.

Организованная преступность – сложная система организованных преступных формирований, осуществляющих широкомасштабную преступную деятельность и создающих для такой деятельности наиболее благоприятные условия, имеющая собственные структуры с управленческими и другими функциями по обслуживанию этих формирований и установлению внешних связей, в том числе с государственными структурами и институтами общества. В систему организованной преступности в той или иной степени вовлечена часть населения, в связи с чем она представляет собой альтернативное общество со своей теневой и полутеневой экономикой, негативными социальной и духовной сферами (криминальная субкультура), собственными подсистемами развития, воспроизводства, управления и безопасности. Организованная преступность – структурная часть нашего общества, динамично взаимодействующая со всеми его частями.

Выявление, раскрытие и расследование преступлений, совершенных организованными преступными формированиями, представляет собой сложную деятельность по преодолению информационных, тактико-психологических и иных существенных трудностей, возникающих по подавляющему большинству уголовных дел.

В связи с этим особенно остра проблема эффективности взаимодействия следователей и органов дознания по уголовным делам о преступлениях, совершенных органи-

\* Пантюхина Галина Александровна – кандидат юридических наук, доцент кафедры правовой психологии и судебных экспертиз Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: ppsea@usla.ru.

зованными преступными группами и сообществами, которая в первую очередь зависит от согласованности действий органов дознания и предварительного следствия.

Следователь, будучи руководителем и организатором расследования преступления, непосредственно отвечает за его раскрытие и судебную перспективу уголовного дела. Он должен в предусмотренной законом форме максимально использовать возможности оперативно-розыскных служб различных правоохранительных органов, которые в силу своих специфических, в том числе негласных, полномочий с использованием новейших достижений науки и техники обязаны оказывать ему содействие в расследовании преступления, обеспечивая информационную, тактическую, силовую и иную поддержку.

Именно подобное взаимодействие следователя и оперативно-розыскных служб составляет функциональное ядро процесса работы по уголовным делам о преступлениях, совершенных организованными преступными формированиями.

Вопросы взаимодействия следственных аппаратов и оперативных работников достаточно подробно разработаны такими учеными-криминалистами, как В. К. Гавло, И. Ф. Герасимов, Л. Я. Драпкин, В. Н. Карагодин, Л. Л. Каневский, В. А. Образцов, И. Н. Сорокотягин и др.

И. Ф. Герасимов рассматривает взаимодействие как «основанное на законе и общности задач в уголовном судопроизводстве правовое сочетание и эффективное использование полномочий, методов и форм деятельности, присущих каждому из указанных органов, направленное на раскрытие, расследование и предупреждение преступлений»<sup>2</sup>.

Л. Я. Драпкин определяет взаимодействие органов следствия, дознания, экспертных учреждений, специалистов, средств массовой информации и общественности в процессе раскрытия преступлений «как согласованную по задачам, времени, месту и исполнителям деятельность различных звеньев одной или нескольких организационных систем, не находящихся в отношении административного подчинения и обладающих в силу функциональной дифференциации и относительной автономии специфическими средствами и методами работы, взаимно дополняющими друг друга и обеспечивающими оптимальное достижение общей цели»<sup>3</sup>.

В. Н. Карагодин под взаимодействием органов следствия и дознания понимает «такие способы и порядок связей между ними, которые обеспечивают информационную, тактическую, силовую и иную поддержку. Именно эта разновидность взаимодействия между следователями и оперативно-розыскными службами и обеспечивает согласованность их деятельности и правильное сочетание присущих каждому из этих органов полномочий, методов и средств работы»<sup>4</sup>.

Соглашаясь с этими определениями, считаем необходимым заострить внимание на тактических особенностях взаимодействия и координации при решении задач, которые стоят перед различными правоохранительными органами, не находящимися в административном подчинении по уголовным делам о преступлениях, совершенных организованными криминальными формированиями.

Одна из таких особенностей – необходимость совместного преодоления трудностей поиска источников криминалистически значимой информации, обусловленных исключительными мерами конспирации, предпринимаемыми лидерами организованных преступных групп и сообществ<sup>5</sup>.

Взаимодействие указанных органов позволяет успешно устранять конфликты и многочисленные ситуации тактического риска, постоянно возникающие при проведении следственных действий при производстве расследования по делам рассматриваемой категории.

Полагаем, что взаимодействие следователя и органов дознания в процессе выявления, раскрытия и расследования преступлений, совершенных организованными криминальными формированиями, можно определить как специфическую деятельность

основных субъектов противодействия организованной преступности в целях создания оптимальных условий и последующего осуществления полного, всестороннего и объективного процесса доказывания по уголовным делам, а также своевременного пресечения общественно опасной деятельности этих формирований<sup>6</sup>.

В организационном отношении оптимальная форма взаимодействия органов предварительного следствия и органов дознания – следственные группы, создаваемые в соответствии с ч. 2 ст. 163 УПК РФ. Она обеспечивает благоприятные условия для функционирования и информационного сотрудничества правоохранительных органов.

В юридической литературе сформулированы принципы такого взаимодействия. Мы назовем лишь основные положения, на основе которых выстраивается взаимодействие органов предварительного следствия и дознания по делам организованных преступных групп и сообществ, расследуемым следственно-оперативными группами.

1. Полное соответствие требованиям закона.

2. Совместное выдвижение комплексных следственно-оперативных версий, которые представляют собой более перспективный метод преодоления проблемных ситуаций и раскрытия, как правило, весьма сложных преступлений, совершаемых организованными криминальными формированиями.

3. Совместное планирование следственных и оперативно-розыскных мероприятий и составление согласованного (единого) следственно-оперативного плана. В случаях производства негласных оперативно-розыскных мероприятий составляется дополнительный план с соблюдением требований конфиденциальности.

4. Четкое разграничение компетенции и должностных обязанностей каждого участника группы.

5. Активное участие следователя в создании и формировании следственно-оперативной группы, подборе работников соответствующих оперативно-розыскных служб, руководстве следственно-оперативной группой, его процессуальная независимость в принятии решений.

6. Оптимальное маневрирование силами и средствами, находящимися в распоряжении руководителя следственно-оперативной группы, сосредоточение на решающих участках (направлениях) деятельности, необходимых резервах и их эффективное использование.

Представляется, что при расследовании рассматриваемых преступлений руководители правоохранительных органов и следственно-оперативных групп должны:

1) привлекать к работе по расследованию преступлений, совершенных организованной преступной группой (сообществом), наиболее опытных следователей и оперативных работников;

2) соблюдать условия конспирации, обращать особое внимание на пресечение «утечки» информации;

3) создавать еще на стадии доследственной проверки условия для тесного взаимодействия следователей и работников МВД, ФСБ, других правоохранительных органов для последующего сотрудничества в составе следственной группы<sup>7</sup>;

4) обеспечивать безопасность участников расследования, свидетелей, потерпевших, создавать условия, исключающие неправомерное воздействие на них;

5) проводить оперативно-розыскные мероприятия и следственные действия, направленные на разоблачение членов организованных преступных формирований;

6) максимально использовать возможности для раздельного содержания под стражей членов организованных преступных формирований, полностью исключаящего общение участников ОПГ, находящихся на свободе и под стражей;

7) при ознакомлении защитников с материалами уголовного дела в соответствии с уголовно-процессуальным законом предупреждать их, в случае необходимости, об обязанности не разглашать данные предварительного расследования<sup>8</sup>;

8) рационально планировать и тщательно готовиться к проведению каждого следственного действия по уголовным делам рассматриваемой категории с привлечением специалистов для получения консультаций;

9) использовать международный опыт, в частности опыт полицейских Италии, которые умело используют агентурную информацию, а также эффективную «тактику ударных групп» (США)<sup>9</sup>;

10) постоянно взаимодействовать с Комитетом по финансовому мониторингу Российской Федерации и его структурными подразделениями в федеральных округах для получения важной информации о движении преступных доходов и об их легализации (отмывании).

Интервьюирование следователей и оперативных работников, анализ деятельности правоохранительных органов по раскрытию и расследованию преступлений, совершенных организованными преступными группами и сообществами, свидетельствуют, что наиболее эффективной, оптимально отвечающей практическим ситуациям расследования структурно-организационной формой взаимодействия является следственно-оперативная группа, которая позволяет успешно разрешать острые, конфликтные, проблемные ситуации, а также ситуации тактического риска по делам данной категории.

<sup>1</sup> URL: <http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports>.

<sup>2</sup> Герасимов И. Ф. Теоретические проблемы раскрытия преступлений: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1987.

<sup>3</sup> Драпкин Л. Я. Основы теории следственных ситуаций: дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1987.

<sup>4</sup> Карагодин В. Н. Основы криминологического противодействия расследованию: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992.

<sup>5</sup> Шаталов А. С. Понятие криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений // Гос-во и право. 2000. № 8. С. 28–39.

<sup>6</sup> Попова Е. И. Негативные факторы заинтересованности следователя в рассмотрении уголовного дела судом в порядке главы 40 УПК РФ // Рос. следователь. 2011. № 4.

<sup>7</sup> Шейфер С. А. Российский следователь – исследователь или преследователь? // Рос. юстиция. 2010. № 11.

<sup>8</sup> Кривенко А. И. Теория и практика взаимодействия следователя с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. М., 2008.

<sup>9</sup> Лешков С. Г. Сотрудничество с правоохранительными органами как специальный механизм противодействия организованной преступности (международная практика) // Юрид. мир. 2010. № 12.

А. З. Арсланбекова\*

## ПРОБЛЕМЫ ВЫЯВЛЕНИЯ И ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ НАЛОГОВЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

*Автор, анализируя нормы Налогового кодекса РФ о видах налоговых правонарушений, рассматривает наиболее часто совершаемые правонарушения, субъектами которых являются налогоплательщики.*

*Ключевые слова: Налоговый кодекс РФ, налоговые правонарушения, налоговая ответственность, налогоплательщики, налоговые органы*

*The article is devoted to the problems of identification and prevention of tax offences. The author, analyzing the norms of the Tax Code of the Russian Federation on the types of tax offences, stopped at the most often committed offences, which subjects are the taxpayers.*

*Key words: the Tax Code of the Russian Federation, tax offence, tax liability, tax payers, tax authorities*

Одно из основных направлений обеспечения законности в налоговой сфере – выявление причин и условий, способствующих совершению налоговых правонарушений.

Согласно законодательству ответственность за совершение налоговых правонарушений устанавливает Налоговый кодекс РФ. Практически все нормы НК РФ, предусматривающие налоговые санкции, являются бланкетными. Для их применения необходимо знать специфические требования закона о порядке постановки на учет в налоговом органе; ведения бухгалтерского учета; открытия или закрытия счетов в банке и т. д.

На практике при реализации данных норм налоговые органы совершают массу нарушений. Следует обратить внимание на то, что в решениях налоговых органов часто указываются лишь нормы НК РФ, в соответствии с которыми лицо подлежит ответственности, но при этом не уточняется, какие правила и требования закона не выполнены налогоплательщиком, в чем конкретно заключается их нарушение. В результате суды отказывают в удовлетворении требований налоговых органов о взыскании с нарушителей налоговых санкций или удовлетворяют иски налогоплательщиков о признании решений налоговых органов незаконными.

Именно установление в фактических действиях (бездействии) налогоплательщика конкретных нарушений вызывает в большинстве случаев серьезные трудности. Однако при невыполнении данного требования налогоплательщику легче уйти от ответственности.

Для доказывания наличия налогового правонарушения и виновности налогоплательщика налоговые органы вправе использовать весь арсенал полномочий, предоставленный им законом.

Анализируя главы НК РФ о видах налоговых правонарушений, остановимся на правонарушениях, субъектами которых являются налогоплательщики (физические лица и организации).

По данным проверок, проводимых налоговыми органами, чаще других совершаются следующие нарушения налогового законодательства: уклонение хозяйствующих субъ-

\* Арсланбекова Аминат Зайдулаевна – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры административного и финансового права Дагестанского государственного университета (Махачкала). E-mail: tanima22@mail.ru.

ектов от налогового учета или нарушение срока подачи заявления о постановке на учет в налоговом органе; уклонение от представления сведений об открытии и о закрытии счетов в банке; грубое нарушение правил ведения бухгалтерского учета и представления бухгалтерской отчетности; уклонение от уплаты налогов и сборов; незаконное получение отсрочки (рассрочки) по уплате налоговых платежей; незаконное получение льгот по уплате налогов в региональный и местный бюджет.

Рассмотрим более подробно некоторые из них.

### **Уклонение хозяйствующих субъектов от налогового учета**

Статья 23 НК РФ предписывает организациям встать на учет в налоговых органах, если такая обязанность предусмотрена кодексом. Такая обязанность закреплена в ст. 83–86 НК РФ.

Налогоплательщики-организации подлежат постановке на учет в налоговых органах: по месту нахождения организации; по месту нахождения ее обособленных подразделений; по месту нахождения принадлежащего налогоплательщикам недвижимого имущества и транспортных средств, подлежащих налогообложению.

Статьей 85 НК РФ закреплена перечень органов, обязанных сообщать в налоговый орган по месту своего нахождения определенные сведения, имеющие отношение к налогообложению. Той же статьей предусмотрены сроки для направления указанных сведений в налоговые органы. В случае нарушения требований данной статьи установлена ответственность соответствующих организаций в виде штрафов за неправомерное несообщение (несвоевременное сообщение). Кроме того, должностные лица тех же органов могут быть привлечены к административной ответственности и оштрафованы.

Неприменение мер воздействия, предусмотренных законом, неизбежно приводит к появлению у налогоплательщика стойкой уверенности в своей безнаказанности.

### **Уклонение или нарушение сроков представления организациями в налоговый орган сведений об открытии или закрытии счетов в банке**

В соответствии с п. 2 ст. 23 НК РФ организации-налогоплательщики обязаны письменно сообщить в налоговый орган по месту учета об открытии или закрытии счетов в банке в десятидневный срок. В противном случае организация подлежит привлечению к ответственности по ст. 118 НК РФ, а ее должностные лица — по ст. 15.4. Кодекса РФ об административных правонарушениях.

Кроме того, НК РФ предусмотрена ответственность банков за неисполнение обязанностей, предусмотренных налоговым законодательством. В частности, согласно ст. 86 НК РФ банки открывают счета организациям только при предъявлении ими свидетельства о постановке на учет в налоговом органе. В обязанности банка входит сообщение в налоговый орган об открытии или закрытии счета в пятидневный срок со дня открытия или закрытия такого счета. За нарушение данного требования к банку могут быть применены штрафные санкции. Одновременно при наличии вины к административной ответственности за такое правонарушение может быть привлечено должностное лицо банка.

Для выявления банковских счетов, скрываемых коммерческими и некоммерческими организациями, проверке налоговыми органами подлежат в первую очередь платежные документы, в соответствии с которыми осуществляются расчеты данной организации, а также ее контрагентов; договоры банковского счета, заключенные с конкретными банками. В случае, когда имеется информация об уклонении от уплаты налогов путем

использования банковских счетов, сведения о которых скрываются, могут быть проведены встречные проверки организаций, с которыми проверяемый налогоплательщик осуществляет хозяйственные связи.

В случае проведения налоговым органом проверки непосредственно в банке следует запрашивать сведения обо всех открытых и закрытых счетах проверяемой организации в связи с тем, что организации производят расчеты по налогам в бюджет с одного счета (чаще всего на нем отсутствуют средства), а расчеты с поставщиками осуществляют с другого счета.

Необходимо также определять, кто является учредителем или руководителем тех юридических лиц, с которыми проверяемая организация осуществляет хозяйственную деятельность. Обычно это одни и те же лица, и банковские счета этих организаций также используются для уклонения от уплаты налогов. К сожалению, налоговые органы чаще всего ограничиваются выставлением требований о приостановлении операций по отдельным счетам налогоплательщика.

Названные нарушения, за которые законом установлена ответственность, чаще всего совершаются с целью уклонения от уплаты налогов и сборов в бюджет. Несмотря на принимаемые государством меры по снижению налогового бремени на организации, число налоговых правонарушений и преступлений из года в год увеличивается. Налогоплательщики разрабатывают и используют новые схемы ухода от уплаты налогов. К сожалению, налоговые и правоохранительные органы не всегда могут выявить нарушения и доказать вину налогоплательщиков, в частности из-за несовершенства налогового и процессуального законодательства. Нельзя сбрасывать со счетов и субъективные факторы: слабую профессиональную подготовку работников налоговых и правоохранительных органов, незнание ими налогового и другого законодательства, неумение провести квалифицированную проверку. Прокурорские проверки показывают, что наряду с этим имеют место и должностные преступления.

На практике бывает трудно разграничить ответственность организации и ее руководителя. Сложилось мнение, что все долги руководителя автоматически оплачиваются из денежных средств организации. Не секрет, что во многих случаях так оно и есть. В связи с этим якобы не целесообразно прилагать дополнительные усилия для привлечения к ответственности руководителей организаций. Судебная практика последних лет показывает, что налоговые органы ограничиваются привлечением к ответственности организаций-налогоплательщиков.

Возможно, данный стереотип сложился по аналогии с применением гражданско-правовых норм. Все давно привыкли к тому, что договорные обязательства исполняются юридическими лицами, которые и несут ответственность в случае их неисполнения или ненадлежащего исполнения. Все претензии предъявляются к юридическому лицу (а не к его руководителю), и выплата долгов, неустоек, штрафов производится за счет средств юридического лица.

Между тем в сфере налоговых правоотношений законодатель разграничил ответственность организации как таковой и ее руководителя. Это четко выделено в понятии вины юридического лица, предусмотренного НК РФ и КоАП РФ. Так, согласно ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

В связи с этим необходимо проанализировать деятельность организации, ее права и обязанности, требования, предъявляемые законом к организации в целом. Ведь помимо руководителя в ней работают и другие сотрудники, деятельность каждого из которых определяет результат работы организации в целом. Поэтому и претензии

предъявляются именно к организации. Ее руководитель может быть привлечен к ответственности только в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения им своих служебных обязанностей.

Концепция закона исходит из того, что в случае взыскания штрафных санкций с организации списание производится с ее банковских счетов. При привлечении к административной ответственности руководителя организации суммы штрафов оплачиваются из его личных средств (в том числе и за счет личного имущества).

Изложенное, естественно, не исчерпывает всех проблем предупреждения и выявления налоговых правонарушений. Подчеркнем, что решать их необходимо, так как от этого во многом зависит обеспечение законности в налоговой сфере.

В. П. Мотревич\*

## ИНОСТРАННЫЕ ВОИНСКИЕ ЗАХОРОНЕНИЯ ВТОРОЙ МИРОВОЙ ВОЙНЫ НА УРАЛЕ: ЧИСЛЕННОСТЬ, ПРАВОВОЙ СТАТУС, БЛАГОУСТРОЙСТВО

*Рассматривается проблема юридического статуса иностранных воинских захоронений в РФ, подробно характеризуются международные нормативные правовые акты и международные обязательства РФ в данной сфере, процесс формирования соответствующей нормативной базы в центре и на местах. Анализируется современное состояние иностранных воинских захоронений на территории Уральского региона.*

*Ключевые слова: благоустройство, военнопленные, интернированные, иностранные воинские захоронения, кладбищенская документация, межправительственное соглашение, отдельный рабочий батальон, памятный знак, правовой статус, смертность, эксгумация*

*The problems of legal status of foreign military burials in Russia are analyzed. The modern state of military burials in Ural is researched.*

*Key words: improvement, prisoners of war, internee, foreign military burials, cemetery documentation, intergovernmental agreement, separate worker's battalion, memorable decoration, legal status, mortality, exhumation*

В ходе Великой Отечественной войны в плен к Красной армии попало 4377,3 тыс. иностранных военнопленных. После разгрома Квантунской армии число военнопленных увеличилось на 639,6 тыс. человек. Кроме того, в целях пресечения террористических актов в тылу Красной армии были интернированы 208,2 тыс. человек, «способных носить оружие», а также 61,6 тыс. арестованных функционеров низовых нацистских партийных и административных органов. В плен попали и более 200 тыс. граждан Союза ССР, принимавших участие в войне на стороне Германии<sup>1</sup>. Держать пленных вблизи линии фронта было опасно, поэтому их отправляли в глубокий тыл, в районы, испытывающие наибольшую потребность в рабочей силе. На Урал военнопленные стали прибывать весной 1942 г. Вначале их размещали в специально отведенных зонах в лагерях ГУЛАГа, а затем в формируемых отдельных лагерях в системе Главного Управления по делам военнопленных и интернированных (ГУПВИ НКВД СССР).

В Свердловскую область военнопленных начали отправлять весной 1942 г. В мае 1942 г. в Свердловской области были организованы Басьяновский и Монетно-Лосиновский, а в августе – Исетско-Аятский лагеря для военнопленных. Всего за 1941–1942 гг. в советском плену оказалось около 20 тыс. военнопленных вражеских армий, из них на территории Среднего Урала было размещено 4921 человек. Из числа прибывших на Средний Урал в 1942 г. умерло около половины – 2217 человек<sup>2</sup>. В 1945 г. на территории Свердловской области насчитывалось уже 13 лагерей для военнопленных: Асбестовский лагерь № 84, Нижнетагильский лагерь № 153, Красноуральский лагерь № 197, Алапаевский лагерь № 200, Уральский лагерь № 245, Дегтярский лагерь № 313, Нижнеисетский лагерь № 314, Новолялинский лагерь № 318, Красноуральский лагерь № 376, Кировградский лагерь № 377, Карпинский лагерь № 504, Артемовский лагерь № 523 и Верхнепышминский лагерь № 531<sup>3</sup>. Как видно, первоначально лагеря создавались преимущественно в промышленных центрах. Начиная с 1944 г. отделения с военнопленными стали входить в состав расположенных на территории Свердловской

\* Мотревич Владимир Павлович – доктор исторических наук, профессор кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: motrevitch@isnet.ru.

области лагерей лесной промышленности НКВД СССР: Востокураллага, Ивдельлага и Севураллага.

Большое количество военнопленных было размещено и в других областях Уральского региона. Так, в Челябинской области функционировали Потанинский лагерь № 68, Челябинский лагерь № 102, Кыштымский лагерь № 180, Златоустовский лагерь № 337, Оздоровительный лагерь № 443 и Магнитогорский лагерь № 527. На территории области был размещен и Ашанский лагерь № 130, который подчинялся УНКВД по БАССР. В Пермской области находились Краснокамский лагерь № 207, Губахский лагерь № 346 и Березниковский лагерь № 366. В Оренбургской области были организованы Новотроицкий лагерь № 235, Орский лагерь № 260 и Чкаловский лагерь № 369. В Башкирии – Уфимский лагерь № 319. В Удмуртии – Рябовский лагерь № 75 и Ижевский лагерь № 371. В Курганской области был размещен лагерь для военнопленных № 514, а в Тюменской – лагерь № 93.

Кроме лагерей, на территории Уральского региона были созданы и спецгоспитали. Для нуждавшихся в длительном лечении военнопленных в пос. Талица г. Первоуральска был организован спецгоспиталь № 1893, который действовал до начала 1956 г. В 1947–1950 гг. в г. Нижнем Тагиле работал передислоцированный с Дальнего Востока спецгоспиталь № 2929. В г. Магнитогорске Челябинской области функционировал спецгоспиталь № 5921, в г. Шумихе Курганской области – спецгоспиталь № 3757. Ряд спецгоспиталей был расположен в Оренбургской области – спецгоспитали № 3318 и 3926 в пос. Ак-Булак Акбулакского района, спецгоспитали № 1069 и 3315, в г. Бузулуке, спецгоспитали № 1659 и 1660 в г. Бугуруслане, спецгоспитали № 5888 и 5889 в пос. Ракитянка г. Медногорска, спецгоспиталь № 3922 в г. Орске. Шесть спецгоспиталей находились в Удмуртии и два в Пермской области.

В 1945–1946 гг. по линии Наркомата обороны СССР на территории Свердловской области было также организовано восемь отдельных рабочих батальонов для интернированных немцев и три отдельных рабочих батальона для японских военнопленных. Четыре рабочих батальона находились в Оренбургской области; по три – в Пермской и Челябинской областях и Удмуртии; два – в Курганской области. Примерно две трети военнопленных составляли немцы. Так, в начале 1946 г. на территории Свердловской области находилось 82,3 тыс. военнопленных. Среди них – 56,8 тыс. немцев, 4,1 тыс. австрийцев, 14,5 тыс. венгров, 4,6 тыс. румын и 0,3 тыс. поляков, а также испанцы, итальянцы, французы, словаки, чехи, хорваты и др.<sup>4</sup>

В 1947–1948 гг. почти все военнопленные были освобождены и репатриированы на родину. В Советском Союзе остались лишь те, кто отбывал наказание за воинские преступления или был осужден за преступления, совершенные за время нахождения в плену, т. е. военные преступники. В результате реализации мер по фильтрации военнопленных и их уголовному преследованию по состоянию на февраль 1950 г. в СССР было оставлено 13 515 осужденных и подследственных военнопленных. В дальнейшем их количество возрастало в основном за счет осужденных советскими военными трибуналами и интернированных в Союз ССР из стран Восточной Европы иностранных граждан. В начале 1953 г. в СССР насчитывалось 19 118 иностранных граждан, осужденных за воинские преступления. Среди них – 17 528 военнопленных и 1590 интернированных<sup>5</sup>.

Для содержания осужденных военнопленных в СССР в системе ГУПВИ МВД СССР было создано 11 особорежимных лагерей, предназначенных для опасных государственных преступников, шпионов, диверсантов, террористов, участников антисоветских групп и организаций. Лагеря были расположены на территории России и Украины, в том числе в Ворошиловградской, Ивановской, Ростовской, Сталинградской областях, а также в Хабаровском крае. В конце 1949 г. на базе Нижнеисетского лагеря для военнопленных № 314 был образован лагерь № 476 МВД СССР. Спецлагерь № 476

для военных преступников был самым крупным среди подобных лагерей, находившихся тогда на территории Советского Союза. На начало июля 1953 г. в нем насчитывалось 7170 осужденных иностранных граждан, в том числе 6455 военнопленных и 715 интернированных. Среди них — граждане Австрии, Бельгии, Венгрии, Германии, Голландии, Испании, Италии, Люксембурга, Китая, Кореи, Польши, Румынии, Финляндии и Югославии<sup>6</sup>.

Таким образом, в 1942–1955 гг. на Урале находилось свыше 250 тыс. военнопленных Второй мировой войны, оказавшихся в советском плену в основном летом и осенью 1945 г. Создание здесь первых лагерей для военнопленных весной 1942 г. было обусловлено нехваткой рабочей силы, а также удаленностью региона от театра военных действий. В дальнейшем именно потребность в дополнительных трудовых ресурсах, вызванная быстрым экономическим развитием «опорного края державы», стала главной причиной размещения на Урале многотысячного контингента из числа военнопленных и интернированных иностранных граждан. Лагеря для военнопленных создавались во всех областях и республиках Уральского региона, однако большая их часть была размещена в Свердловской и Челябинской областях, имевших наиболее мощный промышленный потенциал. Значительное число военнопленных и интернированных находилось в Удмуртии и Пермской области, также игравших важную роль в военной экономике СССР. В Оренбургской области существовали значительное количество спецгоспиталей и крупный контингент военнопленных из состава итальянской армии. Данное обстоятельство связано, по нашему мнению, с близостью Сталинграда. Потребностью в трудовых ресурсах был обусловлен выбор Свердловска в качестве места размещения самого крупного в СССР лагеря для осужденных военнопленных.

Попавший в советский плен контингент был значительно ослаблен, условия пребывания военнопленных, особенно в первое время, оказались достаточно тяжелыми. Согласно документам в советских лагерях для военнопленных умерло более 580 тыс. человек<sup>7</sup>. Среди основных причин смерти — боевые ранения, их последствия и осложнения, дистрофия на почве хронического недоедания, нервно-психологические заболевания, а также смерть в силу естественных причин. Численность умерших на Урале иностранных граждан только в 1943–1955 гг. составила свыше 30 тыс. человек. За эти годы в Свердловской области умерло 14 306 человек, в Курганской — 687, в Оренбургской — 6138, в Пермской — 1442, в Челябинской — 2220, в Башкирии — 1331, в Удмуртии — 4967 человек. Они были захоронены на 189 специальных кладбищах<sup>8</sup>. В ходе предпринятой автором данной статьи обработки документальных материалов центральных и местных архивов и проведении поисковых работ на территории региона удалось обнаружить 164 иностранных воинских кладбища: в Курганской области — 3 кладбища, в Оренбургской — 19, в Пермской — 19, в Свердловской — 93, в Челябинской — 30. Иностранные воинские захоронения есть и в Башкирии (11), Удмуртии (14).

В начальный период войны учет умерших пленных велся неудовлетворительно, несмотря на приказ НКВД СССР от 7 августа 1941 г., который утвердил инструкцию «О порядке содержания военнопленных в лагерях НКВД», определившую порядок извещения о смерти пленных, их погребения и выдачи имущества умерших их родственникам. В соответствии с инструкцией смерть каждого пленного должна была удостоверяться актом медосмотра<sup>9</sup>.

В связи с тем что умерших в ряде лагерей и госпиталей иногда хоронили в не отведенных для этих целей местах, 24 августа 1944 г. вышла директива ГУПВИ НКВД СССР «О захоронениях военнопленных». Документ предписывал для захоронения умерших военнопленных отводить в непосредственной близости от лагеря или госпиталя специальные участки свободной земли. Участки должны были огораживаться колючей проволокой и разбиваться на квадраты. В каждом квадрате — 5 рядов могил по 5 могил в каждом ряду. В квадрате захоронения должны производиться начиная с верхнего

ряда (если смотреть в плане) слева направо. Кладбища необходимо было защитить от проникновения скота, обеспечить сохранность знаков<sup>10</sup>. При этом следует отметить, что на практике во многих лагерях, особенно «лесных», разбивку на квадраты не производили и кладбища не огораживали<sup>11</sup>.

На каждую могилу необходимо было установить опознавательный знак — прочный кол с прибитой к нему в верхней части табличкой, лучше всего из фанеры. На ней указывали в числителе номер могилы и в знаменателе номер квадрата. В ряде случаев на могиле устанавливали металлический стержень с приваренной к нему металлической табличкой. Писать фамилию и имя умерших людей запрещалось, однако это требование соблюдалось не всегда. В частности, проведенная в 1946 г. проверка состояния кладбищ военнопленных в Новолялинском районе Свердловской области показала, что на дощечках вместо номеров указаны имя и фамилии захороненных на нем пленных. Для учета умерших военнопленных и мест их захоронений в каждом лагере или лагерном отделении заводили кладбищенскую книгу. В нее вносили следующие сведения: фамилия, имя, отчество, год рождения, национальность, воинское звание, дата смерти и дата захоронения, номер могилы и номер квадрата, в котором захоронен умерший. К кладбищенской книге прилагался план кладбища с разбивкой его на квадраты, указанием номеров квадратов и номеров имеющихся могил. Дополнительно для оперативного поиска заводилась алфавитная книга. В нее на соответствующую букву записывались фамилия и имя умершего, порядковый номер, под которым он записан в кладбищенской книге.

В послевоенные годы МВД СССР принимает ряд директив и распоряжений о мероприятиях по снижению заболеваемости и смертности в лагерях для пленных и интернированных, упорядочению учета умерших и содержанию мест их захоронения. Так, специальным распоряжением МВД СССР от 17 сентября 1947 г. № 597 министрам внутренних дел республик и начальникам УВМД по краям и областям СССР предлагалось в период с 20 сентября по 20 октября 1947 г. проверить состояние всех кладбищ, где производилось захоронение умерших военнопленных и интернированных. В случае отсутствия разрешения советских органов на занятие земельных участков требовалось добиться такового. В распоряжении прямо указывалось, что данная работа проводится в связи с возможностью посещения кладбищ представителями иностранных посольств и общественных организаций. В конце 1940-х гг. в связи с приближением сроков окончания репатриации контроль за состоянием мест захоронений военнопленных и интернированных был передан городским и районным отделам МВД. Распоряжением МВД СССР от 24 мая 1949 г. № 324 надзор за кладбищами военнопленных и интернированных передавался в ведение местных органов МВД. Для этого начальники управлений лагерей МВД, лагерных отделений, спецгоспиталей и командиры рабочих батальонов должны были привести все кладбища в надлежащий вид<sup>12</sup>.

В результате на протяжении послевоенных лет, а часто и в 1960–1970-х гг. некоторые кладбища военнопленных и интернированных находились на балансе местных Советов и под надзором органов МВД. Но за большинством кладбищ местные власти не ухаживали. В Челябинской области единственным исключением был участок захоронения военнопленных, расположенный на гражданском кладбище в Тракторозаводском районе областного центра. В Свердловской области уход осуществлялся за местом захоронения военнопленных на Нижнеисетском гражданском кладбище в Екатеринбурге. В начале 1980-х гг. расположенный там участок захоронения военнопленных был приведен в порядок, следил за его состоянием трест похоронного обслуживания. Причина особого внимания властей к месту захоронения военнопленных на Нижнеисетском кладбище заключалась в том, что его планировалось показывать приезжающим в город иностранным делегациям. Кроме того, в относительном порядке содержались кладбища военнопленных в Артемовске и Первоуральске.

Все это, однако, не означает, что кладбища военнопленных на Урале не сохранились. Проведенное нами в 1990-е гг. сплошное обследование всего массива иностранных воинских захоронений на территории Уральского региона показало, что и спустя много лет после окончания Второй мировой войны 3/4 кладбищ в той или иной степени сохранились. Причин несколько. Во-первых, Урал – это тыловой район, здесь не было военных действий, оккупации. В результате отношение к военнопленным и их могилам было иным, чем в западных районах страны. Во-вторых, из-за меньшей, по сравнению с более освоенными западными районами, плотности населения на Урале многие захоронения просто не оказались в зоне хозяйственной деятельности.

На протяжении 1950–1980-х гг. правовой статус иностранных воинских захоронений на территории нашей страны был достаточно неопределенным и регламентировался только положениями Женевской конвенции 1949 г. В соответствии с конвенцией подписавшие ее страны, в том числе и СССР, обязывались обеспечить сохранность и уход за находившимися на их территории воинскими захоронениями. Однако сложившаяся ситуация отнюдь не способствовала улучшению взаимопонимания с данными государствами, что стало особенно заметно на рубеже 1980–1990-х гг. Весьма настойчиво требовали информацию о состоянии мест захоронений и десятки тысяч граждан многих иностранных государств, чьи родственники погибли в годы Второй мировой войны и были захоронены на территории СССР.

В результате Советский Союз, а впоследствии Российская Федерация, подписали с этими странами соглашения о статусе воинских захоронений. Так, 18 апреля 1991 г. было заключено соглашение с Японией, 23 апреля 1991 г. – с Итальянской Республикой, 11 июля 1992 г. – с Финляндской Республикой, 16 декабря 1992 г. – с Федеративной Республикой Германия, 13 февраля 1995 г. – со Словацкой Республикой, 6 марта 1995 г. – с Венгерской Республикой<sup>13</sup>.

Согласно договору с Японией наша страна обязана предоставить другой стороне списки умерших в СССР японцев и сведения о дислокации мест их захоронений, содержать эти места в надлежащем порядке и оказывать содействие в установке памятных знаков и посещении кладбищ. В свою очередь Япония обязалась в случае необходимости эксгумировать и отправлять на родину останки японских военнослужащих, а также содержать в надлежащем порядке российские захоронения на своей территории. По соглашению с Италией наша страна должна предоставить информацию о захоронениях военнослужащих итальянской армии на территории Советского Союза и освободить от таможенных пошлин материалы, ввозимые для обустройства захоронений. Со своей стороны Итальянская Республика обязалась предоставлять России информацию о советских воинских захоронениях в Италии, а также обеспечить за свой счет установку памятных знаков и уход за ними на советских воинских захоронениях в Италии и на итальянских – в Советском Союзе<sup>14</sup>.

В соответствии с соглашениями с Германией, Словакией и Венгрией российская сторона обязана безвозмездно предоставить им земельные участки под воинские захоронения, обеспечить их сохранность и освободить от таможенных пошлин. В свою очередь данные государства обязались обеспечить сохранность российских военных могил на своей территории и взяли на себя расходы по благоустройству своих военных кладбищ в России. Таким образом, по данным соглашениями российская сторона обязана предоставить зарубежным партнерам информацию о нахождении мест захоронений военнослужащих их армий, а также должна оказывать содействие в проведении благоустроительных работ. В результате проблема иностранных воинских захоронений в России получила не только научное, но политическое и гуманистическое звучание, что было весьма значимо в условиях возврата нашей страны ко многим общечеловеческим ценностям.

Для обеспечения реализации указанных соглашений в ноябре 1991 г. Министерством обороны СССР совместно с Министерством обороны Итальянской Республики

в Москве была создана специальная структура – ассоциация международного военно-мемориального сотрудничества «Военные мемориалы». По юридическому статусу эта организация являлась товариществом с ограниченной ответственностью. Среди ее задач – организация поиска и учета иностранных воинских захоронений, подготовка информации о погребениях и персональном составе погибших, обеспечение благоустройства мест захоронений как советских, так и иностранных военнослужащих, осуществление контроля за состоянием воинских захоронений.

Постановлением Правительства РФ от 13 января 1995 г. № 33 «О мерах по реализации межправительственных соглашений и об обеспечении сохранности и порядка содержания российских (советских) воинских захоронений за рубежом и иностранных воинских захоронений в Российской Федерации» органам исполнительной власти субъектов РФ поручалось определить земельные участки, занятые под иностранными захоронениями, поставить их на учет и обеспечить предоставление в постоянное пользование (с освобождением от платы за землю в установленном порядке) этих участков организациям, уполномоченным Правительством России на реализацию указанных соглашений<sup>15</sup>. Уполномоченной Правительством организацией стала ассоциация «Военные мемориалы».

С начала 1990-х гг. на территории некоторых субъектов РФ осуществлялись интенсивные работы по поиску архивных документов, установлению мест захоронений иностранных граждан и обеспечению их сохранности. В первую очередь они проводились на территории Свердловской и Тамбовской областей. Из выявленных автором данной статьи архивных документов от 5 августа 1991 г. следует, что еще до создания в Москве ассоциации «Военные мемориалы» было опубликовано решение Свердловского облисполкома № 397 «Об организации работ по выявлению документальных материалов и мест захоронений советских и иностранных граждан, репрессированных в 1930–1950-е годы, и военнопленных Второй мировой войны» и создана специальная рабочая группа<sup>16</sup>. В соответствии с распоряжением правительства Свердловской области от 26 июня 1992 г. № 197-рп «Об установлении мест захоронений иностранных граждан» администрации городов и районов, на территории которых имелись захоронения иностранных граждан, должны были провести их учет и для обеспечения сохранности перевести в категорию земель историко-культурного назначения<sup>17</sup>.

Решением Малого совета Свердловского облсовета от 14 апреля 1993 г. № 17/17 занятые под захоронениями земли были отнесены к категории земель с особым правовым статусом и не подлежали приватизации. Постановлением главы администрации Свердловской области от 10 ноября 1994 г. № 546 «Об утверждении программы подготовки и проведении празднования 50-летия Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.» администрациям городов и районов области было поручено организовать работу по наведению порядка в местах захоронения немецких военнопленных<sup>18</sup>. Таким образом, в начале 1990-х гг. в центре и в отдельных регионах страны постепенно формировалась нормативная база, позволяющая приступить к поиску и благоустройству иностранных воинских захоронений в нашей стране.

В 1993 г. в соответствии с межправительственным соглашением с Германией в России началось благоустройство иностранных воинских кладбищ периода Второй мировой войны. Были восстановлены воинские кладбища в городах Красногорске и Люблино Московской области, Великие Луки Псковской области, Сестрорецке Ленинградской области, Великом Новгороде Новгородской области и др. На территории Урала данная деятельность началась в 1995 г., когда было благоустроено кладбище интернированных немцев в районе пос. Изоплит Екатеринбург. Всего в Свердловской области в 1995–2011 гг. за счет средств германской стороны было благоустроено 19 мест захоронений иностранных граждан. Среди них – кладбища в городах Алапаевск, Асбест, Артемовский, Березовский, Дегтярск, Екатеринбург, Каменск-Уральский, Красно-

турьинск, Нижний Тагил, Первоуральск, Реж, Сухой Лог и др. В Челябинской области были благоустроены кладбища интернированных в городах Копейск и Пласт.

Первоначально все работы велись германской стороной, как заказчиком, через ассоциацию «Военные мемориалы». В последние годы по межправительственному соглашению между РФ и ФРГ Народный союз Германии по уходу за военными могилами в рамках российского законодательства проводит значительную часть благоустроительных и эксгумационных работ непосредственно на территории субъектов РФ без участия посредников.

Одновременно на территории России, а также Белоруссии и Украины началась работа по установлению мест захоронений итальянцев. После их выявления боевые захоронения военнослужащих итальянской армии вскрывались, останки захороненных там людей эксгумировались и отправлялись на родину. В настоящее время эксгумированы, идентифицированы и отправлены в Италию останки нескольких тысяч военнослужащих итальянской армии. Из-за сложности идентификации останков итальянских военнопленных, захороненных в 1943–1944 гг. в братских могилах, было принято решение эксгумацию не проводить, а на местах их захоронений установить памятные знаки. В Свердловской области один такой знак еще в 1994 г. был установлен в пос. Рудник им. Третьего Интернационала г. Нижнего Тагила, второй – в пос. Басьяновский Верхнесалдинского района, где захоронены свыше тысячи пленных итальянцев. В Оренбургской области Итальянской Республикой памятный знак установлен в пос. Ак-Булак, в Пермской области – в г. Губаха и пос. Всеволодово-Вильва Александровского района.

В марте 1995 г. в г. Москве правительствами Российской Федерации и Венгерской Республики было подписано соглашение об увековечении памяти павших военнослужащих и гражданских жертв войны и статусе захоронений. В соответствии с ним стороны через уполномоченные ими органы обязались информировать друг друга о наличии и местонахождении российских воинских захоронений в Венгрии и венгерских захоронений в России. При этом стороны согласились также обмениваться данными о погибших в боях военнослужащих, умерших в плену, а также лицах, насильственно вывезенных на принудительные работы, и о местах их погребения на территории своих государств. Стороны обязались обеспечить защиту и право бессрочного сохранения российских и венгерских воинских захоронений, включая памятники и мемориальные объекты, расположенные в России и Венгрии. В соглашении указывалось, что каждая сторона за свой счет обеспечивает на территории своего государства содержание и уход за воинскими захоронениями другой стороны, включая памятники и другие мемориальные объекты<sup>19</sup>.

Анализ сохранившихся архивных материалов свидетельствует, что умершие на территории Свердловской области военнослужащие венгерской армии захоронены на 33 воинских кладбищах. Большинство этих кладбищ интернациональные, однако встречаются чисто венгерские захоронения. В настоящее время по «венгерской программе» на Среднем Урале восстановлены кладбища в городах Верхняя Тура, Екатеринбург, Красноуральск, Нижний Тагил, Новая Ляля и Ревда. Кроме того, на местах захоронения венгерских военнослужащих в области установлено 25 памятных знаков.

Весьма активно работы по «венгерской программе» велись и в других областях Уральского региона. Так, в Оренбургской области благоустроено 5 кладбищ и установлено 8 памятных знаков. В Челябинской области – 2 кладбища (оба в Магнитогорске) и 12 памятных знаков. В Пермской области – 3 кладбища и 8 памятных знаков. В Удмуртии благоустроено кладбище в пос. Рябова Увинского района и установлено 6 памятных знаков. Памятный знак установлен венгерской стороной в г. Шумиха Курганской области, а также на Парфеновском кладбище Тюмени.

В марте 1995 г. между правительствами России и Венгрии был также подписан Протокол об использовании части задолженности бывшего Союза Советских Социалисти-

ческих Республик Венгерской Республике для обустройства венгерских воинских захоронений на территории России. Стороны договорились о том, что погашение долга будет осуществляться в рамках предоставления некоторых видов услуг нетоварного характера, а также проведения работ по эксгумации, переносу останков и обустройству венгерских воинских захоронений в России<sup>20</sup>.

Обследование мест захоронений военнопленных Второй мировой войны показало, что на территории восточных районов России можно благоустроить далеко не все иностранные воинские кладбища. Часть из них оказалась в городской черте и в настоящее время не сохранилась. Другие, наоборот, расположены в глухой тайге в тех местах, где активно велись лесозаготовки и торфоразработки. В военные и первые послевоенные годы крупномасштабные лесозаготовительные работы осуществлялись в северных и северо-восточных районах Свердловской области, особенно в Новолялинском районе. Там дислоцировался «лесной» лагерь № 318, основную часть его контингента составляли венгры. Первое отделение лагеря размещалось в г. Новая Ляля, остальные три – в отдаленных лесных районах.

Особо отдаленными оказались кладбища военнопленных, расположенные в 54-м и 88-м лесных кварталах Новолялинского лесничества в 20–25 км от ближайшего жилья, в глухой болотистой тайге. Труднодоступность обнаруженных там венгерских кладбищ значительно усложняла и удорожала благоустроительные работы. При этом осуществлять регулярный уход за данными кладбищами в случае их восстановления было бы практически невозможно. В этой ситуации венгерская сторона приняла решение о проведении эксгумаций двух кладбищ и перезахоронении обнаруженных останков на благоустроенном воинском кладбище в г. Новая Ляля.

Работы по эксгумации останков военнопленных венгерской армии были проведены нами во второй половине августа 1998 г. Конец лета – единственно возможное время для ведения этих работ на данной территории: до середины августа опасность представляют энцефалитные клещи, в сентябре начинаются дожди, переходящие в снег. Труднодоступный характер местности обусловил невозможность применения землеройной техники, и все работы проводились вручную. Оба кладбища сильно заросли травой, кустарником и деревьями, поэтому перед началом эксгумации для определения границ захоронений была расчищена территория. Потом выяснилось, что на каждом кладбище просматриваются только 3–4 могилы. Поэтому при поиске остальных захоронений применялась следующая методика: пробивались неглубокие траншеи и определялись по вертикальному срезу участки перемешанного грунта и следы золы. Судя по датам смерти, большинство захоронений были зимними, и при копке могил для оттаивания грунта жгли костры<sup>21</sup>.

Проведенная таким образом эксгумация останков военнослужащих венгерской армии показала, что все умершие были захоронены в гробах на глубине 1,2–1,8 метра. Грунт на кладбищах был очень тяжелый – сырая глина, поэтому гробы хорошо сохранились, часть из них пришлось даже вскрывать. Работы на местности показали, что составляемые работниками МВД кладбищенские схемы часто бывают не совсем точными и дают лишь ориентировочные координаты как самого захоронения, так и расположенных на нем могил. Если архивная схема расположения могил на захоронении военнопленных в 88-м лесном квартале в целом соответствовала реальности (только одна могила находилась в десяти метрах в стороне), то в 54-м квартале – нет. Рядов оказалось меньше, чем было указано на схеме, в первом из них обнаружили останки не пяти, как на схеме, а девяти человек. Таким образом, эксгумировали останки 31 венгерского военнопленного (из 32 по списку), которые были помещены в специальные пластиковые мешки, маркированы и захоронены на иностранном воинском кладбище в г. Новая Ляля. Эксгумационные работы на еще одном венгерском кладбище в Новолялинском районе были осуществлены в 1999 г.<sup>22</sup>

Единственная страна, которая пытается осуществить эксгумацию и отправку на родину останков военнопленных, — это Япония. В ходе Второй мировой войны в советском плену оказалось 640 тыс. солдат японской армии. Основная часть военнопленных японцев была размещена на Дальнем Востоке, однако многих отправили на Урал. Проблемой захоронений военнослужащих японской армии на протяжении многих лет занимается специальный отдел Министерства здравоохранения и благосостояния Японии. Японская сторона настаивает на возвращении останков военнослужащих на родину, и такого рода работы в настоящее время активно проводятся на территории Сибири и Дальнего Востока. Там захоронено свыше 50 тыс. военнопленных японцев из состава Квантунской армии. Во второй половине 1990-х гг. работы осуществлялись ассоциацией «Военные мемориалы» в Свердловской и Оренбургской областях, в них участвовал и автор данной статьи. В том случае, когда проведение эксгумации не представлялось возможным, в память об умерших в плену военнослужащих японской стороной устанавливался памятный знак. В 2000 г. такой знак появился на кладбище спецгоспиталя № 2929 МВД СССР в Нижнем Тагиле. Второй памятный знак установили в 2008 г. в Оренбурге, где на месте бывшего кладбища возведен микрорайон.

На территории Свердловской области есть и захоронения военнослужащих финской армии. В соответствии с соглашением между правительствами Российской Федерации и Финляндской Республики о сотрудничестве в увековечении памяти российских (советских) военнослужащих в Финляндии и финских военнослужащих в России, погибших в период Второй мировой войны, в 1998 г. в Асбесте Свердловской области в присутствии представительной делегации Финляндской Республики состоялось открытие памятного знака на кладбище военнопленных лагеря № 84.

Таким образом, на основании существующей в настоящее время нормативно-правовой базы на территории Удмуртии, Курганской, Оренбургской, Пермской, Свердловской и Челябинской областей Федеративной Республикой Германия благоустроено 21 кладбище военнопленных Второй мировой войны, Венгерской Республикой благоустроены 18 кладбищ и установлены 60 памятных знаков, 5 памятных знаков установлены Итальянской Республикой, 2 — Японией и один — Финляндской Республикой.

<sup>1</sup> Военнопленные в СССР, 1939–1956. Документы и материалы. М., 2000. С. 12.

<sup>2</sup> Архив УФСБ РФ по Свердловской области. Ф. 1. Оп. 1. Д. 161. Л. 43.

<sup>3</sup> Там же. Л. 43–44.

<sup>4</sup> Еськов В. Н., Мотревич В. П. Военнопленные Второй мировой войны на Урале. Екатеринбург, 2007. С. 9.

<sup>5</sup> Там же. С. 13.

<sup>6</sup> РГВА. Ф. 1. и/т. Оп. 19. Д. 4. Л. 4.

<sup>7</sup> Галицкий В. П. Вражеские военнопленные в СССР (1941–1945 гг.) // Военно-исторический журн. 1990. № 9. С. 44–45.

<sup>8</sup> РГВА. Ф. 1 а. Оп. 1 е. Д. 96. Л. 32–34.

<sup>9</sup> Военнопленные в СССР. С. 162.

<sup>10</sup> Там же. С. 462–463.

<sup>11</sup> РГВА. Ф. 1 е. Оп. 15. Д. 341. Л. 26.

<sup>12</sup> Военнопленные в СССР. С. 508, 528.

<sup>13</sup> Бюл. междунар. договоров. 1996. № 12. С. 31–32.

<sup>14</sup> Там же. 1996. № 10. С. 61–63.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 1995. № 4. С. 538.

<sup>16</sup> ГАСО. Ф.88. Оп. 2. Д. 54. Л. 144.

<sup>17</sup> Архив Администрации Губернатора и Правительства Свердловской области.

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> Бюл. междунар. договоров. 1996. № 12. С. 31–32.

<sup>20</sup> Там же. С. 32.

<sup>21</sup> Мотревич В. П. Эксгумация останков венгерских военнопленных в Новолялинском районе Свердловской области // Урал индустриальный. Третья региональная научная конференция. Екатеринбург, 1999. С. 120.

<sup>22</sup> Там же. С. 120–121.

К. Беше-Головко\*

Рец. на кн.: *Васильева С. В.* Конституционно-правовой статус политической оппозиции. – М.: Институт права и публичной политики, 2010. – 234 с.

Книга С. В. Васильевой «Конституционно-правовой статус политической оппозиции» представляет особенный интерес в контексте современной российской действительности, поскольку реабилитирует применение понятия «политическая оппозиция» в юридической науке.

Сегодня российская конституционно-правовая теория находится в несколько деликатной ситуации. С одной стороны, свобода слова гарантирована и, таким образом, можно развивать свои взгляды, концепции, а также объективно использовать сравнительный опыт для анализа механизмов российского конституционного права. С другой стороны, объекты конституционного права пересекаются с объектами политических и других общественных наук: смежные сферы знаний нередко отличаются только собственными методологическими подходами. Обычно данный факт не вызывает особых трудностей, но осложняет изучение некоторых категорий, в том числе понятия «политическая оппозиция», имеющего важное политическое значение. В какой-то мере понятие «политическая оппозиция» было дискредитировано в юридической науке, поскольку слишком часто это явление ассоциировалось с действиями определенной части гражданского общества, которая намеренно, а иногда жестоко противодействует власти. Юристы ставили понятие «политическая оппозиция» в один ряд с понятиями «экстремизм», «несанкционированная манифестация» или связывали его с проблемами избирательного процесса. На самом деле, важность познания феномена политической оппозиции с точки зрения юридической науки связана не столько с выборным процессом, сколько с требованиями фундаментального развития конституционно-правовой теории в контексте укрепления демократических ценностей в современной России. Цель осмысления юридической наукой этого понятия четко поставлена во введении книги. Автор хочет разрушить ряд мифов, в частности миф о том, «что политическая оппозиция – это тема чисто политическая», хотя и не отрицает, разумеется, межотраслевого характера интересующего ее явления. Поэтому можно только приветствовать написание монографического исследования на данную тему.

Определяя свой объект, С. В. Васильева использует все возможности, предоставленные юридической наукой, т.е. сравнительный подход, исторический и политический контексты развития понятия, онтологический анализ, позитивизм, но без экстремального нормативизма. Богатство научного аппарата монографии позволяет глубоко и широко изучить явление политической оппозиции, опираясь на принцип политической конкуренции (гл. 1). Таким образом, определяется место политической оппозиции в контексте основного для демократических стран принципа политического плюрализма (с точки зрения теории и реальности), который, как известно, предусмотрен и Конституцией РФ.

Автор анализирует развитие в России феномена «партии власти», подчеркивая, что «в любом демократическом государстве необходимы механизмы ограничения чрезмерного доминирования одной партии, у которой большинство мест в парламенте и к которой лояльно правительство, а следовательно, имеются рычаги давления на всех участников политического поля». Во второй главе исследователь с онтологической точки зрения рассматривает роль и конкретное содержание действий политической

\* Беше-Головко Карин – доктор публичного права Университета Монпелье I (Франция). E-mail: bechet.golovko@mail.com.

оппозиции. Амбивалентный характер деятельности политической оппозиции здесь особенно отчетливо прослеживается в связи с ее позитивной и деструктивной ролями. Как подчеркивает автор, политическая оппозиция «поддерживает в обществе и государстве атмосферу альтернативы мнений, обеспечивает их конкуренцию», в чем и заключается ее позитивная роль. Что касается «деструктивной» роли, когда деятельность оппозиции «связана с объективным конфликтом мнений» меньшинства и большинства, то здесь автору можно задать несколько вопросов.

Можно ли действительно называть оппозицией политическое меньшинство, которое сейчас представлено в парламенте? Когда конфликт мнений приобретает фундаментальный характер, т. е. когда он не может быть преодолен «техническим» компромиссом, то какие возможности выражения своего мнения политическая оппозиция имеет при нынешней политико-правовой системе? Ведь ясно, что она сразу оказывается *вне системы*, поскольку не располагает возможностью честно участвовать в выборах и, следовательно, в нормальном политическом процессе, почти не имеет доступа к СМИ и т. д. Тогда, конечно, она вынуждена развивать параллельную систему, в рамках которой у нее будет свое место, но которая, естественно, вредит интересам государственной системы как таковой. Конфликт в этой ситуации становится чрезмерно опасным: он уже не сводится к разногласию между большинством и оппозицией — к различию в их позициях по какому-то важному вопросу (что считается нормой при плюрализме), а выглядит как конфликт систем, что никак не укладывается в конституционно-правовое русло. В этом смысле оппозицию можно назвать «деструктивной», но стоит вспомнить, что причиной деструктивного характера так называемой несистемной политической оппозиции является сама нынешняя российская политическая система, причем не столько из-за несовершенства правового регулирования (здесь с автором монографии опять-таки можно поспорить), сколько из-за неадекватного, даже извращенного толкования и понимания носителями властных функций (от законодателя и судей до ОМОНа) права в целом и прав человека в частности.

В монографии С. В. Васильевой обсуждаются и другие важные проблемы, прежде всего проблемы модели статуса политической оппозиции (гл. 3) и ее правовой институционализации (гл. 4). Не имея возможности рассмотреть их здесь всесторонне, хотелось бы остановиться только на двух аспектах: конституционно-правовом значении политической оппозиции в современной России и сложном положении ее парламентского крыла.

В любых правовых системах место, предоставленное политической оппозиции, позволяет оценивать подлинность плюралистического характера соответствующей конституционной системы. Оппозиция по своей природе мешает. Она мешает потому, что ставит вопросы, на которые у политического большинства нет положительных ответов, а также предлагает ответы, не устраивающие большинство. Иначе говоря, политическая оппозиция заставляет политическое большинство рассматривать альтернативные пути развития страны, способные «вредить» интересам политического большинства, но служащие на благо государства. Однако правила, которым политическая оппозиция должна следовать, придуманы не ею: рамки ее действий находятся в полной зависимости от честности и «щедрости души» политического большинства. Это не согласуется с предположением о том, что в любой стране должны быть определенные механизмы защиты прав оппозиции, причем действующие системно, иначе они неэффективны и теряют смысл. Во-первых, это касается установления правового режима осуществления разных свобод, прежде всего свободы мысли и слова, на что автор справедливо обращает внимание. В конкретной плоскости та или иная правовая система может создавать больше или меньше трудностей для выражения оппозиционерами их мнения в СМИ, проведения ими манифестаций, организации забастовок, создания политических партий и т. д. Иногда такие сложности становятся непреодолимыми, в том числе с практической точки зрения. Во-вторых, действительность прав оппозиции будет зависеть

от ряда факторов: честности выборов (гарантирует периодическую и мирную сменяемость власти), независимости судебной системы (позволяет объективно рассматривать в судебном порядке конфликты власти с оппозицией), низкого уровня коррупции (обеспечивает соблюдение правовых норм госорганами) и высокого экономико-социального уровня развития общества. Только при наличии названных факторов оппозиция может эффективно реализовать свою миссию. В России сегодня затруднения, создаваемые властью для политической оппозиции, по сути, непреодолимы в силу некачественного характера законодательства и практики его применения. Встречаются, например, сугубо популистские «гарантии для оппозиции», такие как обязательство для Думы организовать, как минимум, раз в году встречу с политическими партиями, не имеющими избранных представителей в парламенте. Есть откровенно некачественные законы, как, допустим, Закон о гарантиях равенства парламентских партий при освещении их деятельности государственными общедоступными телеканалами и радиоканалами, где «защита прав» придумана исключительно для думских партий (что блокирует развитие других оппозиционных партий) и не учитывает ни рейтинг телеканалов, ни время выхода передач, обеспечивая, таким образом, чисто формальное равенство между партиями. Что касается исполнения законодательства, то, наблюдая, как Верховный Суд РФ защищает права политических партий в избирательном процессе, нетрудно представить себе уровень независимости судебной системы. Столь же хорошо известно, насколько сложно оппозиционным партиям зарегистрировать своих кандидатов на любые выборы, невзирая на многочисленные формальные реформы в данной области. Иными словами, для того чтобы политическая оппозиция заняла соответствующее положение, необходимы изменения и в правовой системе России, и в политической культуре страны. В конце концов, политическое большинство должно знать, что оно также может оказаться в оппозиции, а это, строго говоря, неизбежно в рамках нормального политического процесса.

Формально распределение ролей в парламенте позволяет четко определить, где большинство и какую оно исповедует политическую идеологию, где меньшинство и как оно сотрудничает с большинством, где подлинная оппозиция и можно ли к ней причислить меньшинство и т. д. Члены политических партий в парламенте представляют не столько сами политические партии, сколько плюрализм политических взглядов, существующих в обществе. В случае, когда непонятно, кто, где и «с какой стороны» находится, вся логика представительной формы демократии оказывается безнадежно искажена. Вследствие этого депутаты и от большинства, и от оппозиции теряют свою легитимность, потому что люди элементарно перестают им верить, в чем их совершенно невозможно упрекнуть. Декоративный характер распределения политических сил в российском парламенте уже не вызывает сомнений, что прекрасно иллюстрируется сложным положением С. М. Миронова (независимо от его политического будущего) — члена одной партии и представителя политического большинства, сформированного другой партией. Поэтому основной вопрос сводится к следующему: есть ли в российском парламенте политическая оппозиция? Вопрос, конечно, поставлен несколько провокационно, но декоративный характер официальной политической жизни России настолько исказил функционирование конституционных институтов, что ныне возник риск глобальной утраты доверия к ним и затем утраты легитимности всей государственной системы. Иными словами, только реабилитация политической оппозиции как основного правового института позволит государственной системе действовать должным образом и соответствовать закону.

В заключение можно только согласиться с выводом автора книги о том, что «юридическую науку нужно существенно обогатить знанием относительно правового содержания политической оппозиции». Нам остается только в очередной раз поприветствовать опубликование книги С. В. Васильевой и выразить надежду на дальнейшее развитие юридического анализа института политической оппозиции.

ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ  
К «РОССИЙСКОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»

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

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

Подписано в печать 16.09.11. Формат 60×84/8.  
Усл. печ. л. 7,56. Уч.-изд. л. 8,95

Издательский дом  
«Уральская государственная юридическая академия».  
620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23.  
Тел.: 375-58-31, 374-32-35. E-mail: idom@list.ru