

ISSN 2219-6838



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

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

Основано в 2010 году

6/2011



electronic.ruzh.org

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор – **Федоров Игорь Вадимович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА
Алексеева Ольга Геннадьевна, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Безбородов Юрий Сергеевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА (зам. гл. редактора); **Белых Владимир Сергеевич**, доктор юридических наук, профессор, 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; **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; **Стариков 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: 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207

Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:

620137, 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

ГОСУДАРСТВОВЕДЕНИЕ И ПОЛИТОЛОГИЯ

Васильев А. А. (Барнаул) Консервативно-футуристическая концепция государства
С. Ф. Шарапова 5

Худолей Д. М. (Пермь) Структура избирательного права
Российской Федерации 10

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

Таназеску С. (Бухарест, Румыния) Роль судьи в определении
уголовного права 17

Андреева И. А. (Омск) Генезис, становление и развитие
Национальной жандармерии Франции 32

Шайхатдинов В. Ш., Силкина Е. А. (Екатеринбург)
Вопросы права социального обеспечения в германской литературе 44

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Ведель И. А. (Екатеринбург) Правовые аспекты деятельности
дипломатических представительств и консульских учреждений
в сфере защиты прав граждан за рубежом 50

ЭКОНОМИКА И ПРАВО

Кузнецова О. В. (Екатеринбург) О правовом регулировании
иностраннных инвестиций 56

ЮРИДИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ЭКОЛОГИИ

Яковлева Т. А. (Якутск) Анализ законов субъектов Российской Федерации
об административных правонарушениях в области лесопользования 60

♦ Обсуждаем вопросы и проблемы совершенствования
лесного законодательства на федеральном и региональном уровнях 65

ВАША БИБЛИОТЕКА

Яковлев А. А. (Екатеринбург) Рец. на кн.: *Марочкин С. Ю.* Действие
и реализация норм международного права в правовой системе
Российской Федерации: монография. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. – 288 с. 68

CONTENTS

PUBLIC ISSUES AND POLITICAL SCIENCE

- Vasilyev A. A. (Barnaul)* Conservative futurist concept of the state
 S. F. Sharapova 5
- Khudoley D. M. (Perm)* The structure of the electoral law
 of the Russian Federation 10

COMPARATIVE JURISPRUDENCE

- Tanasescu S. (Bucarest, Romania)* Le role du juge dans la definition
 du droit penal 17
- Andreeva I. A. (Omsk)* The origin, the formation and the development
 of the French Gendarmerie nationale 32
- Shayhatdinov V. Sh., Silkina Ye. A. (Yekaterinburg)* Questions of law
 of social security in the German literature 44

INTERNATIONAL LAW

- Vedel' I. A. (Yekaterinburg)* Legal aspects of activities
 of diplomatic representations and consular offices
 to protect the rights of citizens living abroad 50

ECONOMICS AND LAW

- Kuznetsova O. V. (Yekaterinburg)* About legal regulation of foreign
 investments guarantees 56

JURIDICAL ASPECTS OF ECOLOGY

- Yakovleva T. A. (Yakutsk)* The analysis of laws of subjects of the Russian Federation
 about administrative offences of forest use 60
- ◆ Discussion on questions and problems of improvement of forest legislation
 on federal and regional levels 65

LIBRARY

- Yakovlev A. A. (Yekaterinburg)* Review of the book: *Marochkin S. Yu.* Action and
 implementation of international law in the legal system of the Russian Federation:
 monography. – M.: Norma: INFRA-M, 2011. – 288 p. 68

А. А. Васильев*

КОНСЕРВАТИВНО-ФУТУРИСТИЧЕСКАЯ КОНЦЕПЦИЯ ГОСУДАРСТВА С. Ф. ШАРАПОВА**

Статья посвящена малоизвестному в современной науке учению о государстве С. Ф. Шарапова – неославянофила конца XIX в. Осуществлена попытка реконструировать политико-правовые взгляды С. Ф. Шарапова на основе его футуристических произведений «Диктатор» и «После победы славянофилов». К числу идей С. Ф. Шарапова можно отнести веру в самодержавие, православный идеал соборности, необходимость восстановления роли православного прихода, расширения функций и самостоятельности местного самоуправления.

Ключевые слова: консерватизм, традиционализм, охранительство, соборность, славянофилы, самодержавие, православие, приход, бюрократия

The article deals with the little-known in modern science the doctrine of state S. F. Sharapova – neoslavophile of end of the XIX century. The author tried to reconstruct the political and legal views of S. F. Sharapov on the basis of his futuristic novels «The Dictator» and «After winning the slavophiles». Among the ideas S. F. Sharapova – belief in autocracy, the orthodox ideal of catholicity, the need to restore the role of an orthodox parish and promote the role and independence of local self-government.

Key words: conservatism, traditionalism, ohranitelstvo, catholicity, slavophiles, autocracy, orthodoxy, parish, bureaucracy

Сергей Федорович Шарапов (1855–1911) относится к числу оригинальных продолжателей дела славянофилов. Его биография пронизана борьбой за воплощение надежд славянофилов. Сергей Федорович происходил из родовитых дворян, окончил Инженерное училище, а в 1876 г. ушел добровольцем на войну с турками. Лично руководил военным сражением, был пленен венграми и отпущен в 1877 г. Симпатии к идее освобождения балканских славян сблизили С. Ф. Шарапова с И. С. Аксаковым, которого он стал считать своим учителем.

Прославился С. Ф. Шарапов и тем, что в своем имении устроил образцовое хозяйство, производил конные плуги, которые имели большой спрос в России. По вопросам хозяйства и экономики им было выпущено немало работ. Представляет интерес и имеет актуальность его труд «Бумажный рубль», в котором он предлагал отказаться от золотого рубля и построить денежную систему на бумажных рублях, которые подкрепляются доверием к русской верховной власти. При этом регулирование экономики должно было освободить страну от бирж и спекуляции. По его мнению, любой труд и предпринимательство должны носить производительный характер и служить общей нравственной идее. Как и И. С. Посошков, С. Ф. Шарапов относится к плеяде создателей теории русского нравственного хозяйства, где ведущими факторами являются не корысть и прибыль, а добро, справедливость, сохранение общежития как осуществление идеала соборности.

* Васильев Антон Александрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Алтайского государственного университета (Барнаул). E-mail: anton_vasiliev@mail.ru.

** Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках научно-исследовательского проекта РГНФ «Консервативная правовая доктрина России: исторические и теоретические аспекты», проект № 11-03-00521а.

С 1880-х гг. С. Ф. Шарапов активно занимается публицистикой, основывает журналы «Русь», «Русский труд», сотрудничает с «Русской беседой». За острые выпады в адрес С. Ю. Витте журналы закрываются, и то, что удаётся опубликовать Сергею Федоровичу, выходит под самыми туманными названиями: «Сугробы», «Посевы» и т. п. В целом вплоть до своей смерти он подвергался как государственной, так и журналистской травле за свою прямоту, честность и откровенность. Особую нелюбовь вызывал он у еврейской диаспоры, поскольку в евреях он видел источник эксплуатации русского населения, корысти и жажды прибыли, разоряющих Россию. Возможно, что за его таинственной ранней смертью в 1911 г. скрыты чьи-либо преступные замыслы.

После революции 1905 г. С. Ф. Шарапов становится одним из организаторов Союза русских людей, а немного позднее сам создает Русскую народную партию, не имевшую, правда, большого успеха в политической среде.

Среди государствоведческих работ С. Ф. Шарапова нужно отметить две: «Московский сборник» (1887), включавший произведения Ф. М. Достоевского, И. С. Аксакова, А. А. Киреева, и сборник «Теория государства у славянофилов» (1898), объединявший статьи славянофилов, а также содержащий весьма интересную работу Сергея Федоровича «Самодержавие и самоуправление». В этой статье он обосновал необходимость возвращения России к сочетанию самодержавия с земским самоуправлением при ликвидации засилья бюрократии, нарушившей общение между царем и народом.

Свои политико-правовые взгляды он выразил в двух художественно-публицистических произведениях «После победы славянофилов» и «Диктатор». Эти работы уникальны, поскольку представляют собой футуристические проекты устройства России на основе русской традиции. Иными словами, это консервативные проекты будущей России, в которой восторжествовали славянофильские идеалы. Жанр и обращенность в будущее произведений Сергея Федоровича ставят его особняком среди консервативных мыслителей рубежа двух столетий. В своих работах он предстал в качестве последовательного ученика славянофилов, дополнив их учение экономической концепцией и детальной разработкой государственного механизма России.

С. Ф. Шарапов, следуя заветам славянофилов, одной из болезней русского строя считал созданную Петром I бюрократическую систему управления. По его мнению, бюрократия, встав на место земщины, постепенно губила страну формализмом, волокитой, взятками, хищениями и другими злоупотреблениями. По этой причине реформы русского царя должны быть направлены на постепенное сокращение и минимизацию бюрократии, не способной эффективно и справедливо управлять Россией. На смену бюрократии должно вернуться старое, московское земское самоуправление, которое когда-то спасло Россию и утвердило царскую власть.

Идеальное состояние русского строя он представлял в виде соборного единения царя, народа и русской православной церкви: «Идеал русского гражданского и политического устройства, выясненный славянофилами и вполне отвечающий народному представлению о личности, „мире“ и Государе, таков: отдельное лицо, физическое или юридическое, — полный хозяин владеемого им клочка земли. Земщина в лице лучших излюбленных людей — полный хозяин своей области или города. Государь-самодержец — полный хозяин всей Русской земли, в верховной полноте прав которого заключаются права как частных лиц, так и земств. Как частное лицо не может присвоить себе земские права, ибо само целиком со всеми своими правами входит в земщину, так и земство не может ни с какой стороны посягнуть на права верховной власти, ибо со всеми своими правами тонет в безграничном объеме прав целого народа, воплощающихся в живой, свободной личности Царя, которому всецело принадлежит действие, внушаемое его разумом и совестью и незримо направляемое и одобряемое всенародным общественным мнением. И над всем этим, все обнимая собою, включая и сравнивая в едином трепете о спасении души, единой молитве и единой ответственности перед Богом: и Царя с его само-

державием, и земщину с ее самоуправлением, и последнего крестьянина с его свободой и собственностью, — высится Христова Церковь»¹.

По мнению С. Ф. Шарапова, соборный идеал нужно понимать не как отдельное, автономное существование самодержавия, земства и церкви, а как их гармоническое соединение. Наиболее подходящими формами осуществления симфонии церкви и государства, земщины и государственности он считал земские соборы и выстроенные от приходов до уездов и городов собрания православных. В таких формах бытовое, земское, духовное и политическое находятся в тесном переплетении. А главное, приход может стать местом консолидации верующих и защиты русской духовной культуры от инородцев.

Проекты спасения России от смуты и устройства государства, описанные С. Ф. Шараповым в «Диктаторе», предполагали ряд эволюционных мер:

- 1) формирование областей взамен губерний, в которых все функции управления будут принадлежать земщине, а не чиновничьему аппарату;
- 2) на уровне центральной власти практически полностью устраняются органы государственной власти исполнительно-распорядительного характера;
- 3) армия, оборона, финансы остаются за царем, и при нем формируется совет из представителей земского самоуправления;
- 4) главной административной, земской, церковной единицей должен стать православный приход с собственной кассой, имуществом и органами управления;
- 5) церковь должна вернуться к своему автономному положению через проведение Церковных соборов и избрание патриарха;
- 6) для наиболее важных вопросов царь может совещаться со всей землей путем созыва Земского собора на основе сословного и корпоративного принципов;
- 7) все вопросы местной жизни, образование, здравоохранение, охрана порядка должны перейти в ведение земских органов управления, устранив всякий чиновничий произвол и бюрократизацию из сферы управления².

В произведении «После победы славянофилов» С. Ф. Шарапов описывает то время, когда через 50 лет — в 1950-х гг. — в России побеждает учение славянофилов. Россия расширяет свои границы и включает в себя территории славянских государств, в том числе Польши, Сербии, Чехии, Хорватии, а также православных стран — Палестины, Греции. Столицами становятся Киев, Москва, Петербург, но центром России оказывается заветная мечта всех православных славян — Царьград. Новое государство основано на федералистских началах, как и мечтали славянофилы. На юге границы России раздвигаются вплоть до Персии, Афганистана и доходят до Индийского океана.

В сфере государственного управления сочетаются самодержавие и областное земское самоуправление, мельчайшей единицей которого является приход. Приход обладает собственным имуществом, кредитом и кассой. Полностью устраняются деньги, а все операции отражаются в приходской кассе, которую невозможно обойти. Каждый член прихода имеет столько средств, сколько труда им было вложено. Для отражения расчетов выдаются чековые книжки, а товары приобретаются по разработанным образцам.

Каждый приход состоит из приходского собрания, избравшего старосту, полицейского, священника. Все основные проекты государственных решений обсуждаются на приходском собрании.

Следующая ступенька местного управления — земское и городское управление, формируемое из представителей приходов. Земские и городские собрания делегируют гласных в областное собрание. Областью же руководит назначенный царем наместник. Однако рядом с наместником стоит областной предводитель дворянства, избранный уездными предводителями. Области получают практически полную свободу управления по большинству вопросов. За царем сохраняются прерогативы по общим вопросам: обо-

рона, армия, внешняя политика, денежное управление, а также функции государственного контроля и последнего суда. Вместе с тем на уровне центрального управления полностью ликвидируется промежуточное звено между царем и народом — бюрократия.

Система органов центрального управления во главе с верховной властью самодержца по проекту С. Ф. Шарапова выглядела так:

- 1) Государственный совет как законодательный орган, включающий представителей от областей;
- 2) Народнохозяйственный совет по экономическим вопросам;
- 3) Сенат как орган надзора за исполнением законов;
- 4) Верховный кассационный суд;
- 5) управления (Большая Казна, Державная Казна, управления почт, телеграфов, торговли, наук и т. п.).

При этом самодержавие ни на йоту не теряет своего полновластия и единства. Все законопроекты подаются как мнения на утверждение царя. За государственным управлением налажен царский контроль и контроль общественного мнения — печать и местное самоуправление, представители в советах при царе. На местном уровне царские полномочия реализуются через финансовый контроль за всеми доходами и расходами и судебную деятельность. Один из героев «После победы славянофилов» подчеркивает: «Самодержавие в его истинном свободном виде недробимо и неделимо. Следовательно, Государь не может и не должен быть только вершиной бюрократической пирамиды. Он Самодержец, а не глава бюрократии. Под ним не механизм бумажного управления с передачей власти из руки в руки, но ряд живых организмов, самоуправляющихся по данному им закону области... Централизация и у нас есть, но какая? Техническая... Почтовый чиновник... это не власть, это служебные элементы государства. Вся общественная власть возникает из выборов, вся государственная власть в руках Царя... Теперь и правящие, и управляемые стоят рядом и равноправны перед лицом своего верховного судьи — самодержавного Царя. Пока их спор между собой не выходит из рамок закона, личное вмешательство верховной власти не требуется. Но вот закон бессилён, или страдает несовершенством, или прямо указывает, что дело должно взойти на личное решение Государя. Тогда во всей силе и полноте проявляется самодержавная власть Царя, и спор решен. Мы признаем только личное самодержавие Царя, он один выше закона, все остальные подзаконны»³.

С. Ф. Шарапов в своей футуристической концепции воссоздает славянофильскую идею государя и земского дела, их соборного единства и автономии. В рассуждениях Сергея Федоровича проступают нравственно-юридические черты русского самодержавия:

царь как носитель высшей правды, последнего земного суда;
правление царя не на основе сухого закона, а на основе совести и правды;
для восприятия самодержцем мнения, совета народа необходимы земские представители и соборы.

Наконец, С. Ф. Шарапов детально описывает грядущие реформы церкви:
восстановление патриаршества;
создание епархий;
выборность священников, епископов;
превращение прихода в место соборного общения верующих и сочетание бытового, земского, государственного начал;
признание старообрядцев частью церкви при разрешении им совершения традиционных обрядов;
крещение в православие Польши по доброй воле.

Сергей Федорович Шарапов первоначально переход к национальной государственности видел в том, что постепенно здоровые национальные силы воспрянут и одолеют

диктат петербургского чиновничьего аппарата мирным, естественным органическим путем. Возрождение России начнется снизу, с земства и приходов, как это случалось в предшествующие эпохи – в Смутное время, в период Отечественной войны 1812 г.

Однако события 1905 г. и появление в России Государственной Думы, партийной системы заставили С. Ф. Шарапова пересмотреть свои взгляды на воплощение славянофильских проектов в жизнь. Новое «смутное время» он предлагал превозмочь путем назначения российским императором уполномоченного диктатора из военного сословия. Именно на диктатора, имеющего неограниченное доверие царя, он возлагал надежды, связанные с отменой парламентских учреждений, борьбой с революционными смутьянами и наведением порядка в печати. Диктатор должен создать условия для выздоровления России и пробуждения национального самосознания в уездах и городах, набирая новую команду министров, которые примутся за постепенное переустройство государственного управления в России, минимизировав слабые стороны бюрократического стиля правления.

Таким образом, как и большинство консервативных мыслителей России, С. Ф. Шарапов стоял за наиболее полное осуществление идеала целостной, соборной государственности во главе с русским самодержцем.

¹ Шарапов С. Ф. Самодержавие и самоуправление // Теория государства у славянофилов. М., 1898. С. 36.

² Шарапов С. Ф. Диктатор // После победы славянофилов. М., 2005. С. 145–195.

³ Шарапов С. Ф. После победы славянофилов. С. 83–84.

Д. М. Худолей*

СТРУКТУРА ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Анализируются понятия «избирательное право», «избирательное законодательство». Определен статус избирательного права в системе права России. Выявлены структурные элементы избирательного права: общая и особенная части. Эти элементы в основном содержатся в Федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», поэтому предложено отказаться от создания избирательного кодекса РФ.

Ключевые слова: избирательное право, избирательное законодательство, структура избирательного права

Concepts «the electoral law», «the electoral legislation» are analyzed. The electoral law status in the legal system of Russia is defined. Structural elements of the electoral law – the general and the special parts – which basically contain in the Federal law «About the basic guarantees of suffrages and the rights to participation in a referendum of citizens of the Russian Federation», owing to what it is offered to refuse creation of the electoral code of the Russian Federation.

Key words: the electoral law, the electoral legislation, the structure of electoral law

Решение вопроса об определении структуры избирательного права Российской Федерации неразрывно связано с иной задачей – уточнением статуса этой совокупности правовых норм в отечественной системе права. Видимо, следует признать, что избирательное право – структурное подразделение конституционного права, поскольку оно включает нормы, определяющие порядок реализации такого важного конституционного права, как право избирать и быть избранным в органы государственной власти и местного самоуправления (это прямо указывает на принадлежность избирательного права к сфере конституционного права). Отечественные конституции традиционно содержат нормы, устанавливающие принципы избирательного права.

Аргументом в пользу признания избирательного права частью конституционного права выступает и тот факт, что принципы избирательного права непосредственно «порождены» конституционными принципами. Так, важнейший принцип избирательного права – принцип свободных и справедливых выборов – развивают основополагающие принципы конституционного права (принципы равноправия, свободы, справедливости, демократии и т. д.). Самостоятельного значения принципы избирательного права не имеют. Конституционный Суд РФ во многих решениях указывал, что принцип равноправия избирательного права вытекает из положений ст. 19 Конституции РФ, посвященной принципу формального равенства¹.

Ответ на вопрос о том, является ли избирательное право подотраслью или институтом конституционного права, связан с определением структуры и, условно выражаясь, «объема» избирательного права. Согласно общепризнанным положениям теории права институт права – сравнительно небольшое по объему объединение правовых норм, регулирующих близкие отношения. Подотрасль включает ряд связанных между собой институтов. При этом в самой подотрасли можно выделить общую и особенную части

* Худолей Дмитрий Михайлович – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и финансового права юридического факультета Пермского государственного университета (Пермь). E-mail: dmitry-hudoley@yandex.ru.

(по данному критерию подотрасль напоминает самостоятельную отрасль права). Так, в гражданском праве можно выделить в качестве подотрасли обязательственное право, особенная часть последнего состоит из институтов — гражданско-правовых обязательств (договоры купли-продажи, аренды и др.).

Если анализировать структуру Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»² (далее — Закон об основных гарантиях), то мы придем к однозначному выводу о выделении в избирательном праве общей и особенной части.

Общая часть — это нормы, содержащиеся в гл. I «Общие положения»: нормы-дефиниции (ст. 2), нормы-принципы (ст. 3–9), нормы, определяющие порядок действия других норм избирательного права в пространстве и времени, а также коллизионные нормы (ст. 1, 11–11¹). Нормы общей части избирательного права есть и в первых главах иных федеральных законов: «О выборах Президента Российской Федерации»³ (далее — Закон о выборах Президента) и «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»⁴ (далее — Закон о выборах депутатов). Нетрудно заметить, что положения первых глав указанных законов либо повторяют положения гл. I Закона об основных гарантиях, либо отсылают к ним.

К общей части избирательного права можно отнести отдельные статусные нормы, находящиеся в иных главах Закона об основных гарантиях, других избирательных законов. Так, по нашему мнению, к общей части должны быть причислены некоторые положения гл. IV «Избирательные комиссии, комиссии референдума» и гл. VI «Статус кандидатов, инициативной группы по проведению референдума» Закона об основных гарантиях, гл. 3 «Избирательные комиссии», гл. 4 «Наблюдатели, иностранные (международные) наблюдатели, представители средств массовой информации», гл. 5 «Политические партии» Закона о выборах депутатов и др. Эта точка зрения основана на отечественной традиции включения в общую часть норм-дефиниций, норм-принципов, статусных норм. Данные нормы невозможно отнести ни к материальным, ни к процессуальным, так как по своей природе они не являются обычными регулятивными и охранительными нормами, воздействуют на общественные отношения опосредованно.

Особенная часть избирательного права регулирует порядок совершения отдельных избирательных действий в рамках процесса подготовки и проведения выборов (эти нормы содержатся в гл. 2, 6–13 Закона о выборах депутатов, а также в гл. V–XI Закона о выборах Президента, развивающих и конкретизирующих рамочные положения гл. III, V–X Закона об основных гарантиях).

Указанное деление воспринято и в ряде регионов России. Так, в Избирательном кодексе Свердловской области⁵ можно выделить общую и особенную части. Общая часть содержит нормы-принципы, нормы-дефиниции (они либо дублируют соответствующие положения федерального законодательства, либо отсылают к ним), особенная часть кодекса именуется «Избирательный процесс».

Некоторые авторы предлагают выделять три части избирательного права: общую, особенную и специальную⁶. Причем нормы Закона об основных гарантиях считаются общими и особенными, а положения иных источников права, устанавливающих правила проведения конкретных выборов, — специальными. Мы считаем, что этот подход отрицает традиционное деление норм той или иной отрасли либо подотрасли на общую и особенную части. Выделение норм специальной части нехарактерно для таких отраслей права, как гражданское, уголовное и др.

Если согласиться с правильностью рассматриваемых положений и отнести нормы иных федеральных и региональных избирательных законов, уставов муниципальных образований к специальной части избирательного права, а большинство норм Закона об основных гарантиях — к особенной, то следует признать и субсидиарный характер при-

менения норм последнего при регулировании избирательных правоотношений. Исходя из общепризнанных положений теории права специальные нормы отменяют положения особенных. Однако в тех случаях, когда специальные нормы содержат пробелы в правовом регулировании, должны применяться особенные. Допустимо ли это при регулировании избирательных правоотношений? Безусловно, нет. Большинство норм Закона об основных гарантиях являются рамочными, следовательно, *самостоятельно и непосредственно* при регулировании избирательных правоотношений они не применяются. Данный Закон в основном включает нормы, конкретизируемые иными федеральными или региональными законами, уставами муниципальных образований. Поэтому при наличии пробела в правовом регулировании, скажем, выборов Президента РФ, правила Закона об основных гарантиях в большинстве случаев субсидиарно применяться не могут. В силу этого Закона пробел в нормативном регулировании порядка проведения и организации выборов может компенсироваться либо специальным федеральным законом, либо специальным указом Президента РФ, например Федеральным законом «Об обеспечении конституционных прав граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы местного самоуправления»⁷ и Указом Президента РФ «Об утверждении Положения о проведении выборов депутатов Законодательного Собрания Пермского края первого созыва»⁸.

Конечно, нормы Закона об основных гарантиях имеют определенную специфику (являются рамочными), но их нельзя назвать особенными. Большинство положений Закона *неразрывно* связаны с конкретизирующими их федеральными или региональными избирательными законами, уставами муниципальных образований, образуя с ними *единое целое* (т. е. они применяются совместно, а не по отдельности). Единство этих норм означает, что они вместе принадлежат к одной части избирательного права — особенной.

Изложенное не позволяет нам согласиться и с теми авторами, которые выделяют в избирательном праве общую и особенную части, но относят нормы Закона об основных гарантиях к общей части, а положения иных федеральных и региональных избирательных законов, уставов муниципальных образований — к особенной, разделяемой на федеральное, региональное и муниципальное избирательное право⁹.

Согласно общепризнанным положениям теории права нормы общей части любой отрасли или подотрасли — это такие нормы, которые фактически применяются при регулировании любого отношения, входящего в предмет той или иной отрасли, подотрасли. Очевидно, что к таким нормам в первую очередь относятся нормы-дефиниции, нормы-принципы. Подавляющее большинство положений Закона об основных гарантиях не являются ни нормами-дефинициями, ни нормами-принципами. Это особые рамочные нормы, которые конкретизируются иными нормативными правовыми актами и применяются только при регулировании отдельных правоотношений, входящих в предмет избирательного права. Так, положения гл. VII «Гарантии прав граждан на получение и распространение информации о выборах и референдумах» Закона об основных гарантиях конкретизируются положениями гл. VII «Информирование избирателей и предвыборная агитация» Закона о выборах Президента. Указанные нормы применяются совместно только при информировании избирателей и проведении предвыборной агитации на выборах Президента РФ. Следовательно, нормы особенной части Закона об основных гарантиях не обладают универсальностью, в отличие от норм-принципов и норм-дефиниций, а значит, их невозможно отнести к нормам общей части избирательного права РФ.

Не стоит забывать, что регулирование большинства избирательных отношений находится в совместном ведении. В Советском Союзе регулирование уголовного и гражданского права также находилось в совместном ведении: на союзном уровне принимались основы законодательства, где содержались нормы и общей, и особенных частей уголовного и гражданского права. Аналогичная ситуация наблюдается и ныне: нормы рамочно-

го избирательного закона содержат нормы общей и особенной части, конкретизируемые в иных федеральных и региональных избирательных законах, уставах муниципальных образований.

Если придерживаться идеи выделения регионального и муниципального избирательного права, то мы неизбежно окажемся перед неразрешенной проблемой: что именно считать муниципальным избирательным правом?

Отдельные авторы полагают, что муниципальное избирательное право включает нормы, регулирующие выборы в органы местного самоуправления¹⁰. Такое утверждение кажется бессмысленным. Во-первых, большинство норм региональных избирательных законов элементарно дублируют нормы рамочного Закона. В силу этого бессмысленно утверждать, что федеральное, региональное, муниципальное избирательное право содержит нормы, регулирующие избирательный процесс в соответствующие органы власти «от а до я», поскольку указанные нормы лишены оригинального характера. Во-вторых, при таком подходе муниципальное избирательное право само оказывается подотраслью, поскольку предусматривает громадное число норм и институтов (назначение выборов, формирование комиссий и избирательных округов, выдвижение кандидатов и списков кандидатов и пр.). Действительно, например, Закон Пермского края «О выборах должностных лиц муниципальных образований в Пермском крае» весьма объемён, в нём более 100 статей¹¹. Что же получается: избирательное право, будучи подотраслью, само содержит другие подотрасли (федеральное, региональное, муниципальное избирательное право)? Как мы установили, избирательное право – это не самостоятельная отрасль права, оно лишено специфических принципов, а также самостоятельного предмета и метода правового регулирования. Говорить же, что в подотрасли есть иные подотрасли, – это абсурд, причем Абсурд с большой буквы.

Рассматриваемую проблему некоторые ученые попытались решить иначе. Они полагали, что федеральное, региональное и муниципальное избирательное право существует, но оно включает нормы, устанавливающие лишь особенности проведения указанных выборов¹². Однако нормы федерального, регионального и муниципального избирательного законодательства, имеющие действительно оригинальный характер и закрепляющие новые гарантии избирательных прав граждан, регулируют лишь отдельные аспекты формирования комиссий, регистрации кандидатов и их списков, нарезки округов. Они лишены внутреннего единства и не связаны общими принципами, определяемыми исключительно на федеральном уровне.

Мы не можем утверждать, что существует региональное избирательное право (например, избирательное право Пермского края). Однако следует сделать однозначный вывод о наличии избирательного законодательства Пермского края, развивающего положения Закона об основных гарантиях и регулирующего порядок подготовки и проведения региональных выборов в органы государственной власти.

Данная ситуация обусловлена неверным пониманием федеральным законодателем положений Конституции РФ. Согласно пп. «в» и «г» ст. 71 Конституции РФ в ведении Российской Федерации находятся регулирование прав и свобод человека и гражданина, формирование федеральных органов государственной власти. В пп. «б» и «н» ст. 72 Конституции РФ определено, что к совместному ведению относятся защита прав и свобод человека и гражданина, а также установление общих принципов организации органов государственной власти и местного самоуправления. В силу федерального законодательства в уставах муниципальных образований уточняются отдельные рамочные нормы Закона об основных гарантиях.

Значит, избирательное право как таковое не отнесено ни к ведению Российской Федерации, ни к совместному ведению, ни к исключительному ведению субъектов РФ. По Конституции на федеральном уровне должно осуществляться только регулирование избирательных прав (например, установление цензов избирательного права). Опреде-

ление гарантий избирательных прав отнесено к совместному ведению, при этом муниципальные образования обладают правом уточнять отдельные рамочные нормы избирательного законодательства. Однако де-факто федеральный законодатель вместо закрепления общих основ избирательных отношений произвел весьма подробное регулирование избирательных отношений. Стоит отметить, что аналогично законодатель поступил и с иными вопросами, отнесенными к совместному ведению (и административное, и семейное, и трудовое законодательство также являются централизованными). Бессмысленно говорить, что существует семейное право Пермского края. Есть лишь единое семейное право Российской Федерации, хотя само семейное законодательство отнесено к совместному ведению. Также и административное, и трудовое право России едины.

В целом большинство гарантий избирательных прав определено именно на федеральном уровне. Избирательное законодательство России носит централизованный характер, что вытекает из централизованного характера российской модели федерализма.

Авторы, выступающие за выделение федерального, регионального и муниципального избирательного права, нередко ссылаются на зарубежный опыт. Действительно, отдельные избирательные кодексы зарубежных стран содержат специальные главы, посвященные особенностям проведения национальных, региональных и местных выборов (например, в Армении¹³). Избирательные кодексы некоторых субъектов РФ тоже имеют подобные разделы. Однако это обстоятельство не позволяет нам сделать вывод, что существует региональное и муниципальное избирательное право. По нашему мнению, указанная группировка норм обусловлена лишь приемами законодательной техники. Так, в Избирательном кодексе Тюменской области¹⁴ в главе «Выборы депутатов представительных органов местного самоуправления» лишь 10 статей. В них уточняется конкретное число подписей, необходимое для регистрации кандидатов, предельные размеры расходования средств из избирательных фондов и пр. Эти положения конкретизируют рамочные нормы Закона об основных гарантиях и содержат даже не все элементы правовых норм, а лишь частички диспозиций. Например, рамочный Закон установил, что для регистрации кандидат обязан собрать не менее 10 подписей, но не более чем 2 % от общей численности избирателей в соответствующем избирательном округе. В ст. 112 Избирательного кодекса Тюменской области указано, что на местных выборах необходимо собрать 1 % подписей. Как видно из примера, региональный законодатель обозначил лишь количество подписей, он не имел права установить новый вид поддержки выдвижения кандидатов (внесение избирательного залога и т. п.), освободить от сбора подписей кандидатов, представляющих национальные меньшинства, продлить срок сбора подписей, изменить саму процедуру сбора подписей, поскольку эти вопросы уже урегулированы на федеральном уровне.

Таким образом, по нашему убеждению, в избирательном праве России можно выделить две части: общую и особенную. В общей части избирательного права, как, впрочем, и многих отраслей российского права, есть нормы-принципы, нормы-дефиниции, статусные нормы, коллизионные нормы (нормы, определяющие порядок применения норм в пространстве и во времени). Особенная часть состоит из норм, регламентирующих избирательный процесс на выборах в федеральные, региональные и местные органы власти. Если быть точным, в особенной части присутствуют институты, соответствующие стадиям избирательного процесса (назначение выборов, выдвижение и регистрация кандидатов, их списков и пр.), а также подинституты, устанавливающие особенности совершения указанных избирательных действий на различных федеральных, региональных и местных выборах. В силу этого большинство современных учебных пособий так и называются: «Избирательное право и процесс Российской Федерации». Подобное расположение нормативного материала имеет место в Избирательных кодексах Свердловской области, Москвы и пр.¹⁵

Таким образом, в особенной части избирательного права не стоит выделять в качестве институтов или иных структурных образований федеральное, региональное и муниципальное избирательное право, что объясняется централизованным характером российского избирательного законодательства. Рамочный Закон об основных гарантиях в ч. 1 ст. 3 поставил себя выше всех иных федеральных законов, регулирующих избирательные правоотношения. Он по сути является избирательным кодексом. В силу этого отпадает сама необходимость принятия избирательного кодекса России, поскольку от смены названия мало что изменится. К тому же, как указал Конституционный Суд РФ, в системе права России нет такого вида нормативного правового акта, как кодекс¹⁶. Все существующие кодексы вводились в силу федеральными законами и имеют соответствующую силу.

Более того, избирательное законодательство, де-факто будучи централизованным, де-юре остается децентрализованным, так как состоит из актов, принятых на всех трех уровнях публичной власти России (федеральном, региональном и местном). Принятие избирательного кодекса РФ позволит систематизировать *лишь* федеральные избирательные законы, но не все акты вообще. Так, проект избирательного кодекса, разработанный А. Е. Любаревым и А. В. Кыневым, предусматривает общие гарантии избирательных прав и особенности проведения федеральных выборов¹⁷. Следовательно, этот кодекс изначально не выполнит задачу кодификации.

В отличие от трудового, семейного и административного законодательства, которые отнесены к совместному ведению РФ и ее субъектов, избирательное законодательство таковым не является, ряд нюансов при проведении местных выборов может регулироваться лишь уставами муниципальных образований. Избирательное законодательство по этому признаку схоже с муниципальным правом, однако в России муниципальный кодекс до сих пор не принят и вряд ли будет принят в обозримом будущем. Поэтому мы считаем, что в идее разработки избирательного кодекса России скорее прослеживается политическая, чем юридическая цель. Эту цель можно достичь иным образом: внести поправки в существующее федеральное избирательное законодательство и устранить из него нормы, не соответствующие принципам демократического и правового государства.

¹ Пункт 8 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 17 ноября 1998 г. № 26-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона от 21 июня 1995 г. «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 59. Ст. 5969.

² Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации: Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ (в ред. от 30 марта 2011 г.) // Рос. газ. 2002. 15 июня.

³ О выборах Президента Российской Федерации: Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Там же. 2003. 16 янв.

⁴ О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: Федеральный закон от 18 мая 2005 г. № 51-ФЗ (в ред. от 23 февраля 2011 г.) // Там же. 2005. 2 мая.

⁵ Избирательный кодекс Свердловской области от 29 апреля 2003 г. № 10-ОЗ (в ред. от 23 декабря 2010 г.) // Обл. газ. 2003. 29 апр.

⁶ Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации / отв. ред. А. А. Вешняков. М., 2003. С. 88.

⁷ Об обеспечении конституционных прав граждан Российской Федерации избирать и быть избранными в органы местного самоуправления: Федеральный закон от 26 ноября 1996 г. № 138-ФЗ (в ред. от 9 ноября 2009 г.) // СЗ РФ. 1996. № 49. Ст. 5497.

⁸ Об утверждении Положения о проведении выборов депутатов Законодательного Собрания Пермского края первого созыва: Указ Президента РФ от 19 апреля 2006 г. № 402 (в ред. от 26 августа 2006 г.) // Рос. газ. 2006. 21 апр.

⁹ Избирательное право: учеб. для вузов / под ред. А. Н. Кокотова, И. В. Захарова. М., 2011. С. 11.

¹⁰ Таровик С. С. Основные понятия и категории избирательного права // Сб. конкурсных работ в области избирательного процесса и законодательства о референдуме, выполненных студентами и аспирантами высших учебных заведений (юридических факультетов вузов) Российской Федерации в 2003/2004 учебном году. М., 2004. С. 22.

¹¹ О выборах должностных лиц муниципальных образований в Пермском крае: Закон Пермского края от 13 марта 2008 г. № 208-ПК (в ред. от 29 ноября 2010 г.) // Рос. газ. Региональное приложение «Прикамье». 2008. 19 марта.

¹² Муниципальное право России / под ред. А. Н. Кокотова, А. С. Соломаткина. М., 2005. С. 86.

¹³ Избирательный кодекс Армении от 5 февраля 1999 г. (в ред. от 26 июля 2007 г.) // URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2020&lang=rus>.

¹⁴ Избирательный кодекс (Закон) Тюменской области от 27 мая 2003 г. № 139 (в ред. от 1 марта 2011 г.) // Вестн. Тюменской областной Думы. 2003. № 10.

¹⁵ Избирательный кодекс города Москвы от 6 июля 2005 г. № 38 (в ред. от 26 мая 2010 г.) // Вестн. Мэра и Правительства Москвы. 2005. № 43.

¹⁶ Пункт 2.2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2804.

¹⁷ Любарев А. Е., Кынев А. В. Проект Избирательного кодекса Российской Федерации // URL: <http://golos.org/r84.html>.

S. Tanasescu*

LE ROLE DU JUGE DANS LA DEFINITION DU DROIT PENAL

Practice and approaches of the Constitutional Court of Romania towards criminal and criminal procedural legislation modification are reviewed. The author estimates rule-making efforts of the Court and influence on practice of courts and legislation. Romanian legislators and courts activity in criminal legal regulations making and realization is critically characterized.

Key words: Constitutional Court, Criminal Code, practice, changes, abrogation, parliament, Romania

En Roumanie la Constitution de 1991 a marqué au niveau juridique la rupture par rapport au passé communiste de l'Etat et son échafaudage institutionnel et politique. Une nouvelle hiérarchie de valeurs était consacrée par la nouvelle loi fondamentale et cela réclamait des instruments juridiques appropriés. La répression pénale, nécessaire dans tout Etat mais renouvelée en tant que buts, fonctions, formes et instruments, se devait d'être décollée de son précédent enraciné idéologique et fondée entièrement sur des principes modernes, respectueux à la fois des objectifs propres à la loi pénale (prévention des crimes et réparation des dommages) et de la nouvelle religion *in statu nascendi* – la protection des droits humains. Dans cet esprit, la loi fondamentale adoptée par référendum le 8 décembre 1991 contenait – d'une manière symbolique dans le titre consacré aux droits fondamentaux – des principes généraux de droit pénal (la légalité des infractions et des peines ou la présomption d'innocence), et quelques dispositions de détail, plutôt de nature procédurale (sur la responsabilité pénale des dignitaires ou les garanties adaptées au régime juridique de quelques droits fondamentaux). La révision constitutionnelle de 2003 n'a rien changé à ce tableau général; elle s'est limitée à simplement aller plus loin dans le niveau de détail de certaines dispositions constitutionnelles.

Ainsi, les dispositions constitutionnelles de nature générale qui concernent le droit pénal se réfèrent au principe de la loi plus favorable¹, la présomption d'innocence, et le principe de la légalité², autant des règles juridiques fondamentales et structurantes pour la matière pénale, issues de la philosophie humaniste et moderniste née pendant le «siècle des lumières». L'avancée perçue comme considérable dans ce domaine n'était pas tant le contenu de ces principes, connu pendant le régime communiste aussi et consacré dans le Code pénal de l'époque, mais plutôt leur codification au niveau constitutionnel, fait qui témoignait de la volonté de faire respecter les règles juridiques de base, élémentaires pour tout Etat digne du qualificatif «Etat de droit» dont la Roumanie s'était targuée dans le premier article de sa Constitution. Toujours au titre de dispositions générales on doit inclure la précision de l'article 23 paragraphe 13 de la Constitution selon laquelle «La sanction privative de liberté ne peut être que de nature pénale», importante garantie de la liberté individuelle rajoutée après la révision de 2003, qui a codifié une réalité estimée nécessaire pour la sécurité et la prévisibilité juridique. En effet, si dans le passé communiste les sanctions administratives pouvaient avoir aussi des conséquences au niveau de la liberté (prison contraventionnelle), suite au changement du système politique, uniquement la matière pénale est susceptible d'interférer avec la liberté personnelle de l'individu en raison de sa fonction de protection des valeurs essentielles pour la communauté. Pour notre part on estime que la disposition de l'article 53 de la Constitution, sur la restriction de l'exercice de certains droits fondamentaux, est aussi susceptible à être incluse dans la catégorie des dispositions constitutionnelles de

* Tanasescu Simina – Professeur Faculté de droit, Université de Bucarest, Ancien membre du Conseil Supérieur de la Magistrature (Bucarest, Roumanie). E-mail: simina-elena.tanasescu@drept.unibuc.ro.

nature pénale générale, dans la mesure où elle vise la possibilité de restreindre les droits fondamentaux pour «le déroulement de l'instruction pénale», ce qui est communément considéré par la doctrine de droit pénal comme la légitimation constitutionnelle de toute une série de mesures spécifiques à la poursuite pénale, entre autres la détention provisoire.

Toutes ces dispositions constitutionnelles représentent des garanties pour les droits fondamentaux et, en même temps, en tant que principes généraux pour la conduite de l'Etat en matière pénale, des limites pour le législateur pénal. A elles se rajoute une autre, qui fixe expressément les contours de la compétence législative en matière pénale: article 73, qui établit les catégories de lois qui peuvent être adoptées par le Parlement, précise que seulement le législateur organique est compétent en matière «d'infractions, peines et leur régime d'exécution».

Ce cadre général est complété par quelques dispositions de nature pénale de détail, qui peuvent être regroupées dans deux catégories: garanties spécifiques pour les droits fondamentaux et responsabilité pénale des hautes autorités étatiques.

Une seule disposition constitutionnelle concernant le domaine du droit pénal ne peut pas être rangée dans cette classification, mais elle fait partie des standards juridiques traditionnels dans tous les Etats, qui remontent avant même l'apparition de la théorie de la séparation des pouvoirs, à savoir la prérogative du chef de l'Etat d'accorder la grâce³.

Dans la catégorie des garanties spécifiques pour les droits fondamentaux mention à part doit être faite de l'article 22 qui interdit formellement la peine de mort. Une des plus importantes garanties du droit à la vie reçoit consécration constitutionnelle en Roumanie en tant que signe de la plus rigoureuse protection juridique possible de la valeur fondamentale que représente la vie humaine. Le fait que seulement l'effet vertical du droit à la vie a reçu rang constitutionnel, alors que l'effet horizontal reste au niveau du Code pénal témoigne d'une volonté de changement de la part de l'Etat roumain; néanmoins cela reste une disposition de détail dans la mesure où elle concerne un seul droit fondamental et ne représente pas un standard juridique de portée universelle, bien que la valeur protégée (la vie humaine) en soit une suprême. Toute une série de dispositions de procédure pénale sont consacrées en tant que garanties pour la liberté individuelle⁴ et l'inviolabilité du domicile⁵. Même si le texte constitutionnel concernant le droit à la défense (article 24 de la Constitution) ne fait pas référence expresse à la matière pénale, la doctrine et la pratique reconnaissent que sa portée joue notamment dans ce domaine, toujours en comparaison avec la période pré-constitutionnelle. Ainsi, les parties ont droit à l'assistance d'un avocat, de leur choix ou commis d'office, pendant toute la durée du procès (corroboré avec le paragraphe 8 de l'article 23), et non pas seulement pendant la phase judiciaire du procès pénal comme cela était le cas auparavant. Finalement, malgré son langage archaïque, qui renvoie à la tradition juridique d'entre les deux guerres mondiales⁶, l'article 30 de la Constitution – qui porte sur la liberté d'expression – consacre une limitation pour les ingérences tolérées dans cette matière: seulement le législateur peut intervenir pour établir les infractions dans le domaine de la presse. Corroboré avec la disposition de l'article 73 de la Constitution, cette limite vise le législateur organique.

Dans la deuxième catégorie, des dispositions qui concernent le régime juridique de la responsabilité pénale de certains dignitaires publics, on peut ranger l'immunité parlementaire⁷ et celle présidentielle⁸ qui la copie, ainsi que la responsabilité pénale du Président⁹ et celle des membres du Gouvernement¹⁰. Si les règles concernant l'immunité parlementaire ont trouvées application plusieurs fois depuis l'adoption de la Constitution, des fois assorties des explications de la part de la Cour Constitutionnelle (décision n° 63/1997¹¹), celle concernant l'immunité et la mise en accusation du Président n'ont pas encore été mise en application. En effet, le Président de la Roumanie a été suspendu en 2007¹² sur la base de sa responsabilité politique (méconnaissance grave de la Constitution au sens de l'article 95) et non pas juridique (haute trahison au sens de l'article 96 de la Constitution, car l'infraction n'est pas définie

dans le Code pénal). Quant à la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, la loi d'application (loi n° 115/1999 sur la responsabilité ministérielle) à laquelle renvoie l'article constitutionnel est aujourd'hui le texte ressuscité de la même loi d'entre les deux guerres mondiales¹³; son texte a été modifié maintes fois et soumis assez souvent au contrôle de la Cour Constitutionnelle, si bien qu'en ce moment elle est pratiquement inapplicable¹⁴. Ainsi, par la décision n° 93/1999 le juge constitutionnel a trouvé que la loi n° 115/1999 était constitutionnelle par le biais d'un contrôle *a priori*, mais, par la suite, toute une série de décisions rendues sur la base du contrôle *a posteriori* ont déclaré inconstitutionnelles une grande partie des dispositions de la loi: par la décision n° 665/2007 la Cour a trouvé que la loi doit être appliquée aussi aux anciens ministres contrairement à ses dispositions expresses dans le sens contraire, par la décision n° 1133/2007 la Cour a constaté que la commission spéciale prévue par la loi afin de déclencher la procédure pénale contre les ministres était inconstitutionnelle, par la décision n° 472/2008 la Cour a annulé le projet de loi qui voulait corriger la composition et la procédure de la commission mentionnée plus haut, alors que par les décisions n° 989/2008 et n° 990/2008 le juge constitutionnel a déclaré que la demande de lever l'immunité parlementaire d'un MP qui est aussi ministre doit être faite avec une majorité de deux tiers des membres de la Chambre.

Le changement fondamental accompli par la nouvelle constitution n'a pas été suivi immédiatement et dans toutes les matières par le nécessaire ajustement au niveau de la législation d'application; notamment en matière pénale le Code pénal et le Code de procédure pénale, adoptés tous les deux en 1968, sont restés en vigueur après l'arrivée de la nouvelle Constitution, inchangés jusqu'en 1997, mais révisés plusieurs fois depuis (et récemment remplacés par des nouveaux codes, adoptés en 2010 mais pas encore entrés en vigueur). Une telle situation ne pouvait pas perdurer, et l'assainissement de la législation pénale a commencé assez rapidement après la création de la Cour Constitutionnelle. Dans la confrontation entre le système de valeurs consacré par la Constitution et celui propre à une législation pénale pre-constitutionnelle les affrontements ont été nombreux et difficiles, soldés, en règle générale, avec le constat par le juge constitutionnel de l'abrogation implicite des normes pénales contraires à la loi fondamentale. (A) En égale mesure, le législateur pénal post-constitutionnel s'est vu confronté au filtre des règles fondamentales, mais sa marge de manœuvre a été mieux préservée par un juge constitutionnel conscient que la matière pénale constitue l'apanage exclusif du législateur organique. (B) Le facteur moins pris en compte a été le juge judiciaire, appelé à appliquer une législation pénale structurée selon une hiérarchie de valeurs différente par rapport à celle consacrée par la Constitution, mais avec laquelle il était plus familier, et qui, quelquefois, a réussi faire perdurer l'ancien esprit du droit pénal pre-constitutionnel. (C)

A. La survie du droit pénal pre-constitutionnel est le résultat du filtrage opéré par le juge constitutionnel

Nombreuses ont été les dispositions du Code pénal roumain de 1968 lesquelles, confrontées à la Constitution adoptée en 1991, ont dû céder le pas, mais on a préféré se concentrer sur deux situations-type, illustratives pour notre propos, à savoir la protection pénale du droit de propriété et le régime juridique de la détention provisoire. Dans les deux cas, les procureurs et les tribunaux ont manifesté des réticences à confronter la loi pénale à la Constitution, invoquant le principe de la plus stricte légalité qui s'impose en matière pénale avec un formalisme zélé, et feignant la crainte de se transformer en législateur s'ils devaient tirer les conséquences de l'inconstitutionnalité de certaines dispositions pénales pre-constitutionnelles. Tout en soulignant le rôle important qui revient aux organes d'application de la loi pénale, qui doivent tenir compte non seulement du formalisme juridique dans sa forme pure, mais aussi de la finalité de la loi pénale par rapport à la protection de tout un

système de valeurs, la Cour Constitutionnelle s'est employée à filtrer la loi pénale, n'hésitant pas, dans le passage, à reconfigurer son contenu.

a) Protection pénale de la propriété privée

Le Code pénal roumain a été adopté sous le régime de la Constitution de 1965, qui consacrait trois formes de propriété: la propriété socialiste, la propriété individuelle (qui appartenait aux paysans non coopérativisés dû aux conditions objectives liées à la position de leurs terres, et aux artisans qui avaient encore la propriété de leurs ateliers), et la propriété personnelle (qui comptait les biens personnels considérés comme «strictement nécessaires»). La *summa divisio* se faisait donc entre la propriété socialiste et celle personnelle, la propriété individuelle étant considérée comme résiduelle et vouée à la disparition. Selon cette logique, la protection pénale du droit de propriété était échelonnée sur deux degrés: répression plus sévère pour les agissements qui touchaient à la propriété socialiste et répression moins stricte pour ceux qui touchaient à la propriété personnelle. Toutefois, le Code pénal utilisait les notions d'infractions «contre les biens communs» et «contre les biens personnels», où la notion de «biens communs» était définie dans la partie générale du Code: «Par le terme 'commun' il est compris tout ce qui intéresse les organisations de l'Etat, les organisations de masse ou toute autre organisation qui déploie une activité utile de point de vue social et qui fonctionne conformément à la loi». Pour les infractions concernant lesdits «biens communs» les peines infligées étaient plus grandes que pour les infractions contre la propriété personnelle. Le critère de différenciation était donc le titulaire du droit de propriété.

La Constitution de 1991 opère avec une autre dichotomie, propriété publique et propriété privée, où la distinction est faite non pas selon le critère du titulaire, mais de la forme de propriété visée. La notion de «biens communs» est restée donc sans contenu, et une assimilation juridique entre l'ancienne propriété socialiste et la propriété publique n'était guerre possible, tout comme toute similitude entre la propriété personnelle et celle privée n'était pas imaginable. Par conséquent, les dispositions du Code pénal qui garantissait la propriété n'étaient plus applicables, alors qu'une protection pénale efficace pour les formes de propriété consacrées par la Constitution de 1991 n'était pas encore mise en place.

Au début des années '90 les tribunaux ont été confrontés à la délicate situation de ne pas savoir comment protéger pénalement la propriété et, dans le doute, ils ont continué à appliquer les dispositions du Code pénal¹⁵, en faisant la différence entre la protection pénale de la propriété privée de l'Etat¹⁶ et la protection pénale de la propriété privée des personnes physiques ou morales, malgré la prescription explicite de l'ancien article 41 alinéa 2 de la Constitution qui impose une protection égale de la propriété privée, sans distinction selon son titulaire. Dans une décision de principe n° 1/1992, le Plénum de la Cour Constitutionnelle a fait savoir que la Constitution abroge implicitement toute disposition de la législation pre-constitutionnelle qui lui serait contraire, et cela même en matière pénale, où, pourtant, le principe de la légalité des infractions et des peines est de rigueur (et était invoqué par les tribunaux justement en faveur de leur jurisprudence contraire à la Constitution). En effet, la question plus générale de la possible abrogation implicite de la législation pre-constitutionnelle se trouvait dans ce cas-ci compliquée avec la spécificité de la matière pénale, à savoir le principe très stricte de la légalité des infractions et des peines.

En d'autres mots, les tribunaux faisaient savoir que si les dispositions pertinentes du Code pénal devaient être considérées comme abrogées implicitement¹⁷, il y aurait eu un vide législatif en matière pénale, ce qui leur semblait injuste, alors que si les dispositions du Code pénal étaient inconstitutionnelles mais applicables du fait qu'elles n'étaient pas encore abrogées expressément par le législateur, le juge n'avait pas d'autre choix que de les appliquer, faute de quoi il aurait pris des allures de législateur. Les juges estimaient invraisemblable qu'ils puissent agir en tant que législateur, de surplus en matière pénale, d'autant plus que le système politique avait changé et que le principe de légalité était

devenu une valeur en soi, alors que la légalité en matière pénale était de rigueur et avait été respectée même pendant le système communiste. La confrontation entre les usus judiciaires et les valeurs de la nouvelle Constitution se heurtait dans ce cas précis à la spécificité de la matière pénale, où le formalisme juridique semblait avoir été respecté même sous le régime communiste, et avait laissé des traces indélébiles sur la pratique judiciaire.

La Cour Constitutionnelle soutenait que la spécificité de la matière pénale ne pouvait pas dépasser l'importance de la réglementation constitutionnelle d'autant plus que respecter *ad litteram* le principe de la légalité des infractions et des peines amenait à des solutions concrètes contraires aussi bien à la lettre comme (et surtout) à l'esprit de la Constitution. Sans s'ériger en législateur, et sans demander aux juges eux-mêmes d'en faire autant, la Cour Constitutionnelle a fait savoir qu'une simple interprétation et adaptation des dispositions pertinentes du Code pénal à la nouvelle réalité, consacrée au plus haut niveau par le texte même de la loi fondamentale, aurait suffi pour résoudre le dilemme artificiellement posé par les juges.

Pour trancher, la Cour Constitutionnelle a constaté l'abrogation implicite de l'article qui obligeait à une protection pénale renforcée des «biens communs» pour autant que cette protection vise la propriété privée. En revanche, même si le juge constitutionnel ne l'a pas dit expressément, cette protection pénale renforcée a été considérée comme valide par rapport à la propriété publique. Une interprétation qui, pour approximative qu'elle était, suffisait pour atteindre le but de la constitutionnalité sans attribuer des compétences de législateur ni aux tribunaux, ni au juge constitutionnel. Par la suite, plus de 36 décisions de la Cour Constitutionnelle se sont efforcées d'imposer cette vision des choses: la protection pénale renforcée de la propriété privée de l'Etat par rapport à celle d'autres propriétaires privés est inconstitutionnelle; la répression pénale aggravée peut être appliquée seulement pour la propriété publique alors que les biens propriété privée de l'Etat sont protégés de point de vue pénal de la même manière que tout autre bien propriété privée. Pour justifier ce choix la juridiction constitutionnelle avait expliqué qu'il s'agit seulement d'interpréter la portée de l'article du Code pénal, et non pas de légiférer, bien qu'en réalité, délimiter la sphère de la protection pénale revient à définir la matière pénale. Suite à cette brèche, toute une série d'autres dispositions du Code pénal relatives à la notion de «biens communs» ont été déclarées implicitement et partiellement abrogées. Finalement, en 1997, le législateur organique est intervenu et, par une modification du Code pénal, a entériné la solution suggérée par la juridiction constitutionnelle en matière de protection pénale du droit de propriété.

b) Régime juridique de la détention provisoire

Dans sa version initiale, l'alinéa 4 de l'article 23 de la Constitution disposait: «La détention provisoire se fait en vertu d'un mandat émis par un magistrat, pour une durée de maximum trente jours. La personne arrêtée peut porter plainte au sujet de la légalité du mandat devant le juge, qui est obligé de se prononcer par un arrêt motivé. Seul le tribunal peut décider de la prolongation de l'arrestation». Le niveau détaillé de la disposition constitutionnelle était justifié dans la doctrine¹⁸ par la nécessité d'assurer les meilleures garanties possibles à la liberté individuelle, dans un effort d'harmonisation de la législation pénale roumaine avec les exigences des documents internationaux en la matière. En effet, beaucoup d'encre avait coulé au sujet de savoir si la durée de maximum 30 jours de la détention provisoire vise seulement le premier mandat émis, ou se réfère aussi aux décisions qui peuvent être prises suite au contrôle judiciaire prévu par la disposition constitutionnelle. Egalement, la pratique semblait hésitante sur le point de savoir si cette durée maximale doit être comptée à partir du moment où le procureur a émis le mandat ou à partir du moment où il a été saisi du dossier de l'affaire ou, encore, à partir du moment où le procureur en a saisi le tribunal de l'affaire. Des incertitudes ont plané aussi sur le point de savoir si le procureur peut émettre un mandat de détention provisoire, ou s'il est nécessaire, dans tous

les cas, un contrôle judiciaire sur une telle décision. La doctrine de droit constitutionnel avait conclu que la disposition constitutionnelle souhaitait assurer la plus large protection possible à la personne soumise à un mandat de détention provisoire, et, par conséquent, l'interprétation du texte et de l'esprit de la Constitution allait dans le sens que la durée du mandat et l'autorité compétente de l'émettre devaient être plutôt limitées¹⁹. Malgré cela, une partie non-négligeable de la pratique a continué d'appliquer le Code de procédure pénale sous prétexte qu'il n'a pas été formellement modifié par le législateur.

En effet, Le Code de procédure pénale, conçu sous d'autres auspices, permettait que la mesure de la détention provisoire prise pendant la phase de la poursuite pénale soit continuée, ininterrompue, tout au long du procès pénal et même jusqu'à la solution définitive de l'affaire par le juge. En d'autres mots, le Code de procédure pénale contredisait d'une manière flagrante la loi fondamentale.

Confrontée à ce problème déjà en 1994 (décision n° 60/1994), la Cour Constitutionnelle avait constaté l'abrogation partielle et implicite de la disposition pertinente du Code de procédure pénale. Le succès presque inespéré de ce premier essai, ainsi qu'une contre-réaction assez forte de la part du Ministère Public qui a continué d'appliquer les dispositions du Code de procédure pénale, ont fait en sorte qu'une longue série de décisions a suivi. Suite à une première modification du Code de procédure pénale en 1997, la détention provisoire a été réglementée différemment : la mesure prise pendant la phase de la poursuite pénale pouvait être maintenue jusqu'à l'initiation de la phase judiciaire du procès pénal, alors que pendant la phase judiciaire le contrôle du juge était présent de toute manière. Dans une autre décision, n° 546/1997, la Cour Constitutionnelle avait déclaré cette solution législative toujours contraire à la Constitution, mais le législateur n'a réagi qu'en 2003 (par l'Ordonnance d'urgence n° 109/2003 pour la modification du Code pénal et du Code de procédure pénale), lorsqu'il a enfin simplement repris la disposition constitutionnelle dans le Code de procédure pénale.

Ces deux exemples, choisis parmi plusieurs, restent emblématiques pour l'attitude proactive adoptée par le juge constitutionnel, qui a obligé le législateur et le système judiciaire se confronter non seulement à la nouvelle hiérarchie de valeurs consacrée par la loi fondamentale, mais aussi aux instruments qui étaient disponibles pour la faire régner. Dans ce contexte il est intéressant d'observer que la matière pénale a présenté la particularité du tout-puissant principe de légalité, pris dans le sens le plus formel possible, jusqu'à sa transformation dans un obstacle plutôt qu'un appui pour la construction de l'Etat de droit. Cela a empêché la mise en valeur des principes généraux de droit pénal pourtant codifiés dans la nouvelle Constitution précisément afin de garantir une meilleure sécurité juridiques et une prévisibilité accrue pour les conduites humaines. Par rapport à la législation pre-constitutionnelle, si la lenteur du législateur était quelque peu prévisible, car la transition politique et économique, doublée par les divers processus d'adhésion aux institutions européennes (Conseil de l'Europe ou Union Européenne) constituaient autant de sources de pression, le rôle conservateur joué constamment par le système judiciaire est plus difficilement explicable. Néanmoins cette réalité objective peut être constatée aussi par rapport à la législation post-constitutionnelle, bien que le rôle principal dans la définition de la matière pénale revienne au législateur.

B. La définition du droit pénal post-constitutionnel relève de la compétence discrétionnaire du législateur organique

La Constitution roumaine prévoit non seulement le principe de la légalité en matière de définition des infractions et des peines, mais précise aussi que cette tâche incombe au législateur organique et non pas à celui ordinaire. La différence, imposée pour la première fois en Roumanie par la Constitution de 1991, entre les lois organiques et les lois ordinaires semble désormais acquise, bien qu'elle soit beaucoup moins claire qu'il ne paraît à première

vue. En effet, l'article 73 de la Constitution révisée énumère certains domaines dans lesquels le constituant exige qu'une majorité absolue soit réunie lors de toute intervention parlementaire. *A contrario*, dans tous les autres domaines la majorité simple est suffisante pour légiférer. Mais tout le problème est là: d'un côté, la liste de l'article 73 n'est pas exhaustive, et il existe d'autres articles de la Constitution qui obligent le législateur de recourir à la loi organique, et de l'autre côté la Constitution reste silencieuse sur le point de savoir comment légiférer au cas où une seule loi mélange des dispositions de rang organique et ordinaire. En pratique, nombreuses ont été les situations où, parce qu'une loi contenait une infraction, elle a été adoptée en tant que loi organique malgré le fait que son domaine de réglementation relevait de la loi ordinaire (par ex. loi sur la protection de l'environnement ou loi sur le statut juridique des fonctionnaires publics, etc.). Par ce biais, la législation pénale spéciale a connu un essor inattendu pendant les derniers 20 ans, alors qu'à l'origine la disposition de l'article 73 de la Constitution était vouée à limiter l'appétit du législateur pénal par l'exigence d'une majorité accrue nécessaire pour pénaliser des conduites humaines.

En outre, la distinction entre les lois organiques et celles ordinaires était censée avoir une autre conséquence aussi: la délégation législative était prévue expressément par la version initiale de la loi fondamentale seulement dans le domaine de la loi ordinaire; de là à en conclure que la Constitution avait interdit la délégation législative dans le domaine de la loi organique il n'était qu'un pas. Pourtant, le juge constitutionnel n'a pas saisi cette occasion et, pendant la deuxième moitié des années '90, la délégation législative a réussi dépasser la production normative parlementaire. En effet, la Constitution avait prévu deux types de délégation législative, les ordonnances simples, résultat d'une loi d'habilitation, et les ordonnances d'urgence, qui nécessitaient seulement une approbation ultérieure du Parlement. Très rapidement les ordonnances d'urgence ont pris le devant en tant qu'instrument normatif. Ce phénomène s'est fait ressentir en matière pénale aussi, où les changements et adaptations les plus significatives du Code pénal ou du Code de procédure pénale ont été accomplis par des ordonnances d'urgence du Gouvernement (par ex. l'Ordonnance d'urgence n° 109/2003 précitée).

De l'autre côté, le juge constitutionnel a été particulièrement respectueux de la marge discrétionnaire du législateur en matière pénale: «il est évident que le régime des peines constitue un problème de politique pénale que le législateur est le seul en mesure de résoudre selon les circonstances de chaque instant de la criminalité» (décision n° 25/1999) ou «la liberté de réglementation dont dispose le Parlement vise la réglementation de la responsabilité pénale pour les agissements antisociaux qui touchent les valeurs prévues par la Constitution» (décision n° 62/2007) ou encore «c'est au Parlement qu'il revient d'établir les infractions et leurs peines respectives, ainsi que les causes d'irresponsabilité» (décision n° 140/2008) et encore «la réglementation de l'infraction de destruction qualifiée représente une option de politique pénale qui relève de la compétence exclusive du législateur» (décision n° 176/2010).

Très rarement le juge constitutionnel s'est estimé compétent de véritablement censurer les choix opérés par le législateur en matière pénale, mais ces expériences n'ont pas toujours été couronnées de succès; bien au contraire, des décisions mitigées de la Cour Constitutionnelle ont été vivement contestées par la doctrine et la pratique, et ont produits des effets contraires à ceux souhaités, alors que la réaction du législateur ne s'est pas fait attendre et n'a jamais suivi la voie indiquée par le juge constitutionnel. L'exemple le plus illustratif reste à ce jour les infractions de diffamation et insulte (ex-articles 205-206 du Code pénal roumain), à l'origine incriminées par le Code pénal en tant que garanties de la dignité humaine, et des-incriminées par le législateur post-constitutionnel²⁰ en tant que réaction au nombre croissant de condamnations que la Roumanie a subi devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour la trop fréquente incarcération des journalistes sur cette base²¹.

Dans un effort de conserver dans le système normatif juridiquement valide ces garanties de la dignité humaine, la Cour Constitutionnelle avait constaté que leur abrogation était inconstitutionnelle (au vue de l'article 1 de la Constitution, qui déclare la dignité humaine en tant que valeur suprême de l'Etat de droit, démocratique et sociale que se veut la Roumanie contemporaine), et que, de ce fait, les infractions de diffamation et insulte étaient toujours en vigueur. (décision n° 62/2007) Mise à part les interrogations de la doctrine sur les limites de la compétence de la Cour Constitutionnelle elle-même²¹, cette décision a eu le douteux effet d'augmenter l'insécurité juridique et l'imprévisibilité de la jurisprudence de droit commun en la matière, car une partie des tribunaux ont pris la décision de la juridiction constitutionnelle pour le nouveau Code pénal et ont continué de condamner pour diffamation et insulte, alors que d'autres ont préféré attendre une intervention du Parlement et se sont désistés de toutes les affaires de diffamation et insulte. Finalement, lorsque le nouveau Code pénal a été adopté²², l'insulte et la diffamation n'y figurent plus.

Cet exemple montre à quel point le législateur est souverain dans la définition de la matière pénale, et ce malgré des limites explicites tracées par la Constitution et même contre les explications plus que rationnelles fournies par le juge constitutionnel. Dans sa décision n° 62/2007 la Cour Constitutionnelle avait bien souligné: «selon l'article 1 alinéa 5 de la loi fondamentale, le respect de la Constitution et de sa suprématie est obligatoire, d'où il résulte que le Parlement ne peut pas exercer sa compétence d'incriminer et de des-incriminer des faits antisociaux sans respecter les normes et les principes consacrés par la Constitution. Par exemple, le Parlement ne pourrait pas, sans méconnaître la Constitution, définir comme infractions des faits qui comporteraient des éléments de discrimination prévus par l'article 4 alinéa 2 de la Constitution. De la même manière le Parlement ne pourrait pas éliminer la protection pénale des valeurs qui ont rang constitutionnel, tel le droit à la vie, la liberté individuelle, le droit de propriété ou, comme dans ce cas-ci, la dignité humaine. La liberté de réglementation dont dispose le Parlement dans ces cas est exercée par la réglementation des conditions spécifiques à la responsabilité pénale pour les faits antisociaux qui touchent les valeurs prévue et garanties par la Constitution». Cette belle plaidoirie pour le respect du partage des compétences entre le constituant et le législateur dans le domaine de la définition de la matière pénale, ainsi que pour le respect des fonctions assignées au droit pénal dans tout système normatif n'ont pas eu d'écho. Le législateur a simplement ignoré la valeur ultime sur laquelle repose la construction constitutionnelle roumaine et a rayé la protection pénale de la dignité humaine. Désormais, sa protection juridique relève uniquement de la jurisprudence en responsabilité extra-contractuelle.

C. Le rôle du juge judiciaire dans la définition du droit pénal

Mais le législateur n'est pas le seul à jouir d'une très large marge de manœuvre dans ce domaine. Bien que dépourvu de toute compétence formelle dans la définition du droit pénal, et malgré une attitude extrêmement respectueuse de la légalité la plus formelle, en réalité le rôle du système judiciaire en matière pénale reste important. Pendant les années qui ont suivi l'adoption de la Constitution de 1991, et même après sa révision en 2003, le système judiciaire a été confronté à un environnement juridique assez complexe: une législation pénale dynamique mais dont la principale source (code pénal & code de procédure pénale) n'a pas changé de philosophie, assortie d'une consolidation constante et sans précédent de son indépendance fonctionnelle, budgétaire et organisationnelle en complément des nombreux changements institutionnels lesquels avaient pour but l'unification de la jurisprudence (mais qui ont fini plutôt dans le contraire). Le rôle du juge judiciaire dans la définition du droit pénal se fait ressentir autant sur le plan de l'interprétation et application de la loi (a), que sur celui de la mise en œuvre des sanctions (b), mais dans les deux domaines son influence a été loin d'être un facteur de progrès.

a) Interprétation et unification de la jurisprudence

En effet, le recours dans l'intérêt de la loi, introduit dans la compétence des Sections Réunies de la Haute Cour de Justice et de Cassation par la loi n° 304/2004 portant sur l'organisation judiciaire, représente le principal instrument dont dispose le système judiciaire pour assurer l'interprétation et l'application unitaire de la loi. Cette voie de recours est à la disposition des collèges de direction des Cours d'appel ou du Procureur Général de la République, qui peuvent saisir la Haute Cour de Justice au cas où une même question de droit serait traitée dans des manières différentes par les tribunaux du pays. Il s'agit donc d'une voie extraordinaire de recours qui permet non pas de résoudre des problèmes concrets (la solution rendue par la Haute Cour n'est pas applicable dans les affaires qui ont conduit à l'emploi de cette procédure), mais d'assurer que le système normatif valide est uniformément interprété et appliqué sur l'ensemble du territoire (la solution rendue par la Haute Cour est obligatoire pour tous les tribunaux dans la solution de cette même question de droit dans le futur). La doctrine discute toujours de la valeur de source de droit de telles décisions de justice²³. Cette discussion doctrinaire n'est pas complètement dépourvue d'intérêt, notamment en matière pénale, et un parmi les exemples les plus illustratifs concerne une confrontation directe entre la Cour Constitutionnelle et la Haute Cour de Justice, mais dont l'origine reste le législateur.

Ainsi, par la décision n° 486/1997 la Cour Constitutionnelle a constaté que les dispositions de l'art.278 Code procédure pénale (résolution de ne pas commencer la poursuite pénale prise par le procureur) sont constitutionnelles seulement dans la mesure où elles n'arrêtent pas toute personne qui serait mécontente de cette solution adoptée par le procureur de s'adresser à la justice. Le Ministère Public dans son ensemble avait difficilement encaissé cette nouvelle forme de contrôle judiciaire sur son activité, d'autant plus qu'elle n'était pas prévue par la législation pénale d'origine communiste; en effet, la Constitution de 1965 faisait de la «procurature» la quatrième branche du pouvoir étatique, chargée de «veiller au respect de la légalité socialiste». Les conséquences institutionnelles d'une telle configuration fonctionnelle se retrouvaient dans la législation pénale, qui assurait une large marge de manœuvre aux procureurs, sans aucun contrôle judiciaire sur la plupart des activités déployées dans la phase de la poursuite pénale. Paradoxalement, c'est avec l'aide du pouvoir judiciaire que le Parquet allait s'en sortir de cette situation, même si au passage le système judiciaire a dû balayer aussi bien le législateur comme le juge constitutionnel.

La loi n° 281/2003 a modifié le Code de procédure pénale et a introduit un nouvel article 278¹, lequel permet d'introduire une action en justice à toute personne concernée par une telle résolution prise par un procureur, et fixe la compétence du tribunal à trancher le litige. Entre autres, l'article 278¹ alinéa 8 lettre c) du Code de procédure pénale précise que:

«Le tribunal prononce une des solutions suivantes:...

c) admet la plainte par une décision interlocutoire, casse la résolution ou l'ordonnance attaquée et, lorsque les preuves existantes au dossier sont suffisantes pour trancher le litige, retient l'affaire pour la juger, les dispositions concernant le jugement en première instance et les voies de recours étant appliquées d'une manière appropriée».

Par la décision n° 73/2005 le juge constitutionnel a constaté que la nouvelle disposition du Code de procédure pénale était constitutionnelle. En fait, une personne physique avait soutenu que ces dispositions obligent le juge du tribunal à méconnaître les règles du procès équitable dans la mesure où ils l'obligent à exprimer son opinion avant dire droit dans une affaire, par le fait que la décision interlocutoire qu'il doit prononcer pour admettre en principe la plainte laisse entendre la solution de condamnation qu'il est par la suite presque obligé de prononcer. Il est donc impossible de soutenir qu'un tel magistrat rempli les conditions d'impartialité requises pour rendre justice d'une manière équitable, selon les exigences de l'article 6 de la CEDH, car «le parquet doit soutenir l'action pénale, et le tribunal n'est pas en mesure de se substituer au parquet en tant que titulaire de l'action pénale dans

le cadre de telles affaires parce que le tribunal doit rester impartial, un facteur d'équilibre aussi bien pour le respect des droits de la société, représentée par le procureur, tout comme de l'inculpé». La Cour Constitutionnelle a rejeté cette exception d'inconstitutionnalité car, lorsqu'il décide sur de telles plaintes, le tribunal ne tranche pas le litige sur le fond, mais analyse seulement la légalité et le bien fondé des solutions prononcées par le procureur sur la base des preuves administrées pendant la poursuite pénale et des éventuelles preuves présentées par les parties afin de soutenir leur plainte. Pour trancher le fond du litige les règles de procédure concernant le jugement en première instance et les voies de recours doivent être appliquées d'une manière appropriée. Par conséquent, l'impartialité de la justice n'est pas méconnue non plus, car une fois que le tribunal a été investi par la plainte qu'il a jugée admissible, c'est toujours le procureur qui va soutenir l'action pénale, et dans le cadre du procès sur le fond de l'affaire, il peut demander soit l'acquittement soit la condamnation de l'inculpé. Donc le jugement qui tranche sur la plainte a un autre objet que le jugement sur le fond de l'affaire et il ne peut pas y avoir substitution du Ministère Public par le tribunal saisi de la plainte.

Dans la doctrine il y a eu des nombreuses discussions sur le point de savoir si une dichotomie si nette peut exister entre le jugement sur l'admissibilité de la plainte et le jugement sur le fond de l'affaire pénale. En réalité, lorsque le tribunal qui tranche sur la plainte contre la résolution du procureur décide qu'elle est bien fondée, il est obligé déclencher l'action pénale lui-même, ce qui n'arrive que très exceptionnellement dans le système juridique roumain. Le détail qui fait que les tribunaux n'ont pas l'habitude de déclencher l'action pénale, car ils n'en ont pas les moyens d'effectuer la poursuite pénale nécessaire dans une telle hypothèse, n'avait pas été pris en compte ni par le législateur, ni par le juge constitutionnel. La conséquence directe a été une avalanche des contestations de la constitutionnalité de l'article 278¹ alinéa 8 lettre c) du Code de procédure pénale.

Dans la pratique, certains tribunaux ont estimé que le juge qui a tranché le litige portant sur la plainte est incompatible pour juger aussi le fond de l'affaire, alors que d'autres ont estimé qu'il ne l'est pas. Saisie avec un recours dans l'intérêt de la loi, la Haute Cour de Justice et de Cassation a décidé dans son arrêt n° XV/2006²⁴ d'unifier la pratique dans le sens de la première mentionnée. Par la suite, dans l'arrêt n° XLVIII/2007²⁵ -rendu aussi sur la base d'un recours dans l'intérêt de la loi-, la Haute Cour a décidé que le juge qui décide de retenir la plainte sur le fond ne peut pas procéder immédiatement au jugement du fond de l'affaire, mais doit le renvoyer au procurer afin de commencer ou recommencer la poursuite pénale (et non pas retenir l'affaire et la trancher directement, sans qu'une poursuite pénale existe dans ces dossiers). Finalement, par l'arrêt n° XXXIV/2008²⁶ -rendu aussi pour l'unification de la pratique divergente-, la Haute Cour de Justice et de Cassation a décidé que lorsqu'une demande de changement de l'encadrement juridique est effectué dans le cadre des procédures prévues par l'article 278¹ alinéa 8 lettre c) Code de procédure pénale la plainte ne peut pas constituer l'acte de saisine du tribunal, car l'action pénale doit obligatoirement être introduite par le procureur.

Malgré le caractère technique des détails de procédure pénale, il devient clair que, pour ne pas contredire directement ni le législateur, ni la Cour Constitutionnelle qui avait confirmé la constitutionnalité du choix du premier, la Haute Cour de Justice et de Cassation a construit une jurisprudence qui, en réalité, modifie le contenu de la norme juridique sous le prétexte d'une interprétation rendue nécessaire par des pratiques divergentes. En effet, la Haute Cour s'est érigée en législateur sans l'avouer, mais en pratiquant la politique des petits pas et aidée par l'effet obligatoire des arrêts rendus sur la base des recours pour l'intérêt de la loi, elle a simplement maintenu en vigueur une solution législative abrogée par le Parlement.

Il est intéressant à observer qu'en adoptant cette position la Haute Cour se met dans une situation où elle semble s'opposer à l'Etat de droit, en refusant un moyen de contrôle

sur l'activité du Ministère Public qui, en même temps, est un instrument de protection des droits humains, sous couvert du fait que le déclenchement de l'action pénale directement par les tribunaux était une exception sous l'empire du Code de procédure pénale de 1968. Il est également intéressant à noter que dans ce cas-ci le système judiciaire semble, apparemment, plus enclin à préserver la marge de manœuvre du Ministère public que de formellement respecter le principe de légalité bien qu'il s'agisse de la matière pénale où il a toujours manifesté de scrupules. Pour notre part on estime que dans ce cas-ci il ne s'agit pas tellement de l'aisance qui est procurée par des pratiques bien établies et mieux connues, mais plutôt de la crainte du système judiciaire de se voir dévolu des tâches et compétences nouvelles. Le déclenchement de l'action pénale directement devant le tribunal n'est pas interdit, mais représente l'exception dans le système pénal roumain, et le système judiciaire n'a pas acquiescé à ce que cette exception devienne plus large, même si la loi fondamentale aurait pu le permettre. Dans toutes ces considérations la confrontation avec la Constitution et son nouveau système de valeurs n'a pas effleuré l'esprit des juges et procureurs, qui se sont bornés à raisonner selon des critères totalement étranges à la mission de l'autorité judiciaire dans un Etat de droit. Cette résistance latente a fini, dans quelques situations comme celle décrite plus haut, à faire du système judiciaire un participant à la définition de la matière pénale, même si un diffus, informel, mais extrêmement puissant;

b) Mise en œuvre des sanctions

Comme on a pu constater, en Roumanie le juge ordinaire n'est pas forcément un partenaire ni pour le pouvoir constituant, ni pour le législateur, mais lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre des sanctions pénales (peines) son rôle est incontournable. Les accents qu'il a tendance à mettre sur la fonction répressive de la peine peuvent, parfois, être équilibrés soit par le juge constitutionnel, soit par le constituant, mais des telles revirements sont plutôt rares et dépendent toujours de l'intervention explicite du législateur, absolument nécessaire pour mettre en œuvre les concepts et valeurs constitutionnels.

A titre d'exemple, la révision constitutionnelle de 2003 a élargi la portée du principe de la loi plus favorable de la matière pénale à la matière contraventionnelle²⁷. Toutefois, bien avant cette intervention du pouvoir constituant, le juge constitutionnel avait rendue possible une interprétation extensive de cette exception du principe de l'application des lois dans le temps. Par une jurisprudence constante, bien que sur des lois diverses, la Cour Constitutionnelle a assimilé en matière de sanction plus favorable les contraventions aux infractions, et ce malgré le fait qu'en Roumanie, depuis les années '50, les contraventions ont été dépénalisées²⁸, et traitées selon les règles de la procédure civile.

Dans un premier temps, c'est justement ce détail qui a joué en faveur de l'application du principe de la loi plus favorable en matière de contraventions, même si le juge constitutionnel ne l'a pas formulé de cette manière. Lorsque le législateur avait remplacé la prison contraventionnelle par la sanction des travaux communautaires²⁹ il avait pris le soin de préciser, dans les dispositions transitoires, que la nouvelle loi s'applique aussi aux décisions de justice définitives mais pas mises en exécution jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Il est intéressant à remarquer qu'une exception d'inconstitutionnalité de cette disposition transitoire a été soulevée d'office par un tribunal, qui a fait valoir que, selon le principe de l'application des lois dans le temps, la nouvelle loi ne pouvait être applicable qu'aux contraventions nées après son entrée en vigueur; l'exception constitutionnelle de la loi plus favorable ne visant que la matière pénale, et les contraventions ne faisant plus partie de cette matière depuis 1954, le tribunal exprimait sa perplexité devant un législateur qu'il tenait pour techniquement et juridiquement mal préparé. Dans sa décision n° 236/1999 la Cour Constitutionnelle a fait jouer précisément le fait que les contraventions étaient gouvernées par la procédure civile, et, en matière de procédure civile, la loi nouvelle est d'application immédiate. Par ailleurs, la Cour a fait savoir que l'application dans le temps vise la mise en exécution d'une loi par rapport aux situations juridiques pendantes; le moment

auquel il faut se rapporter dans ce cas précis n'est par celui de l'accomplissement de la contravention, ni celui du début du rapport de la responsabilité administrative, mais bien celui du rapport juridique d'exécution de la décision de justice, or par rapport à ce moment l'apparition de la loi est certainement ultérieure si l'hypothèse de la loi est correctement lue (c'est-à-dire si la décision de justice est définitive mais pas encore mise en exécution).

En faisant valoir la nature civile de la procédure contraventionnelle, le juge constitutionnel a abouti à ce qu'une sanction plus favorable puisse être accessible même aux personnes qui avaient subi des condamnations aux sanctions contraventionnelles (plus lourdes), *de facto* arrivant à élargir la portée de l'exception prévue par la Constitution uniquement pour la matière pénale. En passant, on se doit de remarquer que le tribunal qui avait soulevé d'office l'exception d'inconstitutionnalité avait utilisé une interprétation stricte et étroite du principe de la sécurité juridique, selon laquelle le législateur peut s'attendre à l'application d'une nouvelle loi uniquement par rapport aux situations juridiques nées après son entrée en vigueur, *facta pendentia* restant soumises à l'ancienne loi afin de garantir la meilleure application des lois dans le temps. En revanche, le juge constitutionnel a employé une vision plus moderne et dynamique du principe de l'application des lois dans le temps, selon laquelle *facta pendentia* sont soumises au régime juridique valide à chaque instant.

L'ordonnance du Gouvernement n°2/2001 a remplacé le décret-loi n°31/1954, et elle a maintenu les contraventions dans la sphère de l'illicite administratif et non pas pénal, mais elle a rajouté l'exception de la loi plus favorable. Un autre tribunal a soulevé d'office l'exception d'inconstitutionnalité car les exceptions aux principes généraux du droit, même constitutionnelles, restent de stricte interprétation. Le fait que l'application du principe de la loi plus favorable à la matière contraventionnelle ne résultait plus de l'interprétation d'une loi spéciale, mais était rendue obligatoire par les dispositions de la loi-cadre concernant les contreventions ne suffisait pas au tribunal pour l'accepter en tant qu'exception du principe plus général de l'application des lois dans le temps. Dans sa décision n°197/2003 la Cour Constitutionnelle a dû rappeler que, bien que la Roumanie fait partie des pays qui ont dépénalisé les contraventions, elle reste partie à la CEDH, et selon la jurisprudence constante de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, ce qui est important dans la qualification juridique des faits est le but préventif et répressif de la sanction et non pas tant la qualification formelle (pénale ou contraventionnelle) qui leur est donnée dans chaque système juridique national. De ce point de vue, la différence qui existe dans certains systèmes juridiques nationaux entre crimes, délits et contraventions n'est pas pertinente. Par le biais de l'application prioritaire des traités internationaux dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, l'exception de la loi plus favorable en matière pénale pouvait donc être élargie pour inclure aussi la matière contraventionnelle, même en absence d'une disposition expresse dans ce sens de la Constitution.

Un raisonnement semblable a été utilisé par le juge constitutionnel pour justifier l'application de la présomption d'innocence en matière contraventionnelle, bien que cela n'a été fait que dans les considérants des décisions et non pas dans le dispositif. (décision n°183/2003 et décision n°251/2003).

On se doit toutefois de remarquer le contraste de cette jurisprudence constitutionnelle avec une première décision (n°90/1999) que la Cour avait rendu, et dans laquelle elle affirmait que toute nouvelle loi qui ne prévoit plus certaines contraventions ou qui leur assortit des sanctions moins lourdes qu'auparavant est contraire à la Constitution, car la loi fondamentale a prévu l'exception de la loi plus favorable seulement en matière pénale, et «ni l'article 6 de la CEDH, ni la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne permettent d'arriver à la conclusion que le régime juridique des sanctions contraventionnelles se confond totalement avec celui des sanctions pénales».

Toutefois, par la suite la Cour Constitutionnelle s'est employée à rendre possible une application de l'exception de la loi plus favorable à la matière contraventionnelle, et ce

d'une manière constante. (voir aussi décision n° 318/2003). En guise de victoire, la révision constitutionnelle de 2003 a codifié cette jurisprudence. C'est uniquement à partir de cette date que les tribunaux ont systématiquement eux-aussi appliqué le principe de la loi plus favorable en matière contraventionnelle.

Par ailleurs, le juge constitutionnel roumain s'est toujours bien gardé d'entrer sur le terrain de l'application de la loi, fût-elle pénale. «Les éventuelles erreurs d'application de la loi ne peuvent pas constituer des griefs d'inconstitutionnalité, et, donc, ne peuvent pas être censurées par le juge constitutionnel» (décision n° 824/2010, mais aussi décision n° 281/2010 ou décision n° 1649/2009). Cela revient à dire que le juge ordinaire est libre d'individualiser les sanctions pénales, sans que le constituant, le législateur ou le juge constitutionnel puisse intervenir. Dans ce contexte il faut toutefois préciser que l'individualisation des peines, notamment des peines complémentaires, par le juge ordinaire a déjà fait l'objet des critiques aussi bien de la part du juge constitutionnel que du juge européen. L'exemple des infractions d'insulte et de diffamation mentionné plus haut est illustratif pour la situation dans laquelle ce n'est pas tant la loi que son application qui sont contestées et contestables. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de réparer de telles situations le législateur semble plutôt maladroit et sur-réagir au lieu de chercher les causes réelles du phénomène contestataire.

La répression pénale est un des domaines les plus sensibles dans l'ensemble de la politique d'un Etat. Alors que la Constitution adoptée en 1991 et révisée en 2003 avait fixé un cadre protecteur des droits fondamentaux, et que le juge constitutionnel s'est attelé à la lourde tâche de l'assainissement de la législation pré-constitutionnelle selon les standards établis par la loi fondamentale, le système judiciaire fait semblant de ne pas avoir compris le changement radical intervenu non seulement au niveau de la législation, mais même de sa raison d'être, et, contre vents et marées, se manifeste comme un véritable frein à la réforme générale de l'Etat.

¹ Article 15 *L'universalité*: «(2) La loi ne dispose que pour l'avenir, à l'exception de la loi pénale ou contraventionnelle plus favorable».

² Article 23 *La liberté individuelle*: «(11) Jusqu'à ce que la décision judiciaire de condamnation devienne définitive, toute personne est présumée innocente. (12) Aucune peine ne peut être établie ou appliquée que dans les conditions et sur la base de la loi».

³ Article 94 *Les autres attributions*: «Le Président de la Roumanie exerce également les attributions suivantes: d) il accorde la grâce individuelle».

⁴ Article 23 *La liberté individuelle*: «(2) La perquisition, la détention ou l'arrestation d'une personne ne sont permises que dans les cas et selon la procédure prévus par la loi. (3) La garde à vue ne peut pas dépasser vingt quatre heures. (4) La détention provisoire est ordonnée par le juge et seulement pendant le procès pénal. (5) Pendant la poursuite pénale, la détention provisoire peut être ordonnée pour maximum trente jours et peut être prolongée seulement pour des périodes de maximum trente jours, sans que la durée totale dépasse un intervalle de temps raisonnable, à savoir une période maximale de 180 jours. (6) Dans l'étape du jugement, le tribunal, dans les conditions prévues par la loi, est tenu de vérifier périodiquement et sans pouvoir dépasser un délai de soixante jours, la légalité et le bien-fondé de la détention provisoire et d'ordonner sans retard la mise en liberté de la personne mise en examen si les motifs ayant conduit à la détention provisoire ont cessé ou si le tribunal constate qu'il n'y a pas de nouvelles raisons qui justifient le maintien de la privation de liberté. (7) Les décisions du tribunal portant sur la détention provisoire sont soumises aux voies de recours prévues par la loi. (8) La personne détenue ou arrêtée est informée immédiatement, dans la langue qu'elle comprend, des motifs de sa détention ou de son arrestation, et dans le plus bref délai, de l'accusation portée contre elle; l'accusation est portée à sa connaissance uniquement en présence d'un avocat, de son choix ou commis d'office. (9) La mise en liberté de la personne détenue ou arrêtée est obligatoire si les motifs ayant déterminé ces mesures ont cessé, ainsi qu'en d'autres situations prévues par la loi. (10) La personne en état de détention provisoire a le droit de demander sa mise en liberté provisoire, sous contrôle judiciaire ou sous caution».

⁵ Article 27 *L'inviolabilité du domicile*: «(1) Le domicile et la résidence sont inviolables. [...] (2) Il peut être dérogé, par la loi, aux dispositions prévues à l'alinéa (1) dans les situations suivantes: a) pour exécuter un mandat d'arrestation ou une décision judiciaire; (3) La perquisition est ordonnée par le juge et est opérée

dans les conditions et les formes prévues par la loi. (4) Les perquisitions de nuit sont interdites, sauf en cas d'infractions flagrantes».

⁶ Article 30 *La liberté d'expression*: «(8) Les délits de presse sont établis par la loi».

⁷ Article 72 *L'immunité parlementaire*: «(2) Les députés et les sénateurs peuvent être poursuivis et traduits en justice en matière criminelle pour des faits qui n'ont pas de rapport avec les votes ou les opinions politiques exprimées dans l'exercice de leur mandat, mais ils ne peuvent être perquisitionnés, détenus ou arrêtés sans l'autorisation de la Chambre dont ils font partie, après avoir été entendus. La poursuite et la traduction en justice en matière criminelle ne peuvent être faites que par le Parquet auprès de la Haute Cour de Cassation et de Justice. La compétence de jugement incombe à la Haute Cour de Cassation et de Justice. (3) En cas d'infraction flagrante, les députés ou les sénateurs peuvent être détenus et subir une perquisition. Le ministre de la Justice informe aussitôt le président de la Chambre de la détention et de la perquisition. Au cas où la Chambre saisie constate que la détention n'est pas fondée, elle décide immédiatement de la révocation de cette mesure».

⁸ Article 84 *Les incompatibilités et immunités*: «(2) Le Président de la Roumanie jouit de l'immunité. Les dispositions de l'article 72 alinéa (1) sont applicables de manière analogue».

⁹ Article 96 *La mise en accusation*: «(1) La Chambre des Députés et le Sénat, réunis en séance commune, peuvent décider, à la voix d'au moins deux tiers du nombre des députés et des sénateurs, de mettre le Président de la Roumanie en accusation pour haute trahison. (2) La proposition de mise en accusation peut être initiée par la majorité des députés et des sénateurs et doit être immédiatement portée à la connaissance du Président de la Roumanie afin qu'il puisse donner des explications sur les faits qui lui sont imputés. (3) A partir de la date de mise en accusation et jusqu'à la date de la démission, le Président est suspendu de droit. (4) La compétence de jugement incombe à la Haute Cour de Cassation et de Justice. Le Président est démis de droit à la date où la décision de condamnation demeure définitive».

¹⁰ Article 109 *La responsabilité des membres du Gouvernement*: «(2) Seuls la Chambre des Députés, le Sénat et le Président de la Roumanie ont le droit de demander l'engagement de poursuites pénales à l'encontre des membres du Gouvernement pour les faits commis dans l'exercice de leurs fonctions respectives. Si les poursuites pénales ont été demandées contre eux, le Président de la Roumanie peut décider de les suspendre de leurs fonctions. La traduction en justice d'un membre du Gouvernement entraîne la suspension de ses fonctions. La compétence de jugement appartient à la Haute Cour de Cassation et de Justice. (3) Les cas de responsabilité et les peines applicables aux membres du Gouvernement sont réglementés par une loi portant sur la responsabilité ministérielle».

¹¹ Dans cette décision la Cour Constitutionnelle a expliqué le fait que l'immunité est un accessoire du mandat parlementaire, et par conséquent, elle suit le régime et la vie juridique de ce dernier. La perte de l'immunité n'est valable que pendant le mandat parlementaire concerné ; un nouvel mandat engendre une nouvelle immunité, si bien que les procédures pour l'enlever doivent être reprises à zéro au cas où la poursuite pénale commencée n'a pas été clôturée avant la fin du mandat précédent. Toutefois, les actes de procédure de la poursuite pénale entamée pendant le précédent mandat ne doivent pas être refaits, car ils concernent la même personne. Le juge constitutionnel a ainsi distingué entre actes et procédure de la poursuite pénale, qui restent gouvernés par les règles de la procédure pénale, et les particularités de cette procédure dans un cadre constitutionnel, dont la fonction n'est pas d'entraver le cours du procès pénal, mais de protéger la personne du parlementaire.

¹² Voir notre «Chronique», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 2008*, p. 824 et s.; S.Tanasescu, «Réussite de la procédure de suspension et échec de la déchéance du Président de Roumanie», *Revue française de droit constitutionnel* n° 73/2008, p.181 et s.

¹³ Dans le même sens voir St.Deaconu, «Raspunderea penala a membrilor Guvernului», dans *Raspunderea în dreptul constitutional*, (coord.E.S.Tanasescu), Bucuresti, C.H.Beck, 2007, p.26 et s. ; R. Carp, «Raspunderea penala, civila si contraventionala a membrilor Guvernului», *Dreptul* n° 4/2002, p.130 et s. Pour des commentaires généraux et prémonitoires voir aussi A.Tuculeanu, «Unele consideratii asupra raspunderii juridice a membrilor Parlamentului si a membrilor Guvernului în lumina Constitutiei României», *Dreptul* n° 7/1995, p.15 et s.; T. Draganu, «Responsabilitatea penala a ministrilor în lumina Constitutiei din 1991», *Analele Universitatii Crestine «Dimitrie Cantemir»*, seria *Drept*, 1997, p.15 et s.

¹⁴ Cf. St. Deaconu, «Raspunderea penala a membrilor Guvernului», *Dreptul* n° 1/2007; p.167 et s.

¹⁵ Par exemple Cour Suprême de Justice, sentence pénale n° 1394/9.07.1992 publiée dans *Dreptul* n° 8/1993, p. 89–90; Cour Suprême de Justice, sentence pénale n° 2490/24.11.1992 publiée dans *Dreptul* n° 8/1993, p. 90–91; Tribunal de grande instance Constanta, décision pénale n° 316/8.04.1992 publiée dans *Dreptul* n° 10/1992, p. 94–95; Tribunal de grande instance Constanta, décision pénale n° 71/28.01.1993 publiée dans *Dreptul* n° 7/1993, p. 73–74.

¹⁶ Par exemple la Cour d'Appel, le Tribunal de grande instance et tous les tribunaux de première instance du département de Bacău n'ont fait aucune différence dans l'individualisation de la peine selon la nature juridique de la propriété (publique ou privée) endommagée par l'infraction à partir du moment où il s'agissait des vols contre des sociétés commerciales. (Tribunal de grande instance Bacău, décision pénale n° 29/13.01.1993 – société commerciale à capital entièrement privé et Tribunal de grande instance Bacău, décision pénale n° 306/8.04.1993 – société commerciale à capital entièrement détenu par l'Etat, confirmées par la Cour d'Appel Bacău en tant qu'instance de recours, décision pénale n° 8/23.09.1993 – décisions non publiées).

¹⁷ Seulement pour remplacer un mot dans l'ensemble de la loi pénale (le terme de «malice» avait été remplacé avec celui de «police» par le Décret-loi n° 12/1990 publié dans le J. Off. n° 7/12.01.1990) le législateur avait pris le soin d'adopter un acte normatif qui précisait la terminologie à utiliser pour le future. D'autant plus pour l'abrogation d'un article du Code pénal le législateur aurait dû être attentif et minutieux et ne pas accepter des abrogations implicites.

¹⁸ Costica Bulai, Deciziile Curtii Constitutionale si practica legislativa a Parlamentului în România // URL: <http://www.ccr.ro/default.aspx?page=events/2003/bulai>.

¹⁹ Pour une vue d'ensemble sur l'historique de l'interprétation et la révision de l'article 23 de la Constitution voir A.Crisu, «Comentariu la art. 23» dans *Constitutia României – comentariu pe articole*, (coord. I. Muraru&S. Tanasescu), Bucuresti, C. H. Beck, 2008, p. 217 et s.

²⁰ Loi n° 278/2005 pour la modification du Code pénal et d'autres lois pénales, publiée dans le J. Off. n° 601/12 juillet 2006.

²¹ Voir notre «Chronique», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 2008, p. 811 et s.

²² D. C. Danisor & S. Raduletu, «Competenta Curtii Constitutionale. Insulta. Calomnia. Controlul normelor de abrogare», *Curierul judiciar* n° 3/2007, p. 4–25 ; E. S. Tanasescu, «Insulta si calomnia. Dezincriminare. Demnitate umana. Protectia valorilor constitutionale. Abrogare partiala. Vid legislativ. Competenta Curtii Constitutionale. Efectele deciziilor Curtii Constitutionale»; *Curierul judiciar* n° 4/2007, p. 1–14.

²³ B. Diamant, E. Blându, C. Turianu, «Discutie cu privire la caracterul deciziilor civile ale CSJ, date in Sectiile unite, ca urmare a introducerii unor recursuri în interesul legii», *Dreptul* n° 7/2003, p. 73.

²⁴ <http://www.scj.ro/Decizii%20SU%5CDecizie%20XV%202006.html>.

²⁵ <http://www.scj.ro/Decizii%20SU%5CDecizia%20Nr.%20XLVIII%20%2848%29.html>.

²⁶ <http://www.scj.ro/Decizii%20SU%5Cdecizie%20XXXIV%202008.html>.

²⁷ Dans la rédaction originale le texte de l'article 15 alinéa 2 de la Constitution lisait «la loi dispose seulement pour le futur à l'exception de la loi pénale plus favorable».

²⁸ Par le décret-loi n° 31/1954 et le décret-loi n° 184/1954 les dispositions du Code pénal relatives aux contraventions ont été abrogées et les contraventions ont été considérées comme des déviations de nature administrative, engendrant une responsabilité administrative. Le «petit pénal» des-incriminé, il a été soumis, comme toute la responsabilité administrative, aux règles procédurales de nature civile et non plus pénale.

²⁹ Loi n° 82/1999, publiée dans le J.Off. n° 278/20 juin 2000.

И. А. Андреева*

ГЕНЕЗИС, СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ НАЦИОНАЛЬНОЙ ЖАНДАРМЕРИИ ФРАНЦИИ

Рассматривается трансформация маршальского суда в профессиональную военизированную полицейскую организацию в период Старого режима. Решающее влияние на ее развитие оказала Великая французская революция, когда маршальский суд, который ассоциировался с королевской властью, был преобразован в Национальную жандармерию, ставшую постепенно инструментом укрепления закона в общественной жизни Франции.

Ключевые слова: полицейская система Франции, маршальский суд, жандармерия, милитаризация, полицейская деятельность

The author considers the transformation of the «Marechaussee» to a professional police organization which was a military body during the Old regime. Great French Revolution had the most decisive influence on it. The «Marechaussee», which was associated with the king, was transformed into the «Gendarmerie nationale», which gradually became an instrument of law consolidation in the life of French society.

Key words: French police system, the «Marechaussee», the gendarmery, the militarization, the policing

В последние десятилетия в связи с поиском эффективных моделей полицейской деятельности, вызванным ростом преступности и увеличением запросов общества в сфере обеспечения безопасности, вопросы функционирования полицейских органов оказались в центре внимания как зарубежных, так и отечественных ученых. При этом если проблемы современного организационно-правового развития зарубежных полицейских структур в российской юридической науке изучаются широко, то исторические аспекты редко становятся предметом специального исследования. Вместе с тем обращение к истории полиции выступает важным условием понимания ее развития, так как позволяет выявить ее особую природу, а значит, определить направления изменений этого института в дальнейшем.

Традиционно российские ученые связывают истоки Национальной жандармерии, важнейшего элемента полицейской системы Франции, с Рыцарской королевской гвардией XIII в. и дворянской тяжелой конницей середины XV в. Французские исследователи не меньшее значение придают изучению ее «правоохранительных начал»¹ — Королевской военной полиции «Марешоссе», или маршальского суда. Его история начинается в XIII в., когда у командующего армией — маршала — появились помощники (прево маршалов) для осуществления функций полиции в армии, обеспечения расследования преступлений и правосудия. Прево имели в своем распоряжении сержантов; объединенные в небольшие подразделения, они рассредоточивались по армейским корпусам. Изначально маршальский суд представлял собой централизованную и мобильную военную полицию. На рубеже XV—XVI вв. институт претерпел серьезные изменения, а его юрисдикция была распространена и на гражданское население. С 1474 г. прево маршалов разрешалось назначать заместителя (лейтенанта прево). Практика получила настолько широкое распространение, что лейтенанты, осуществляя функции прево почти во всех провинциях, даже «при-

* Андреева Ирина Анатольевна — кандидат исторических наук, докторант факультета подготовки научно-педагогических кадров Омской академии МВД России (Омск). E-mail: irinandreeva3812@rambler.ru.

своими» себе их наименование. Постепенно маршалский суд превратился в совокупность небольших и довольно автономных региональных подразделений², утратив единство, иерархичность, мобильность. Важное изменение было введено Франциском I (1515–1547), предписавшим маршалскому суду бороться с бродяжничеством и мародерством. В связи с этим увеличилось число подразделений суда, находящихся в непосредственном распоряжении центральной власти³.

Маршалский суд появился в период Средневековья, но только в Новое время, когда он превратился в военизированную государственную организацию, предназначенную для обеспечения общественной безопасности внутри королевства, был институционализирован его двойственный характер. Сыграв значительную роль в «отвоевывании» королевской монополии на легитимное применение силы внутри страны, он также представлял власть короля на определенной территории посредством исполнения правосудия⁴.

В XVII–XVIII вв. монархия, сохранив основное предназначение маршалских судов, приспособливает их к новым задачам охраны общественного порядка. В первой половине XVII в., в период серьезных конфликтов между центральной властью, местной знатью и народом по поводу налоговой политики, выливавшихся в волнения и мятежи в провинциях и городах, проявилась неспособность местной полиции им противодействовать. Меры по усилению маршалского суда (увеличение численности, укрепление внутреннего единства) также не имели успеха. И хотя военное решение проблем влекло большие издержки для государства, в подавлении массовых беспорядков армейские подразделения, особенно специализированные – центральные подразделения маршалского суда, региональные отряды стрелков и всадников при королевских интендантах, показывали бóльшую эффективность, чем полицейские структуры⁵. Это стало одним из важных факторов милитаризации маршалского суда в дальнейшем.

В конце XVII в. были предприняты несколько неудачных попыток превращения маршалского суда в более действенный инструмент борьбы с народными волнениями, например были упразднены его малочисленные подразделения. К 1700 г. маршалский суд, согласно Н. Дионэ, находился в кризисе, поскольку все должности, военные и гражданские, во Франции того периода продавались, а в управлении подразделениями царил хаос⁶. Радикальная реорганизация института была произведена военным министром К. Ле Бланком в 1720 г.⁷ В ходе реформы все подразделения «Марешоссе» были упразднены, вместо них вводилась единообразная структура: в провинциях создавались роты (всего 30 рот, 80 прежних маршалских судов соответствовали приблизительно трем новым ротам), которые в свою очередь делились на бригады (всего 560). Сеть бригад, по 5 человек в каждой, обязанных осуществлять ежедневные объезды подведомственного участка, охватила полицейской службой всю территорию страны. Управление штатом рот, распределение бригад находились в ведении центральной власти, корпус подчинялся государственному военному секретарю. Продажа неофицерских должностей была отменена, постепенно был укреплен принцип назначения и на офицерские должности. Прево-генералы наделялись широкой дисциплинарной и оперативной компетенцией. Центральные роты, переданные королевскому прево, были сохранены. В конечном счете введение системы территориальных бригад изменило положение солдат маршалского суда, которые из членов свиты судьи превратились в полицейских чиновников⁸. Эти изменения стали началом становления уникальной профессиональной государственной полицейской организации, которая была военным учреждением и выполняла полицейские и судебные функции. Ни одно другое европейское государство не располагало такой полицейской силой в XVIII в.

В дальнейшем были приняты меры, соответствующие той же логике профессионализации и территориализации деятельности, на которой основывалась реформа 1720 г.: был увеличен штат, более точно определены отношения с интендантами, губернатора-

ми и военачальниками, введены требования при приеме на службу (обязательный военный опыт), милитаризовано несение службы (с 1769 г. введена форма, воинская дисциплина, проживание в казарме), регламентированы условия карьеры, уточнены вопросы подчиненности⁹. Милитаризация может быть объяснена тем, что следование военной модели было гарантией эффективного подавления волнений и беспорядков.

Законом от 16 февраля 1791 г. депутаты Национальной ассамблеи Франции создали взамен упраздненного маршальского суда новый институт — Национальную жандармерию, которой было поручено восстановить порядок в революционной Франции¹⁰. К этому времени насчитывалось 800 офицеров, назначаемых военным министром, и 6500 унтер-офицеров¹¹. Жандармерия унаследовала структуру, принципы функционирования и задачи маршальского суда. Наименование «национальная» было призвано продемонстрировать ее важнейшую роль в становлении нового политического и общественного порядка. Если всадник маршальского суда находился на службе короля, хотя и бывшего воплощением государства, то жандарм Республики служил закону. Именно жандармы были отождествлены с той государственной силой, действующей в общих интересах, о которой шла речь в ст. 12 Декларации прав человека и гражданина от 26 августа 1789 г.: «Для гарантии прав человека и гражданина необходима государственная сила; она создается в интересах всех, а не для личной пользы тех, кому она вверена»¹². С 1791 г. учреждаются знаки корпуса (трехцветная кокарда, пуговицы с надписью «Сила закона», эмблема в форме плода граната белого цвета вместо белого аксельбанта и цветка лилии), символизирующие его новое предназначение¹³.

Подобно молодой Французской Республике, провозглашенной Конвентом 21 сентября 1792 г., в первое десятилетие своего существования жандармерия переживала период нестабильности, что отрицательно сказывалось на эффективности ее деятельности. Материальные трудности усугублялись тяжелыми условиями несения службы. В 1792 г. Франция вступила в длительную полосу войн, практиковались постоянные «изъятия» жандармов территориальных подразделений для усиления действующей армии. Совет старейшин, констатировав, что «Национальная жандармерия в современном состоянии не может выполнять свои задачи»¹⁴, решил ее реформировать. Закон от 17 апреля 1798 г. комплексно регламентировал службу жандармов. В преамбуле обращалось особое внимание на ее традиционные функции поддержания порядка в сельской местности и на дорогах. Она могла выполнять задачи как административной полиции (предупреждение правонарушений посредством осуществления общего надзора, борьба с бродяжничеством, незаконными мигрантами, сопровождение, конвоирование, поддержание порядка на ярмарках, праздниках и различных собраниях), так и судебной полиции (фиксация преступлений и правонарушений, составление протоколов, рассмотрение заявлений по факту преступлений, сбор доказательств, арест преступников)¹⁵. Закон определил, что Национальная жандармерия находилась в тройном подчинении: Министерству юстиции по вопросам осуществления функций судебной полиции, Военному министерству по вопросам содержания и дисциплины и Министерству внутренних дел по делам общей полиции¹⁶. Это положение зависимости от различных инстанций воспроизводилось на уровне низового звена — бригады: жандармы были обязаны реагировать на запросы административных, судебных и военных властей, предусмотренные законом¹⁷. Реформа 1797—1798 гг. имела в целом положительное значение для развития корпуса. Закон подтвердил элитный характер жандармерии, настоятельно указывая на критерии отбора кандидатов на должность жандармов, которые были идентичны тем, что существовали при приеме на военную службу (возраст не менее 25 лет, наличие военного опыта, умение читать и писать¹⁸).

Определенные меры, особенно важные для формирования корпоративного духа и профессиональной идентичности жандармерии, были предприняты Наполеоном Бонапартом. 29 марта 1800 г. на впервые введенный пост генерального инспектора жандар-

мерии был назначен генерал Э. Раде (Radet), а 3 декабря 1801 г. первый консул учредил пост первого генерального инспектора Национальной жандармерии, на который он назначил дивизионного генерала А.-Ж. Монси (Monsey), впоследствии маршала. У него была собственная штаб-квартира в составе двух генеральных инспекторов (бригадные генералы Э. Раде и Л. Вирион). Монси добился больших результатов в централизации управления корпусом и укреплении его боевого духа¹⁹.

Неоднократные политические перевороты, начиная с 1789 г., дестабилизировали кадровый корпус. В период Реставрации была упразднена генеральная инспекция Национальной жандармерии. Руководство ею было поручено Департаменту жандармерии и военной полиции Военного министерства, с 1832 г. функции управления корпусом выполняло Бюро жандармерии, с 1855 г. – Управление кавалерией. В целом Бурбоны с недоверием относились к институтам, хорошо служившим императору, удивительно, что именно в это время был издан третий по значению для институционального развития Национальной жандармерии органический закон – Ордонанс от 29 октября 1820 г. Новая власть стремилась подчеркнуть свою приверженность монархическим традициям, поэтому, не упоминая о Законе 1798 г., она отсылала к Ордонансу 1778 г. и Закону 1791 г., санкционированному Людовиком XVI²⁰. Численность жандармов была сокращена с 20 000 до 15 000 человек²¹. Корпус состоял из элитной жандармерии, 24 легионов службы в департаментах и морских округах, специальной жандармерии на службе города Парижа²².

Ордонанс 1820 г.²³ был объемнее Закона 1798 г. (320 статей против 236), источниками его стали Ордонанс 1778 г., Закон 1798 г., Уголовно-процессуальный кодекс 1809 г. и Уголовный кодекс 1810 г. В тексте был вновь подтвержден военный характер королевской жандармерии. Назначение или продвижение по службе было определено в ведение Военного министерства, решения, касающиеся офицеров, скреплялись подписью монарха (это правило закрепилось с введением нового органического закона – Декрета 1854 г.). Сохраняя межведомственное подчинение жандармерии, Ордонанс признавал ряд преимуществ за Военным министерством.

Процесс регламентирования профессиональной деятельности жандарма протекал одновременно с утверждением в правовой идеологии французского общества идеи открытости, или большей видимости, деятельности государственных институтов по мере закрепления теории и практики правового государства. Рождались новые представления о профессиональной этике государственных служащих. По крайней мере, теоретически администрация должна была оставаться в стороне от политической борьбы и избирательных кампаний. Жандармерия, прямой наследник института, рожденного абсолютной монархией, благодаря глубокому проникновению в ее этос принципов профессиональной культуры военных достаточно легко адаптировалась к требованию политического нейтралитета. Служение общим интересам, воплощенным в законе, коррелировало с открытостью государственной службы. В связи с этим жандармы должны были носить форму при исполнении служебных функций без каких-либо исключений, а также обязательно протоколировать все совершаемые ими действия. Это положение было закреплено и Декретом от 1 марта 1854 г. в ст. 119: «Ни в коем случае, ни напрямую, ни косвенно, жандармерии не должны поручаться задачи тайного характера, нарушающие ее подлинное предназначение. Ее действие всегда осуществляется в военной форме, открыто и без ухищрений той природы, которая наносит ущерб образу армии»²⁴.

Тем не менее жандармерия оставалась ценным инструментом политической полиции. Регулярно отправлялись детальные доклады по всем аспектам общественного порядка, включая и политический, в Министерство полиции, а потом в Министерство внутренних дел. Жандармерия играла исключительную роль в диалоге между столицей и провинцией. Ведь только она в этот период являлась действительно национальной полицейской силой, рассредоточенной на территории всего государства.

Декрет 1854 г. основывался на двух ведущих принципах: сохранения военного статуса жандармерии и улучшения ее функционирования посредством более точной регламентации служебной деятельности и информирования личного состава об обязанностях. Можно сказать, что и практика, и этика профессии жандарма были систематизированы отныне в одном регламенте, который в связи с этим имел большое воспитательное значение²⁵.

Формирование профессиональной идентичности жандармерии происходило неравно. В условиях долгих войн ее первостепенной задачей была борьба с дезертирством, что рождало отрицательное отношение к жандармам в обществе. Роль, которую играла жандармерия в политической жизни начала XIX в., способствовала формированию представления о ней как об элитной части армии, своего рода преторианской гвардии. В модернизирующихся обществах роль государства возрастает, и, как следствие, увеличивается сопротивление власти. «Вдохновленные духом войны, жандармы Первой империи выполняют обязанности по навязыванию национального порядка непокорным сельским обществам, начиная с непопулярного призыва на военную службу. Они не отступают перед столкновением, из которого они не всегда выходят победителями. Далекая от „общественной силы, установленной для блага всех“, как обещано в Декларации прав человека и гражданина, жандармерия порой ведет себя как оккупационная армия»²⁶. Политические перемены в период Реставрации, участие жандармского корпуса в осуществлении реакционных мер негативно повлияли на его восприятие населением.

Опубликование Ордонанса 1820 г. и начало выхода в свет с 1839 г. «Газеты жандармерии» усилили сплоченность корпуса. Жандармерия не испытывала трудностей в притоке новобранцев: их привлекали не только престиж, которым обладала профессия военного, но и высокое жалованье, право на пенсию после отставки и разрешение на вступление в брак. Жандармы все больше предпочитали методам силового подавления постоянную рутинную работу по упорядочению общественной жизни. На смену образу сурового и, порой, жестокого защитника государства постепенно приходил новый образ жандарма, близкого к жителям и готового прийти им на помощь. По мере того как жандармерия из армейского корпуса, выполняющего полицейские функции, трансформировалась в милитаризованную полицию, она соперничала и одновременно взаимодействовала с гражданской полицией.

Происшедшие в течение первой половины XIX в. изменения в области профессиональной идентичности жандармов французский исследователь А. Ут связывает с процессом профессионализации полиции, ключевым моментом в котором стало введение нормативных правовых актов, детально регламентирующих ее деятельность. В повседневную практику внедрялось составление протокола, благодаря чему осуществился процесс стандартизации профессиональной деятельности жандарма-полицейского²⁷. С точки зрения офицеров, которые управляли корпусом, обучение составлению протокола было своего рода военным упражнением, дисциплинирующим подчиненных²⁸.

Создание Национальной жандармерии в революционный период законами 1791 и 1798 гг. и ее развитие как национального профессионального корпуса, имеющего юрисдикцию на всей территории Франции, стало важнейшим инструментом укрепления публичной (государственной) силы, национального суверенитета, образования государства-нации. Жандармерия играла огромную роль в процессе «национализации» французского общества, особенно сельского населения, хотя бы потому, что именно она принуждала уклоняющихся (дезертиров) к всеобщей военной службе, долгое время призывала на военную службу, управляла резервом, организовывала мобилизацию в случае войны. Таким образом, в бюрократической рутине мирного времени, как и в исключительных обстоятельствах военных лет, жандармерия составляла важный элемент механизма национального воспитания во Франции в XIX–XX вв. Этому способствовали унификация, стандартизация, централизация и милитаризация службы – тенденции,

возникшие в результате преобразований маршалского суда в начале XVIII в., но значительно развившиеся в первой половине XIX в.

Национальная жандармерия успешно преодолевала кризисы и показала способность к эволюции, что позволило ей стать не только оплотом государственного порядка в сельской Франции, но и активным проводником модернизационных импульсов, идущих от центра государства к его периферии, участником процесса аккультурации, дисциплинирования сельских жителей, поскольку именно она способствовала утверждению новых форм общественного регулирования в деревне. Нельзя не отметить интегрирующее значение деятельности жандармерии на окраинах страны. Кроме того, она принимала участие в масштабном сборе статистических данных об общественной и политической жизни и была и «вооруженной рукой» государства, способной достичь самых отдаленных уголков Франции, и его «оком», надзирающим за территорией и населением.

Отношения между государством и обществом не сводились к отношениям господства – подчинения, жандармерия (как, впрочем, и полиция в целом) отвечала на запросы по обеспечению безопасности общества и доводила информацию о его потребностях до верхушки пирамиды власти. Повседневная деятельность жандармов не ограничивалась кругом собственно полицейских задач, например оказанием помощи населению в случае чрезвычайных обстоятельств (несчастных случаев, пожаров, наводнений). И задачи, и организация, и практика жандармерии подтверждают, что в XIX в. управленческая мощь государства значительно усилилась. Оно обеспечивало более быстрое реагирование на проблемы, эффективное применение репрессий. Но это проникновение государства в общественную жизнь не ограничивалось только формами принуждения и надзора, государственные структуры брали на себя функции защиты, воспитания.

«Жандармерия является неотъемлемой частью армии»: это определение фигурировало в преамбулах всех органических законов, регламентировавших функционирование института, ставшего моделью для учреждения полиции, имеющей военный статус, во многих европейских странах, в том числе в России. Специфический административный статус неминуемо должен был вызывать и вызывал конфликты между различными правительственными структурами в борьбе за «овладение» жандармерией. Впервые дискуссии по этому вопросу развернулись после окончания Прусской войны²⁹.

В начале периода Третьей республики критика жандармерии и связанные с ней предложения об изменении военного статуса имели политическую подоплеку в связи с поддержкой жандармами предшествующей власти. К началу XX в. проблема демилитаризации жандармерии стала составной частью кризиса, который переживала система обеспечения безопасности Франции. Все ее элементы – различные учреждения полиции – столкнулись с необходимостью адаптации к новым условиям. Жандармерия, что было подтверждено новым Органическим законом 1903 г., отвечала за безопасность в сельской местности, а там государственный аппарат борьбы с преступностью вновь и вновь показывал свою несостоятельность. В этой ситуации атаки политического характера отошли на второй план. Кризис полицейской системы вызвал глубокую рефлексию по поводу вопроса, кем в профессиональном смысле на тот момент являлись жандармы: военными или полицейскими. Демилитаризация учреждения и его присоединение к Министерству внутренних дел казались логичным шагом на пути к объединению полицейских сил страны. Официально этот вопрос был впервые поднят в парламенте в 1886 г. в связи с обсуждением более общей проблемы о необходимости ужесточения репрессий за бродяжничество и привел к столкновению позиций ряда депутатов, обвинявших жандармерию в политическом консерватизме и неэффективности, и военного министра Ж. Буланже, который категорично высказался в защиту старейшего национального института³⁰. Для усиления противодействия бродяжничеству, считавшемуся главной причиной роста преступности, была создана парламентская комиссия. Ей было поручено изучить функции всех сил полиции и внести предложения об их уточнении. В оконча-

тельном отчете комиссия отметила, что «военные обязанности жандармерии не должны приводить к забвению ее преобладающей в соответствии с органическим законом миссии — быть силой, установленной для обеспечения общественной безопасности»³¹.

Предложения о превращении жандармерии в военизированную полицию, подчиненную МВД, дополнились оригинальными проектами об ее подчинении Министерству юстиции с целью усиления судебной полиции. В исторический момент, когда полицейская система не справлялась со своими задачами, жандармерия была определена на роль слабого звена. С точки зрения руководителей активно модернизированной в тот период гражданской полиции, несовместимость военных функций с обязанностями полицейского и была главной причиной неэффективности полиции Франции.

На фоне повторяющихся и усиливающихся нападков произошла консолидация корпуса, сумевшего выдвинуть защитников своих ценностей и традиций. Еще в 1871 г. капитан жандармерии Тарнье, разработавший «Основы проекта реорганизации жандармерии», писал, что лишение жандармов военного статуса было бы для них равнозначно позору³². Голос протестующих жандармов все громче звучал на страницах специализированных газет («Газета жандармерии», «Маяк», «Прогресс жандармерии» и т. д.). На чашу весов в пользу сохранения Национальной жандармерии как особого элемента системы были положены ее многовековой авторитет, ценности и традиции, и все рациональные аргументы, касающиеся выбора других направлений развития, утратили силу перед этой мощью исторического наследия. Угроза упразднения способствовала подъему корпоративного духа, лейтмотивом большинства рассуждений стал лозунг «Жандармерия — жандармам!»³³, отражавший ее желание приобрести автономное положение и собственное лицо внутри армейского корпуса. Идея была, конечно, не новая, но ее отстаивание приобрело систематический характер.

В этом контексте началось обсуждение общих профессиональных ценностей, выработка которых является основой профессиональной культуры, свидетельством зрелости профессии. Речь шла не о критически-рефлексивном обстоятельном анализе проблем профессии, а о создании мифологии, которая позволила бы стабилизировать как внутреннее, так и внешнее положение жандармского сообщества. Возникает миф о единой, несмотря на ее значительную внутреннюю разнородность, и «вечной» Национальной жандармерии, стоящей на службе республиканских интересов. При этом имидж образцового жандарма был трансформирован с учетом времени. На смену образу храбреца, преданного Отчизне и готового всегда пожертвовать своей жизнью, приходит образ профессионала, оснащенного по последнему слову науки и техники, готового к сотрудничеству с общей полицией. Но предложения о радикальной интеграции жандармерии и полиции встречали резкую критику³⁴.

В совокупности с ритуалами и символами корпуса преэминентность правовой традиции способствовала формированию самосознания жандармов, воспитанию верности определенным ценностям. Не случайно пятый в истории жандармерии органический закон — Декрет от 20 мая 1903 г., не имеющий, правда, масштаба и значения предыдущих документов, — в ответ на проекты реорганизации и демилитаризации жандармерии указывал, что он остался «далек от любого духа систематического обновления», предпочтя сохранение «главных основ», заложенных в 1798 г. и воспроизведенных в 1854 г.³⁵ Декрет 1903 г. с внесенными изменениями действовал до 2009 г.

Когда к концу Первой мировой войны забытые были идеи об унификации всех служб полиции, а значит, и демилитаризации жандармерии вновь стали актуальны, она встретила их во всеоружии. К этому времени Национальная жандармерия Франции приобрела автономное управление в Военном министерстве, руководители которого имели возможность донести позицию корпуса напрямую главе государства. Военный характер жандармерии вновь оказался востребован: жандармы выполняли операции по поддержанию порядка, поскольку армия постепенно отказывалась от исполнения этих функций.

Несмотря на критику и множество предложений о преобразовании в первой четверти XX в., победило мнение, что жандармерия — незаменимый инструмент обеспечения безопасности, который необходимо сохранить, не деформируя.

Считаем весьма убедительным и обоснованным высказывание французского историка Л. Лопеза³⁶ о развитии взаимоотношений между Национальной жандармерией и институтами гражданской полиции в тот период. Вопреки распространенному в научной традиции представлению об острой конкуренции между полицией и жандармерией он отмечает, что происходило постепенное заимствование жандармами опыта, наработанного подразделениями судебной полиции столичной Префектуры, включение жандармов в общее профессиональное пространство благодаря совместному с полицейскими обучению (например, методу словесного портрета и антропометрии) и собственной профессиональной подготовке. В условиях, когда внимание общественности было приковано к вопросам безопасности, признание социальной значимости осуществляемой работы жандармы получали в большей степени от МВД, чем от руководителей военного ведомства, рассматривающих тягости и опасности службы жандармов как незначительные, что немало способствовало их сближению с полицейскими. Централизация уголовного розыска, развитие криминалистической техники, обеспечение безопасности населения делали невозможным существование жандармерии вне постоянной и усиливающейся связи с гражданским обществом³⁷.

Межвоенное время представляет важнейший период в истории модернизации учреждения: создание школы офицеров жандармерии (1918 г.) и управления жандармерии (1920 г.), формирование мобильных групп жандармерии, специально предназначенных для поддержания порядка (ставших мобильной республиканской гвардией в 1926 г. и переименованной в мобильную жандармерию в 1954 г.), телефонизация жандармских постов (1918 г.), применение мотоциклов и автомобилей (1932 г.), развитие дорожной полиции (1928 г.)³⁸.

Несмотря на сохранение военного статуса и специфического административного положения жандармского корпуса в период Третьей республики, очевидно стремление к его функциональной демилитаризации, навязываемое полицейскими и военными. Тенденция к централизации полиции, мощно заявившая о себе уже в начале периода, усиливается под воздействием кризиса в сфере обеспечения общественной безопасности рубежа XIX—XX вв. В глазах политических деятелей, ученых-юристов, представляющих общественное мнение в средствах массовой печати, концентрация сил, обеспечивающих общественный порядок, в ведении Министерства внутренних дел являлась главным условием повышения эффективности уголовного преследования преступников, поскольку благоприятствовала бы их сотрудничеству. Хотя этого не произошло, напротив, Национальная жандармерия сохранила свою самостоятельность, предопределив формирование централизованной дуалистичной полицейской системы, взаимодополнительность и взаимодействие элементов системы усилились. Обеспечение определенного уровня интегрированности системы позволило преодолеть ее выявившуюся дисфункцию, обеспечив дальнейшее поступательное развитие.

Национальная жандармерия Франции после Второй мировой войны сохранила статус военизированной полиции. Специфичность и сложность ее миссий, так же как выполнение ею функций военного правосудия, стали аргументом в пользу сохранения ее особого положения, она постепенно увеличивала свою самостоятельность внутри Министерства обороны. В 1946 г. была создана Главная инспекция Национальной жандармерии. С этого времени до 2004 г. директором жандармерии назначалось гражданское лицо — префект или магистрат. Новым шагом к приобретению автономии было предоставление ей отдельного бюджета декретами 1991 и 2000 гг. как четвертому корпусу армии³⁹. Обособлению способствовало развитие системы профессионального образования, а дистанцированию от военных — изъятие из ее полномочий в 1986 г. функций

военной юстиции. Но еще в 1981 г. Дирекция жандармерии и военной юстиции была преобразована в Генеральную дирекцию Национальной жандармерии, которая обеспечивала функционирование всего института: жандармерии департаментов, мобильной и специализированной жандармерии.

За более чем двухсотлетний период развития к началу 1980-х гг. сложилась правовая основа деятельности Национальной жандармерии. Начиная с 1970 г. жандармерия была значительно модернизирована: созданы следственные бригады для ее профессионализации по линии судебной полиции, проводилась специализация по борьбе против терроризма. В начале 1980-х гг. жандармерия, в отличие от полиции в целом, оказалась вне зоны общественной критики. Особое внимание уделялось проблемам безопасности в городском пространстве, что вылилось в разработку в 1980–1990-х гг. «политики города», направленной на устранение условий, порождающих рост преступности. В связи с тем что Национальная жандармерия принимала в ней активное участие, а также поскольку по сравнению с Национальной полицией в 1980-е гг. она имела лучшую профессиональную подготовку, была лучше снабжена в материально-техническом отношении, проблема ее реформы встала значительно позже.

Процесс урбанизации, приведший к значительному увеличению населения, живущего в районах, где общественная безопасность обеспечивалась Национальной жандармерией, требовал ее адаптации к изменившейся социально-демографической ситуации. Кроме того, демографическое развитие бывших сельских районов Франции, находящихся в юрисдикции жандармерии, отличалось крайней неравномерностью: одни практически обезлюдели, другие, напротив, превратились в густонаселенные пригороды. Образно говоря, сельские жандармы стали, с одной стороны — «жандармами городов», с другой — «жандармами полей». Таким образом, принцип, который лежал в основе организации жандармерии с момента ее создания — равномерное распределение ее сил по всей территории страны, — был поставлен под сомнение.

К началу 1990-х гг. выявились ключевые задачи развития Национальной жандармерии: совершенствование ее территориальной организации (оптимальное распределение жандармов на территории государства для удовлетворения возросших потребностей населения в сфере безопасности, перераспределение зон ответственности между ней и Национальной полицией); расширение участия в коллективном обеспечении безопасности (развитие форм взаимодействия с государственными и негосударственными субъектами обеспечения безопасности, в первую очередь с органами Национальной полиции).

В 2003 г. во Франции 462 бригады, располагающие достаточной численностью, позволяющей автономно функционировать, были сохранены в качестве отдельных подразделений; 2531 небольшая бригада, неспособная организовать деятельность в соответствии с новыми требованиями, были сведены в 827 объединений бригад с общим командованием. Таким образом, эта реформа означала компромисс между требованиями территориальности и рациональности публичного управления, но она вполне может привести к постепенному ослаблению постоянного территориального присутствия жандармерии в сельской местности.

Поиск лучшей модели координации между полицией и жандармерией не ограничивался территориальными перемещениями кадрового состава. Декрет от 19 сентября 1996 г. определил условия организации сотрудничества между службами. Статья 2 Декрета закрепила принцип, что в коммунах, где установлен режим государственной полиции, исключительную ответственность за обеспечение безопасности и общественного спокойствия несет полиция, в остальных коммунах — жандармерия. Координация действий обеих служб на уровне департамента была возложена на префекта. Декретом учрежден паритетный совет по материально-техническому обеспечению, организации тыла и снабжению.

Десятилетиями французы видели серьезные преимущества в дуалистичности своей полицейской системы, специфику которой придавал также уникальный статус жандармерии, сочетавший линейную (Военному министерству) и функциональную (Военному министерству и министерствам внутренних дел и юстиции) подчиненность. Аргументы французских административистов заключались в следующем: дуализм полицейской системы является своеобразной страховкой от возможных злоупотреблений со стороны силовых структур; жесткая конкуренция между полицейскими структурами способствует их взаимному контролю в интересах гражданского общества; получение информации политическим руководством страны из различных источников – гарантия ее более объективного характера и т. д.⁴⁰

Однако беспрецедентный рост преступности и увеличение запросов общества в сфере обеспечения безопасности побудили Францию, как и другие страны, искать более эффективные стратегии полицейской деятельности, среди которых пальма первенства принадлежит созданию международных, национальных, региональных и территориальных механизмов сотрудничества. Французская Республика, в которой традиционное институциональное многообразие сферы обеспечения безопасности стало в определенный период препятствием для ее эффективности, в течение последних десятилетий активно решала проблему координации деятельности своих правоохранительных институтов, нарабатывая значительный опыт в реализации кооперативных стратегий охраны правопорядка и борьбы с преступностью, выбрав путь интеграции полицейской системы.

В 2007 г. в двух официальных выступлениях: министра внутренних дел (22 октября) и президента Республики (29 ноября) – были представлены проекты сближения полиции и жандармерии при их подчинении Министерству внутренних дел. Эти меры соответствовали логике развернувшейся во Франции государственной реформы – Генеральной ревизии публичной политики (RGPP)⁴¹. Стержневая идея реформы состояла в объединении ресурсов двух правоохранительных институтов страны и улучшении координации управления их служебными подразделениями для более полного удовлетворения запросов граждан и экономного расходования средств, выделяемых на безопасность страны. В рабочем документе, составленном комиссией, осуществлявшей аудит государственной политики в сфере безопасности, доказывалась необходимость такого объединения⁴².

В своем выступлении глава государства объявил о трех важных направлениях реформы, касающейся жандармерии: подчинение жандармерии Министерству внутренних дел при сохранении ею статуса военизированного органа; подготовка нового органического закона; выработка мер по сближению условий прохождения службы⁴³.

Закон о Национальной жандармерии был принят 3 августа 2009 г. Он основывается на трех принципах: сосуществование внутри Республики двух сил безопасности; сохранение военного статуса жандармерии; организационное и функциональное присоединение жандармерии к Министерству внутренних дел и, как следствие, подтверждение властных полномочий префекта, выступающего на местном уровне в роли руководителя обеих полицейских сил. Закон сохранил основные миссии жандармерии.

Важнейшая реформа в истории полиции Франции вызвала ожесточенные споры. Сегодня во Франции мало кто всерьез станет утверждать, что эффективность полицейской системы прямо зависит от ее дуализма или что существование нескольких сил полиции избавляет от полицейского произвола. Исторический опыт показал, что эти проблемы не имеют простого решения. Кроме того, полицейская сфера многих стран, не обладающих несколькими полицейскими институтами, не менее эффективна, при этом сами государства не являются менее демократическими. Поэтому критики обращают внимание на те проблемы, порождаемые реформой, что связаны с человеческим фактором, от которых в конечном счете зависит судьба любых преобразований.

Помимо объединения жандармерии и полиции предметом дискуссии стал ее военный статус. Предложения о демилитаризации жандармерии появились еще в конце XIX в., высказывались они и в ходе обсуждения реформы 2009 г. Поскольку от военного статуса прямо зависел, по мнению представителей руководства жандармерии, ее престиж, приобретенный многовековой службой государству, то он был сохранен. У решения был и экономический мотив: изменение военного статуса жандармов и распространение на них норм труда, принятых в Национальной полиции, потребовало бы значительного увеличения их численности.

Законы о безопасности 1995, 2001, 2002, 2003 гг. обеспечили всеобщую мобилизацию (государства и общества, государственных и негосударственных структур) для борьбы с преступностью, актуализировали проблему координации государственных служб безопасности, подталкивая их к организационной реформе. Отношения Национальной жандармерии и Национальной полиции никогда не сводились к модели «война полиций». Сотрудничество в осуществлении функций уголовной и административной полиции традиционно рассматривалось руководителями обеих правоохранительных структур как необходимое условие успешной деятельности. Какая бы оценка ни давалась реформе («настоящая революция, положившая конец „войне полиций“ с целью увеличения эффективности и сокращения расходов» (П. Мадлин) или «похороны древнейшего государственного института» во имя экономической рентабельности (Л. Мукчиелли), ясно, что она, имея серьезные причины и достаточные предпосылки, является лишь начальным этапом дальнейшего сближения и государственных институтов, и профессий полицейского и жандарма.

¹ Смирнов Л. Л. Организационно-правовые основы формирования и функционирования Национальной жандармерии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 14.

² De Chamberet G. Précis historique sur la gendarmerie depuis les premiers temps de la monarchie jusqu'à nos jours. P., 1861. P. 38, 47.

³ Luc J.-N. Gendarmerie, état et société au XIXe siècle // Gendarmerie, état et société au XIXe siècle / J.-N. Luc (dir). P., 2002. P. 31.

⁴ Dyonet N. La marechaussee et la ville en France au XVIIIe siècle // Le pénal dans tous ses états: justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe–XXe siècles). St Louis, 1997. P. 323.

⁵ Fijnaut C. Les origines de l'appareil policier moderne en Europe de l'Ouest continentale // Déviance et société. 1980. № 1. P. 19; URL: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ds_03787931_1980_num_4_1_1033?luceneQuery=%2BauthorId%3A%22auteur+ds_27%22&words=auteur%20ds_27.

⁶ Dyonet N. Op. cit. P. 323.

⁷ Emsley C. Gendarmes and the state in nineteenth-century Europe. Oxford, 1999. P. 15.

⁸ Fijnaut C. Op. cit. P. 28.

⁹ De Chamberet G. Op. cit. P. 107–108.

¹⁰ Berlière J.-M. Le monde des polices en France: XIXe–XXe siècles. P., 1996. P. 16.

¹¹ Dieu F. La Gendarmerie, secrets d'un corps. Editions Complexe. P., 2002. P. 55.

¹² Документы истории Великой французской революции / отв. ред. А. В. Адо. М., 1990. Т. 1. С. 112–113.

¹³ Luc J.-N. Op. cit. P. 36.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid. P. 35.

¹⁶ Dieu F. Op. cit. P. 56.

¹⁷ Lepetit G. Les débuts tourmentés de la Gendarmerie Nationale (1791–1799) // Revue de la Gendarmerie nationale. 2003. № 208; URL: <http://www.servicehistorique.sga.defense.gouv.fr/04histoire/articles/gendarmerie/histoire/lepetit2/pa1.htm>.

¹⁸ Sicard F. Histoire des institutions militaires des Français: suivie d'un aperçu sur la marine militaire: avec un atlas de 200 planches, représentant les uniformes anciens et modernes, les armures, les machines de guerre etc., etc. Correard, 1834. P. 100.

¹⁹ Ebel É. Le processus d'héroïsation du maréchal Moncey, figure emblématique de la gendarmerie // Gendarmerie, état et société au XIXe siècle. P. 56.

²⁰ Luc J.-N. Op. cit. P. 39.

²¹ Berlière J.-M. Op. cit. P. 18.

²² Sicard M. F. Op. cit. P. 114.

²³ Luc J.-N. Op. cit. P. 40–50.

²⁴ Décret portant règlement sur l'organisation et le service de la Gendarmerie du 1er mars 1854 // URL: <http://www.servicehistorique.sga.defense.gouv.fr/04histoire/dossierdushd/histoiregendarmerie/organfonct/décret1854>.

²⁵ Luc J.-N. Op. cit. P. 43.

²⁶ Lignereux A. 1800–1859. Comment naissent les rébellions // Revue d'histoire du XIXe siècle. 2007. № 35, mis en ligne le 30 octobre 2008; URL: <http://rh19.revues.org//index2162.html>.

²⁷ Houte A. La fabrique du procès-verbal dans la France du XIXe siècle: contribution à l'histoire de l'écrit administratif // L'Atelier du Centre de recherches historiques. 2009. № 5; URL: <http://acrh.revues.org/index1488.html>.

²⁸ Ibid.

²⁹ Borda X. Gendarmerie et statut militaire. Les projets de démilitarisation de la gendarmerie sous la Troisième République // Gendarmerie, état et société au XIXe siècle. P. 91.

³⁰ Ibid. P. 94.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid. P. 159.

³⁴ López L. 1912, l'affaire Bonnot: les effets contradictoires d'une crise sécuritaire sur les polices et la gendarmerie // Socio-logos. 2007. № 2; URL: <http://socio-logos.revues.org/document521.html>.

³⁵ Luc J.-N. Op. cit. P. 48.

³⁶ López L. Op. cit.

³⁷ Ibid.

³⁸ Dieu F. Op. cit. P. 63.

³⁹ Chichignoud C. La gendarmerie, force de sécurité au service de la nation // Hérodote. 2005. № 1; URL: <http://www.cairn.info/revue-herodote-2005-1-page-82.htm>.

⁴⁰ Быков А. В. Континентальная модель обеспечения внутренней безопасности государства // Рос. следователь. 2007. № 8. С. 27.

⁴¹ Delaunay B., Le Clainche M., Rihal H. et Rouban L. Chronique de l'administration // Revue française d'administration publique. 2008. № 1. P. 202.

⁴² Madelin Ph. Police et gendarmerie: dégraisser le mammouth 23/10/2007 // URL: <http://rue89.com/2007/10/23/police-et-gendarmerie-degraisser-le-mammouth?page=1>.

⁴³ Delaunay B., Le Clainche M., Rihal H. et Rouban L. Op. cit. P. 208.

В. Ш. Шайхатдинов *

Е. А. Силкина **

ВОПРОСЫ ПРАВА СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ГЕРМАНСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

Рассматриваются основные вопросы социального обеспечения в Германии. Исследуются определения права социального обеспечения, его предмет, разновидности социальных услуг. Приводится обзор положений немецких учебников по названному предмету.

Ключевые слова: социальное обеспечение, социальное страхование, семейные пособия, социальная помощь

Main issues of social security in Germany are considered. Definitions of the law of social security, its subject, kinds of social services are investigated. An overview of provisions of German textbooks for analyzed theme is given.

Key words: social security, social insurance, family allowances, social assistance

Федеративная Республика Германия относится к числу стран-родоначальниц науки права социального обеспечения. Законодательство о социальном обеспечении ФРГ весьма прогрессивно, а германская система социального обеспечения отличается гибкостью и эффективностью. Именно поэтому несомненный научный интерес представляет изучение правового регулирования, а также научное осмысление вопросов права социального обеспечения Германии.

В Германии «право социального обеспечения» употребляется в трех значениях: как область права, в которой отразилась социальная идея защиты слабых; как третья ветвь права, наряду с частным и публичным правом; как отдельная область права, в предмет которой входят выплаты по социальному страхованию. По мнению Э. Эйхенхофера, профессора Университета им. Ф. Шиллера (Йена), необходимо придерживаться третьей позиции, различая при этом социальное право (*das soziale Recht*) и право социального обеспечения (*das Sozialrecht*). Если социальное право нацелено на реализацию социальных принципов в различных областях применения права (к примеру, защита должника, охрана прав квартиросъемщика, защита прав потребителя, наемного работника и т. д.), то право социального обеспечения возникло в результате развития социальной идеи защиты слабых. Автор делает вывод, что право социального обеспечения — составная часть социального права, которое, в свою очередь, является частью права в целом¹. Такой подход в основном совпадает со взглядами российских ученых на соотношение надотрасли социального права и отрасли права социального обеспечения.

Э. Эйхенхофер предлагает два определения законодательства о социальном обеспечении²:

это совокупность правовых норм, регулирующих предоставление государством обслуживания, вещей или денежных выплат гражданам на основании предварительного обеспечения, с целью компенсации ущерба, содействия в получении профессионального образования или трудоустройстве либо при нуждаемости;

* Шайхатдинов Владимир Шамильевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой социального права, государственной и муниципальной службы Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). Рабочий телефон: (343) 375-52-32.

** Силкина Екатерина Алексеевна — аспирант кафедры социального права, государственной и муниципальной службы Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: easilkina@mail.ru.

это совокупность правовых норм, регулирующих социальное страхование (пенсионное страхование (*die Rentenversicherung*), страхование на случай болезни (*die Krankenversicherung*), страхование на случай необходимости ухода (*die Pflegeversicherung*), страхование от несчастных случаев (*die Unfallversicherung*), страхование на случай безработицы (*die Arbeitslosenversicherung*), социальное возмещение (обеспечение жертв войны, насилия, компенсация вреда от вакцинации и в случаях так называемого неподлинного страхования от несчастных случаев), социальное содействие (компенсация семейных расходов, содействие в получении профессионального образования или трудоустройстве, реабилитация) и социальную помощь (социальная помощь, помощь безработным, забота о жертвах войны, помощь несовершеннолетним).

Эти определения, на наш взгляд, взаимно дополняют друг друга: первое включает признаки законодательства о социальном обеспечении, а во втором приводится исчерпывающий перечень соответствующих правовых институтов.

Предмет права социального обеспечения в Германии составляет законодательство об управлении социальными услугами как особая часть административного законодательства. При этом социальные услуги (*die Sozialleistungen*) представляют собой обобщающее понятие для трех видов обеспечения: предоставление услуг (*die Dienstleistungen*), вещные предоставления (*die Sachleistungen*), денежные выплаты (*die Geldleistungen*). Предмет права социального обеспечения в России несколько шире, чем в Германии, в него входят не только процедурные, процессуальные отношения в области социального обеспечения, но и материальные правоотношения по предоставлению различных видов обеспечения, являющиеся ядром предмета отрасли.

В зависимости от оснований предоставления, отдельных видов социальных услуг, содержания услуг, а также от органа, предоставляющего обеспечение, выделяются четыре блока социального обеспечения: «социальное предварительное обеспечение» (*soziale Vorsorge*), «социальное возмещение» (*soziale Entschädigung*), «социальное содействие» (*soziale Förderung*), «социальная помощь» (*soziale Hilfe*)³.

Социальное предварительное обеспечение существует для смягчения, устранения последствий социальных рисков в пенсионном страховании, страховании на случай болезни, от несчастных случаев и безработицы, предоставляется из особого имущества уполномоченного государственного органа. Таким образом, социальное предварительное обеспечение охватывает социальное страхование. Социальное возмещение – это компенсации лицам, пострадавшим в интересах общества (жертвы войны, насилия, военнослужащие и гражданские служащие, которым нанесен вред в результате их профессиональной деятельности). Социальное содействие направлено на оказание помощи в трудоустройстве, профессиональном обучении и переобучении; социальное содействие также включает предоставление выплат семьям, дотации на аренду жилья, реабилитацию и социализацию лиц с ограниченными возможностями. Социальная помощь нацелена на обеспечение прожиточного минимума, оказание помощи в особых жизненных ситуациях, обеспечение условий для развития и воспитания детей.

Рассуждая об истории, настоящем и будущем права социального обеспечения, Э. Эйхенхофер констатирует, что распределительная система социального обеспечения Германии в результате спада рождаемости, роста продолжительности жизни населения, безработицы, иных экономических вызовов может привести к пробелам в финансировании социального обеспечения. Автор видит выход в постепенной перестройке распределительной системы социального обеспечения по долгосрочным социальным рискам (нетрудоспособность, старость, болезнь, нуждаемость в уходе) в накопительную систему, а также в постепенном расширении частного обеспечения. Законодатель уже проводит преобразования в данном направлении. Подчеркивается, что в будущем объем предоставляемых социальных услуг должен соответствовать демографической ситуации и изменениям в сфере занятости⁴.

Интересна предложенная Эйхенхофером классификация социальных услуг⁵.

В зависимости от содержания выделяются уже названные: 1) предоставление услуг (консультирование либо фактическая помощь, в частности лечение, уход на дому, помощь в ведении хозяйства, помощь со стороны предприятия, лечебная гимнастика, содействие в трудоустройстве); 2) вещные предоставления (предоставление на время или передача в собственность медикаментов, перевязочных средств, протезов, кресел-колясок и др.); 3) денежные выплаты (пенсии, пособия по болезни, выплаты потерпевшим).

Социальные услуги подразделяются также по обязательности их предоставления: услуги, предоставляемые в обязательном порядке (например, пенсия по старости), и услуги, оказываемые по усмотрению органа, предоставляющего социальное обеспечение (при реабилитации или содействии в трудоустройстве и пр.).

По направленности различаются каузальные и финальные социальные услуги. Каузальные социальные услуги предоставляются по основаниям, находящимся в прошлом (causa): пенсионное страхование, страхование на случай болезни, от несчастных случаев, оказание помощи жертвам войны и др. Финальные социальные услуги, напротив, направлены на достижение определенного результата в будущем (finis): содействие в трудоустройстве и профессиональном обучении, реабилитация инвалидов и т. д.

Выделяют три основных принципа, на базе которых осуществляется социальное обеспечение ФРГ: принцип страхования (социальное страхование), принцип попечения (например, обеспечение жертв войн), принцип социальной помощи (обеспечение пособиями по безработице, социальными пособиями)⁶.

Пенсионное страхование охватывает обеспечение по старости, инвалидности и по случаю потери кормильца наемных работников, самозанятых лиц и членов их семей. Оно строится на нескольких основных принципах: 1) принцип страхования (установление обеспечения независимо от нуждаемости в ней управомоченного лица, размер обеспечения исчисляется не из взносов, а из доходов застрахованного); 2) принцип распределения и договор поколений; 3) принцип социальной компенсации (при назначении пенсии учитываются периоды, в которые не вносились страховые взносы, к примеру время воспитания детей)⁷.

Общие условия для назначения пенсии по старости в Германии – достижение 65 лет и наличие страхового стажа не менее 60 календарных месяцев. Однако при наличии не менее 35 лет страхового стажа граждане вправе получать пенсию по достижении 62 лет (для долгосрочно застрахованных) либо 63 лет (для лиц, страдающих тяжелым физическим недостатком). Граждане, рожденные до 1952 г., вправе претендовать на досрочную пенсию по старости, если они долгосрочно застрахованы, страдают тяжелым физическим недостатком, безработны, частично заняты вследствие возраста или являются женщинами.

С 2012 по 2029 г. в ФРГ пройдет постепенное повышение пенсионного возраста (его планируется увеличить до 67 лет). Для граждан, рожденных с 1947 по 1958 г., пенсионный возраст за каждый год указанного периода будет повышаться на один месяц, а с 1959 по 1964 г. – на два месяца.

Снижение трудоспособности (Erwerbsminderung) – условие (социальный риск) назначения пенсии по инвалидности. Различаются полная и частичная нетрудоспособность, при первой выплачивается полная пенсия по инвалидности, при второй – половина пенсии. При этом под полной утратой трудоспособности в законодательстве ФРГ понимается такое состояние застрахованного лица, при котором он до достижения пенсионного возраста вследствие болезни или инвалидности не в состоянии осуществлять нормальную профессиональную деятельность более трех часов ежедневно⁸. Продолжительность ежедневной работы частично нетрудоспособного лица составляет от трех до шести часов.

При назначении пенсии по случаю потери кормильца в круг обеспечиваемых лиц входят супруг, дети до 18 лет, обучающиеся дети до 27 лет, а также нетрудоспособные дети.

Безусловный интерес представляет способ исчисления пенсии в Германии⁹. Пенсия исчисляется по формуле:

пенсия = (личный коэффициент по заработной плате) × (фактор поступлений) × (фактор вида пенсии) × (актуальная стоимость пенсий).

При этом личный коэффициент по заработной плате определяется путем суммирования ежегодных отношений доходов застрахованного лица к среднему доходу застрахованных лиц по ФРГ. При равенстве годового дохода застрахованного лица среднему годовому доходу по ФРГ личный коэффициент за данный год равен единице. При этом в ФРГ не устанавливается ограничение величины данного коэффициента, в отличие от России, где указанный коэффициент не может превышать 1,2. Такой способ учета доходов граждан предпочтителен, поскольку полнее отражает трудовой вклад застрахованного лица в его пенсионные права.

Фактор поступлений выражает надбавки и сокращения пенсий. Изначально он составляет единицу для тех, кто выходит на пенсию в 65 лет. К нему прибавляется по 0,005 пункта за каждый дополнительно отработанный месяц или вычитается по 0,003 пункта за каждый не отработанный месяц при уходе на пенсию до 65 лет. Величина фактора поступлений, как и стажевого коэффициента в России (абз. 4 ч. 3 ст. 30 ФЗ «О трудовых пенсиях в РФ»¹⁰), зависит в первую очередь от возраста и продолжительности стажа застрахованного лица. При этом величина фактора поступлений в ФРГ не ограничивается.

Фактор вида пенсии для пенсии по старости и по инвалидности составляет единицу, а для пенсии по случаю утраты профессиональной трудоспособности — 0,6667.

Актуальная стоимость пенсий устанавливается ежегодно, зависит от территории проживания пенсионера и составляла в 2010 г. 27,20 евро в западных землях ФРГ и 24,13 евро — в восточных. С помощью института актуальной стоимости пенсий законодатель ФРГ достигает оптимального соотношения размера пенсии с инфляцией.

Особый институт германской системы социального обеспечения — это уравнивание пенсионных прав супругов (*Versorgungsausgleich*). Данный институт может выступать дополнительной гарантией при прекращении брака для супруга, который не работал во время брака либо имел незначительный доход по сравнению с другим супругом. Как правило, условие об уравнивании пенсионных прав супругов закрепляется в брачном договоре и проверяется семейным судом.

Страхование на случай болезни в ФРГ существует в трех формах: частное страхование, социальное страхование, а также страхование в форме субсидирования¹¹. Частное страхование на случай болезни существует для самозанятого населения, наемных работников, чьи доходы превышают обязательную страховую границу для социального страхования на случай болезни. При частном страховании возможно согласование с пациентом объема услуг, формы лечения и т. д., действует принцип возмещения расходов. Субсидирование также основывается на данном принципе, однако покрывает расходы на лечение служащих. В социальном страховании на случай болезни, напротив, действует принцип фактического исполнения.

Выделяются следующие виды социального обеспечения по болезни: предупреждение болезни (воспитание здорового образа жизни, профилактика, медицинские исследования и др.), лечение болезни (врачебное или зубо-врачебное лечение, обеспечение медикаментами, перевязочными средствами, лекарственными и вспомогательными средствами, лечение на дому, лечение в больнице и пр.), а также предоставление пособия по случаю болезни (*das Krankengeld*).

Работодатель обязан выплачивать нетрудоспособному работнику 100 % регулярного (среднего) заработка до 6 недель с момента наступления нетрудоспособности. В случае

прекращения выплат работодателем (при более длительном сроке лечения) больничная касса выплачивает пособие по данной болезни в размере, достигающем 70 % от среднего заработка, но не дольше 78 недель¹².

Необходимо отметить особенности германской системы страхования от несчастных случаев. В ее рамках существуют подлинное и неподлинное страхование от несчастных случаев. Первое предоставляет защиту от несчастных случаев наемным работникам и приравненным к ним лицам, второе предназначено для лиц, пострадавших в интересах общества, к примеру лиц, пострадавших от вакцинации, доноров крови или органов, и регулируется законодательством о социальном возмещении.

При этом в качестве страхового случая в подлинном страховании от несчастных случаев выступают несчастный случай на производстве и профессиональное заболевание. Несчастный случай на производстве характеризуется рядом признаков: наличие несчастного случая, краткосрочность воздействия, определенные обстоятельства несчастного случая. Так, несчастным случаем на производстве считается несчастный случай, произошедший при исполнении трудовых обязанностей, при приеме пищи в столовой предприятия, при участии в спортивных мероприятиях, проводимых предприятием, на прямом пути с работы или на работу (включая отклонения от пути по некоторым обстоятельствам, к примеру из-за необходимости забрать ребенка из детского сада).

Страхование от несчастных случаев включает предоставление при наступлении несчастного случая лечебных процедур, действия по профессиональной и социальной реабилитации, обеспечение необходимого ухода, денежные выплаты на лечебные процедуры и профессиональную реабилитацию, выплату пенсии, пособие на похороны, выплаты близким родственникам умершего¹³.

Интересно в Германии регулирование семейных пособий. Выделяются два вида выплат: пособие на ребенка (*das Kindergeld*) и родительское пособие (*das Elterngeld*).

Предоставление пособия на ребенка основывается на принципах универсализма (право на получение пособия не зависит от иных доходов родителей), места жительства (по общему правилу родитель и ребенок проживают в Германии), содержания (согласно которому уполномоченным на получение выплаты является лицо, фактически предоставляющее содержание), состава семьи (размер пособия зависит от числа детей в семье) и однократности (выплата производится одному из родителей).

При этом статус ребенка имеют дети до 18 лет, обучающиеся дети до 25 лет, дети – нетрудоспособные инвалиды, а также дети в возрасте до 21 года, если они безработные, не обучаются и не имеют достаточного собственного дохода. Также сохраняется право на пособие на ребенка после вступления ребенка в брак при условии, что родитель оказывает ему большее содержание, чем супруг. Право на пособие на ребенка отпадает для обучающихся детей, если ребенок обладает самостоятельным доходом свыше 8004 евро в год.

Размер пособия на ребенка составляет: за первого и второго ребенка по 184 евро в месяц, за третьего – 190 евро, за четвертого и каждого последующего – по 215 евро. Такой способ определения размера пособия на ребенка, при котором учитываются все дети, полнее обеспечивает интересы многодетных семей.

Родительское пособие – аналог российского ежемесячного пособия по уходу за ребенком – выплачивается взамен заработка родителю, воспитывающему ребенка на ранней стадии жизни в течение 12 месяцев (в неполных семьях – 14 месяцев) после рождения ребенка. Минимальный размер родительского пособия – 300 евро в месяц, а максимальный – 1800 евро. При многоплодных родах размер пособия повышается на 300 евро за последующих детей. При выплате половины размера пособия период выплаты увеличивается на два года.

В рамках социальной помощи предоставляются пособие на поддержание жизни (*Hilfe zum Lebensunterhalt*), помощь в особых жизненных ситуациях (*Hilfe in besonderen Le-*

benslagen), помощь детям и подросткам. Пособие на поддержание жизни должно покрывать расходы на питание, жилье, одежду, уход за телом, предметы домашнего обихода, отопление, а также иные потребности повседневной жизни, т. е. обеспечивать прожиточный минимум. К особым жизненным ситуациям относятся болезнь, беременность, старость, инвалидность, нуждаемость в уходе. Помощь в особых жизненных ситуациях выражается в коррекции нарушений поведения, частном обучении инвалидов, предоставлении автомобиля. Помощь детям и подросткам заключается в обеспечении благоприятных условий для развития и воспитания ребенка путем помещения ребенка в различные дневные учреждения (детский сад, группа продленного дня), интернат, приемные семьи.

В заключение отметим, что изучение научных представлений и нормативных положений, касающихся права социального обеспечения Германии, представляет несомненный интерес и требует внимания российских исследователей науки права социального обеспечения, законодателей и юристов-практиков.

¹ *Eichenhofer E.* Sozialrecht. Tübingen, 2010. S. 9.

² *Ibid.* S. 10.

³ *Ibid.* S. 97.

⁴ *Ibid.* S. 38–40.

⁵ *Ibid.* S. 97–98.

⁶ *Grill W., Reip H.* Einführung in das Arbeits- und Sozialrecht: Lehrbuch und Aufgabensammlung. Troisdorf, 2010. S. 96.

⁷ *Eichenhofer E.* *Op. cit.* S. 172–174.

⁸ § 43 SGB VI.

⁹ *Eichenhofer E.* *Op. cit.* S. 173–178; *Grill W., Reip H.* *Op. cit.* S. 116–117.

¹⁰ О трудовых пенсиях в Российской Федерации: Федеральный закон от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ // Парламентская газ. 2001. 20 дек.

¹¹ *Eichenhofer E.* *Op. cit.* S. 189.

¹² § 48 SGB V.

¹³ *Grill W., Reip H.* *Op. cit.* S. 126.

И. А. Ведель *

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ДИПЛОМАТИЧЕСКИХ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВ И КОНСУЛЬСКИХ УЧРЕЖДЕНИЙ В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ГРАЖДАН ЗА РУБЕЖОМ

Деятельность дипломатических представительств и консульских учреждений в сфере защиты прав граждан за рубежом регулируется как на международно-правовом уровне, так и на уровне национально-правовых систем. Анализируются положения международно-правовых и российских нормативных актов в этой сфере, предпринимается попытка доказать, что существующих норм недостаточно для полного и всестороннего урегулирования данных вопросов.

Ключевые слова: дипломатическое представительство, консульское учреждение, защита прав граждан, дипломатическая защита, консульское содействие

Activity of diplomatic representations and consular offices in the sphere of protection of the rights of citizens living abroad is regulated on the international legal level and at the level of national legal systems. This article analyzes the provisions of international legal acts and Russian legislation affecting this sphere, attempts to prove that the existing rules are not enough for full and comprehensive settlement of these matters are made.

Key words: diplomatic representation, consular office, protection of the rights of citizens, diplomatic protection, consular assistance

В настоящее время несомненна актуальность вопросов защиты прав и свобод человека и гражданина. Данная тема имеет большое значение на уровне как международного общения, так и отдельных государств, в том числе Российской Федерации. Значимость прав и свобод человека и гражданина в нашей стране подтверждается не только участием России в различных международных договорах, посвященных защите прав и свобод человека, но и закреплением на национальном уровне, конституционно-правовом в первую очередь, соответствующих положений. В частности, ст. 2 Конституции РФ объявляет человека, его права и свободы высшей ценностью и говорит о том, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина выступают обязанностью государства.

Следует подчеркнуть, что в последнее время в нашей стране особое внимание уделяется узкому, но все более актуальному вопросу в области защиты прав человека — защите прав наших граждан за рубежом. Так, в Концепции внешней политики Российской Федерации¹, утвержденной Президентом РФ 12 июля 2008 г., указано, что «Россия, приверженная универсальным демократическим ценностям, включая обеспечение прав и свобод человека, видит свои задачи в том, чтобы защищать права и законные интересы российских граждан и соотечественников, проживающих за рубежом, на основе международного права и действующих двусторонних соглашений, рассматривая многомиллионную русскую диаспору — Русский мир — в качестве партнера, в том числе в деле расширения и укрепления пространства русского языка и культуры».

Кроме того, Президент РФ Д. А. Медведев в мае 2011 г. на совещании с членами Совета безопасности России сообщил о принятии Указа «О создании Фонда поддержки

* Ведель Игорь Анатольевич — аспирант кафедры иностранного государственного и международного права Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: igor_wedel@rambler.ru.

и защиты прав соотечественников, проживающих за рубежом»: Фонд будет поддерживать российских граждан за рубежом в случае нарушения их прав и интересов, оказывать им правовую, информационную, организационную и финансовую помощь. Отметим, что в 2006 г. с аналогичной инициативой выступал В. В. Путин².

В международном и национальном праве выделяется особый институт, именуемый дипломатической защитой (консульская защита (содействие, помощь) рассматривается как особая форма защиты граждан за рубежом в практике государств и теории международного права). Данный институт известен международному праву весьма продолжительное время. Так, Ш. Д. Содиков пишет, что «институт дипломатической защиты возник на Ближнем Востоке в IV веке до н. э., то есть с момента возникновения первых рабовладельческих государств»³.

По мнению И. И. Лукашука, дипломатическая защита — это дипломатическая процедура, с помощью которой государство защищает права своих граждан в случае их нарушения международно-противоправным деянием другого государства, в котором они не смогли добиться восстановления своих прав, исчерпав местные средства юридической защиты⁴.

Д. С. Гвоздецкий отмечает, что «в отличие от других форм защиты, дипломатическая защита осуществляется через органы внешних сношений: внутригосударственные или зарубежные, в частности Министерство иностранных дел (или его представителя), дипломатическое представительство, специальные миссии»⁵.

Таким образом, очевидно, что в большинстве случаев дипломатическую и консульскую защиту оказывают именно дипломатические представительства и консульские учреждения, однако в исключительных случаях в данный процесс могут вступить и другие органы, например Министерство иностранных дел.

Правовое регулирование деятельности дипломатических и консульских учреждений в сфере защиты прав граждан происходит как на международном уровне, так и на уровне национальных правовых систем.

Общие положения о необходимости уважения прав и свобод человека и гражданина, их защите международным сообществом и непосредственно государствами содержатся в Уставе Организации Объединенных Наций⁶. В его Преамбуле говорится о важности утверждения веры в уважение основных прав человека, достоинство и ценность человеческой личности. В ч. 3 ст. 1 Устава сказано, что ООН преследует цели в том числе поощрения и развития уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия пола, расы, языка и религии. В п. «с» ст. 55 содержится положение о том, что ООН содействует всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод, а ст. 56 закрепляет норму, в соответствии с которой все члены ООН обязуются предпринимать совместные и самостоятельные действия в сотрудничестве с Организацией для достижения целей, указанных в ст. 55. Устав ООН также включает нормы, закрепляющие полномочия, цели и задачи в сфере прав человека органов системы ООН (ч. 2 ст. 62 — функции Экономического и Социального советов, п. «с» ст. 76 — задачи системы опеки) и т. д.

Функции дипломатических представительств определяются, в частности, в Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.⁷ Пункт «b» ч. 1 ст. 3 Конвенции говорит о том, что функции дипломатического представительства состоят в защите в государстве пребывания интересов аккредитуемого государства и его граждан в пределах, допускаемых международным правом. Помимо этого, в Конвенции есть ряд положений, касающихся вопросов защиты прав граждан аккредитуемого государства: например, п. «с» ст. 45 закрепляет возможность аккредитуемого государства вверить защиту прав своих граждан третьему государству в случае разрыва дипломатических отношений с государством пребывания.

Функции консульских учреждений в сфере защиты прав граждан фиксируются в свою очередь в Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г.⁸ (пп. «а», «е», «g», «h», «i», «l» ст. 5 — консульские функции в данной сфере; ст. 6—8 — выполнение консульских функций за пределами консульского округа, в третьем государстве и от имени третьего государства; ст. 27 — вверение защиты своих граждан третьему государству; ст. 36 — сношение и контакт с гражданами своего государства). Кроме того, Россией заключены многочисленные двусторонние консульские договоры и конвенции, где также содержатся положения о защите наших граждан на территории соответствующего государства, а также договоры о правовом положении наших граждан и граждан того государства, с которым заключен договор.

Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают⁹, принятая на 40-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН в 1985 г., в ст. 10 напрямую закрепляет право иностранца (под которым в соответствии со ст. 1 Декларации понимается «...любое лицо, не являющееся гражданином государства, в котором оно находится») в любое время связаться с консульством или дипломатическим представительством государства, гражданином которого он является, или, при отсутствии таковых, с консульством или дипломатическим представительством любого другого государства, которому поручено защищать интересы государства, гражданином которого он является, в государстве, в котором проживает этот иностранец. Аналогичные нормы закреплены в ст. 23 Международной конвенции о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г.¹⁰ Следует отметить, что Декларация не только подтвердила право на дипломатическую защиту (консульское содействие), но и указала права и основные свободы, которыми могут пользоваться иностранцы в государстве пребывания.

Нельзя не упомянуть тот факт, что Комиссия международного права ООН в 2006 г. разработала Проект статей о дипломатической защите, состоящий из 19 статей, в первой из которых сказано, что «дипломатическая защита состоит в призывании государством посредством дипломатических мер или других средств мирного урегулирования к ответственности другого государства за вред, причиненный международно-противоправным деянием этого государства физическому или юридическому лицу, являющемуся гражданином или имеющему национальность первого государства, в целях имплементации такой ответственности»¹¹. По словам М. А. Амировой, «такой подход Комиссии международного права логичен, учитывая общий мандат данного органа и ту всеобъемлющую задачу, которую Комиссия поставила перед собой в плане поиска путей решения международной ответственности вообще. Однако это только одна сторона дипломатической защиты. Ее юридическая природа при этом не проясняется»¹².

Таким образом, очевидно, что механизм международно-правового регулирования дипломатической защиты и консульского содействия, а именно деятельности дипломатических представительств и консульских учреждений в сфере защиты прав граждан за рубежом, в нормативных правовых актах отражен недостаточно. Нормы, относящиеся к данной сфере, не кодифицированы, а правоотношения, возникающие в связи с защитой граждан за рубежом дипломатическими и консульскими учреждениями, регламентируются в основном обычными международными нормами.

Рассмотрим внутригосударственное правовое регулирование вопросов защиты прав граждан, находящихся за рубежом, дипломатическими представительствами и консульскими учреждениями. Д. С. Гвоздецкий, пишет, что «во многих европейских государствах, в том числе и в Российской Федерации, институт дипломатической защиты основывается преимущественно на обычных нормах международного права и до сих пор не получил должного внимания со стороны законодателей. Так, в России не только не принято ни одного нормативного акта, регулирующего отношения, связанные с действиями государства по реализации своей обязанности, закрепленной в ч. 2 ст. 61 Конституции

РФ, элементарно отсутствуют внутримидовские инструкции, которые бы утвердили схему действий по осуществлению дипломатической защиты»¹³. Анализ российского законодательства показывает, что в нашей стране не существует нормативного акта, который бы полностью регулировал отношения, связанные с осуществлением деятельности дипломатических представительств и консульских учреждений в области защиты прав граждан за рубежом. Однако в законодательстве все же есть нормы, так или иначе затрагивающие данную сферу, причем эти нормы относятся к разным уровням правового регулирования: они содержатся и в Конституции РФ, и в некоторых федеральных законах, и в подзаконных актах.

Как справедливо указывают А. Азаров, В. Ройтер и К. Хюфнер, основой эффективной защиты и восстановления нарушенных прав граждан России являются положения Конституции нашей страны. Конституция РФ устанавливает нормы взаимоотношений личности и государства, их права и обязанности, гарантии и пределы прав и свобод человека в данном обществе, правила взаимоотношений между людьми. Права и свободы человека и гражданина, сформулированные в Конституции РФ, соответствуют международным стандартам, отвечают требованиям Всеобщей декларации прав человека, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и Международного пакта о гражданских и политических правах. В Конституции закреплены принципы прямого действия ее норм (ч. 1 ст. 15) и непосредственного действия прав и свобод человека и гражданина (ст. 18), значит, при отсутствии законов всем органам и лицам необходимо руководствоваться Конституцией¹⁴.

Кроме того, в Конституции РФ содержится норма, непосредственно относящаяся к вопросу защиты наших граждан за пределами России: ч. 2 ст. 61 гласит, что Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами. Данная норма имеет особое значение, обусловленное актуальностью проблемы правового положения наших граждан, проживающих за рубежом, кроме того, в защите порой нуждаются и российские граждане, выезжающие за границу на определенное время – в командировки, по частным делам, контрактам и т. п. Это конституционное положение отражено также в ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации»¹⁵: «Гражданам Российской Федерации, находящимся за пределами Российской Федерации, предоставляются защита и покровительство Российской Федерации». В ч. 2 ст. 7 Закона говорится о том, что именно органы государственной власти России, дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации, находящиеся за пределами нашей страны, должностные лица указанных представительств и учреждений обязаны содействовать тому, чтобы гражданам РФ была обеспечена возможность пользоваться в полном объеме всеми правами, установленными Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, федеральными законами, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами России, законами и правилами государств проживания или пребывания граждан Российской Федерации, а также возможность защищать их права и охраняемые законом интересы.

Особое внимание хотелось бы уделить принятому в виде Федерального закона в июле 2010 г. и вступившему в силу сравнительно недавно новому Консульскому уставу, заменившему Консульский устав СССР 1976 г. Данный Федеральный закон определяет правовые основы осуществления консульской деятельности, права и обязанности консульских должностных лиц по защите прав и интересов РФ, граждан и юридических лиц РФ за пределами нашей страны. В ч. 1 ст. 5 Закона дается определение понятия «консульские функции»: это «полномочия консульских учреждений и консульских отделов дипломатических представительств Российской Федерации по защите прав и интересов Российской Федерации, граждан Российской Федерации и российских юридических лиц за пределами Российской Федерации»¹⁶. В ч. 2 ст. 5 перечислены консуль-

ские функции, причем их перечень открытый. Наиболее емкой и значимой с точки зрения регламентации деятельности консульских учреждений в сфере защиты прав наших граждан за границей является гл. 4 «Действия по выполнению консульских функций». К ним, в частности, относятся действия консульских должностных лиц по осуществлению консульского учета граждан России, временно находящихся или постоянно проживающих в иностранном государстве, на территории соответствующего консульского округа в целях обеспечения их прав, интересов и безопасности (ст. 17); консульские действия в отношении российских граждан, находящихся под арестом, заключенных в тюрьму, взятых под стражу, задержанных либо пропавших без вести (ст. 18); в отношении несовершеннолетних граждан России, усыновленных (удочеренных), а также граждан России, нуждающихся в установлении над ними опеки или попечительства (ст. 19). Кроме того, закрепляются полномочия консульских должностных лиц в случае утраты гражданином Российской Федерации документа, удостоверяющего его личность, за пределами нашей страны или в случае нахождения в государстве пребывания без средств к существованию (ст. 20) и другие консульские действия. В Уставе также содержатся положения о почетном консуле Российской Федерации, который в соответствии со ст. 38 осуществляет функции в том числе по защите прав наших граждан за рубежом, но в рамках своей компетенции.

Среди подзаконных актов, затрагивающих вопросы деятельности дипломатических и консульских учреждений в сфере защиты прав граждан за рубежом, можно выделить Положение о посольстве Российской Федерации, утвержденное Указом Президента РФ от 28 октября 1996 г. № 1497¹⁷, где в качестве одной из функций посольства указана «защита в государстве пребывания прав и интересов граждан и юридических лиц Российской Федерации с учетом законодательства государства пребывания» (абз. 10 п. 6). В Положении о Министерстве иностранных дел Российской Федерации, утвержденном Указом Президента России от 11 июля 2004 г. № 865¹⁸, основными задачами данного Министерства помимо прочего называются: защита дипломатическими и международно-правовыми средствами прав, свобод и интересов граждан и юридических лиц Российской Федерации за рубежом; содействие развитию связей и контактов с соотечественниками, проживающими за рубежом (подп. 5, 8 п. 2).

Как было отмечено, актов самого Министерства иностранных дел, которые бы напрямую регулировали отношения по защите дипломатическими представительствами и консульскими учреждениями прав наших граждан за границей, в настоящее время нет. Однако в некоторых актах организационного порядка можно встретить нормы, посвященные данному вопросу. Например, в Положении о Департаменте консульской службы Министерства иностранных дел Российской Федерации, утвержденном приказом МИД России от 14 августа 1996 г. № 6430¹⁹, указано, что основными задачи Департамента являются обеспечение в рамках своей компетенции своевременного и четкого выполнения решений высших органов государственной власти Российской Федерации в соответствии с поручениями руководства МИД России по реализации государственной политики в области консульских сношений Российской Федерации с иностранными государствами, защиты прав и интересов Российского государства, его граждан и юридических лиц за рубежом (п. 2.1), проведение совместно с определенными государственными и общественными организациями Российской Федерации работы по укреплению связей с соотечественниками за рубежом, участие в разработке и осуществлении мер, направленных на защиту прав соотечественников, проживающих на территории иностранных государств (п. 2.7).

Таким образом, деятельность дипломатических представительств и консульских учреждений в сфере защиты прав граждан за рубежом регулируется как на международно-правовом, так и на внутригосударственном уровне. Однако существующей нормативно-правовой регламентации данной деятельности недостаточно. Международ-

ные нормы, относящиеся к этой сфере, до сих пор не представлены в виде кодифицированного акта. Действительно, были попытки создать такой акт (например, Проект статей о дипломатической защите, разработанный Комиссией международного права ООН), но пока неясно, обретут эти проекты форму конвенции или нет. Кроме того, даже если это произойдет, представляется, что не все проблемы и вопросы в области защиты прав граждан за рубежом дипломатическими и консульскими учреждениями будут урегулированы на международном уровне. Что касается внутринационального законодательства, законодательства Российской Федерации в частности, то нельзя не отметить, что проблемы с нормативным урегулированием вопросов защиты прав граждан, находящихся за границей, зарубежными органами внешних сношений остаются нерешенными, поскольку имеющиеся нормы носят в основном общий характер и не могут обеспечить полноценное регулирование указанной сферы.

¹ Концепция внешней политики Российской Федерации: утв. Президентом РФ 12 июля 2008 г. № Пр-1440 // URL: <http://kremlin.ru/acts/785>. Официально текст Концепции опубликован не был.

² URL: <http://zasudili.ru/news/index.php?ID=1119>.

³ Содилов Ш. Д. Некоторые аспекты института дипломатической защиты в Древнем мире и в Средние века // Право и политика. 2010. № 7.

⁴ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. факультетов и вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2005. С. 393.

⁵ Гвоздецкий Д. С. Правовые основы функционирования института дипломатической защиты // Закон и право. 2010. № 8. С. 96.

⁶ Сб. действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. М., 1956. Вып. XII. С. 14–47.

⁷ Венская конвенция о дипломатических сношениях: заключена в Вене 18 апреля 1961 г. // Сб. действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. М., 1970. Вып. XXIII. С. 136–148.

⁸ Венская конвенция о консульских сношениях: заключена в Вене 24 апреля 1963 г. // Сб. междунар. договоров СССР. М., 1991. Вып. XLV. С. 124–147.

⁹ Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают: принята 13 декабря 1985 г. Резолюцией 40/144 на 116-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // Действующее международное право: в 3 т. / сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. М., 1996–1997. Т. 1.

¹⁰ Международная конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей: принята 18 декабря 1990 г. Резолюцией 45/158 на 69-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН // Сов. журн. междунар. права. 1991. № 3–4. С. 136–172.

¹¹ Доклад Комиссии международного права. 58-я сессия. 1 мая – 9 июня и 3 июля – 11 августа 2006 г. Нью-Йорк, 2006 // Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. 61-я сессия. Доп. № 10 (A/61/10). С. 23.

¹² Амирова М. А. Дипломатическая защита государством своего гражданина // Государство и право. 2008. № 3. С. 24.

¹³ Гвоздецкий Д. С. Современные формы дипломатической защиты и их связь с реализацией прав человека в международном праве // Закон и право. 2011. № 2. С. 20.

¹⁴ Азаров А., Ройтер В., Хюфнер К. Защита прав человека: международные и российские механизмы. М., 2000. С. 191–192.

¹⁵ СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2031.

¹⁶ Консульский устав Российской Федерации: Федеральный закон от 5 июля 2010 г. № 154-ФЗ // Рос. газ. 2010. 7 июля.

¹⁷ Об утверждении Положения о посольстве Российской Федерации: Указ Президента РФ от 28 октября 1996 г. № 1497 // Там же. 1996. 31 окт.

¹⁸ Вопросы Министерства иностранных дел Российской Федерации: Указ Президента РФ от 11 июля 2004 г. № 865 // СЗ РФ. 2004. № 28. Ст. 2880.

¹⁹ Об утверждении Положения о Департаменте консульской службы Министерства иностранных дел Российской Федерации: приказ Министерства иностранных дел РФ от 14 августа 1996 г. № 6430. Официально текст Положения опубликован не был.

О. В. Кузнецова*

О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

Статья посвящена правовому регулированию иностранных инвестиций. Автор разграничивает понятия «капиталовложения» и «инвестиции», анализирует правовую природу международного инвестиционного соглашения.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, капиталовложения, инвестиционное соглашение, публично-правовая природа, частноправовая природа

The article is devoted to the basic categories of legal regulation of foreign investments guarantees. The author differentiates the concepts «invested capital» and «investments», analyzes the legal nature of the international investment agreement.

Key words: foreign investments, invested capital, investment agreement, public-legal nature, private-legal nature

До настоящего времени остается нерешенной проблема определения понятий «инвестиции», «инвестиционный договор», «инвестиционное соглашение».

В российском инвестиционном законодательстве нет дефиниции инвестиционного договора, не установлены его общие положения. Также отсутствует единое понимание того, что может называться инвестицией. Данное обстоятельство способствует широкому использованию договорных форм осуществления инвестиций, в связи с чем остается открытым вопрос о правовой безопасности участников инвестирования. В такой ситуации более сильная сторона договора может злоупотреблять многообразием предоставленных ей правовых форм и условий.

Можно согласиться с мнением, что «ненадлежащий уровень правового регулирования инвестиций в Российской Федерации связан с неясным представлением о том, что же следует считать инвестицией, инвестиционным договором и в каких случаях гражданско-правовые отношения можно квалифицировать как инвестиционные»¹. «Законодательство, регулирующее инвестиционную деятельность, имеет массу пробелов, не позволяющих использовать его как систему, дающую участникам инвестиционной деятельности четкий алгоритм действий. В условиях отсутствия четкой государственной инвестиционной идеологии все это ведет к порокам правоприменительной деятельности»².

Понятие иностранных инвестиций

Решая, что можно относить к инвестициям, обратимся к экономическому содержанию данного понятия. О. М. Антипова считает, что инвестициями нужно признать любые вложения физических и юридических лиц, государства и муниципальных образований, направленные на производство новой стоимости, приобретение активов, обладающих свойством возможности их использования в процессе создания новой стоимости (как предметов или средств труда) либо предоставляющих возможность получения части новой стоимости, которая будет произведена контрагентом субъекта, осуществляющего вложения, или третьим лицом. Извлечение прибыли является конечной экономической целью оборота капитала в целом, а инвестиции представляют собой только часть этого

* Кузнецова Ольга Владимировна – помощник юрисконсульта ООО «Андерлекс» (Екатеринбург). E-mail: kuznetsovaov1@rambler.ru.

оборота, в ходе которой формируется лишь потенциальная возможность ее извлечения, выражающаяся в приобретении соответствующих активов³.

Следует отметить, что в приведенном определении пересекаются два термина — «инвестиции» и «капиталовложения».

Проводимое иногда различие между инвестицией и капиталовложением, по мнению Г. М. Вельяминова, несостоятельно, а данные слова — синонимы. В общем смысле «инвестиция» есть просто вложение денег (капитала), т. е. приобретение любой собственности. Однако в узкоэкономическом, предпринимательском значении — это капиталовложение именно в предпринимательских целях.

Обратим внимание, что имущественные отношения, связанные с использованием военных, радиолокационных и подобных баз и сооружений, эксплуатируемых одним государством на территории другого государства, регулируются в межправительственных соглашениях о статусе соответствующих баз и условиях их использования, часто на основе экстерриториальности. Обычно неизбежная связь баз с инфраструктурой государства, где они находятся, вызывает необходимость урегулирования проблем транзита, водо- и энергоснабжения на возмездной основе. Капиталовложения, осуществляемые при этом, в понятие международных экономических инвестиций не вкладываются⁴.

Первое легальное определение инвестиций в отечественной доктрине было дано в Основах законодательства об инвестиционной деятельности в СССР, принятых Верховным Советом СССР 10 декабря 1990 г. № 1820-1⁵ (утратили силу). Под инвестициями понимались все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемых в объекты предпринимательской и других видов деятельности, в результате которой образуется прибыль (доход) или достигается социальный эффект. Из приведенного определения видно, что родовым понятием для инвестиций выступало понятие «имущественные и интеллектуальные ценности». Дополнительным признаком, благодаря которому инвестиции выделяются из числа других имущественных и интеллектуальных ценностей, выступает направление их вложений — объекты предпринимательской и других видов деятельности. При этом деятельность, в объекты которой осуществлялись вложения, была выделена из иных видов деятельности по результату — образованию прибыли (дохода) или достижению социального эффекта.

Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»⁶ дает следующее определение иностранной инвестиции: «Иностранная инвестиция — вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты гражданских прав не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в Российской Федерации в соответствии с федеральными законами, в том числе денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте Российской Федерации), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации». Анализируя это определение, можно сделать вывод, что законодатель изменил позицию относительно того, что считать родовым понятием инвестиций. Теперь таковым является понятие «вложение».

Итак, существующее несоответствие смысла, вкладываемого в понятие инвестиций экономической наукой, позиции российского законодателя затрудняет осознание их сути.

Следует констатировать, что общепризнанного международно-правового определения понятия инвестиций также не существует. Так, Д. Карро и П. Жюйар отмечают, что «определение понятия международной инвестиции зависит от тех задач, которые ставятся в соответствующем международном документе, содержащем определение...

Понятие инвестиций будет меняться в зависимости от содержания и цели нормативного акта». При этом авторы высказывают мнение, что «любая инвестиция предполагает внесение инвестором вклада»⁷.

Анализ положений международных двусторонних договоров о поощрении и взаимной защите капиталовложений свидетельствует, что в целом инвестиции обычно понимаются очень широко — как любые имущественные блага: вещи, права и интересы любого рода. Имущественными благами могут быть, во-первых, материальные ценности, т. е. любое движимое и недвижимое имущество, включая ценные бумаги, во-вторых, нематериальные блага, прежде всего интеллектуальная собственность.

Рассмотрев различные определения понятия «иностранные инвестиции», применяемые в международной и отечественной практике, предлагаем следующее определение: *иностранные инвестиции — это ценности, в том числе имущественные права, принадлежащие физическим и юридическим лицам одной страны, но находящиеся в другой стране, вкладываемые в предпринимательских целях, т. е. для извлечения прибыли (получения дохода)*. Такое определение представляется наиболее емким и универсальным, а следовательно, эффективным для целей регулирования иностранных инвестиций.

Понятие и юридическая природа инвестиционного соглашения

Недостаточное урегулирование договорных форм осуществления инвестиционной деятельности также объясняется отсутствием в юридической литературе комплексного исследования понятия инвестиционного договора, его общих положений.

Впервые инвестиционные соглашения как гражданско-правовые договоры классифицировал Л. А. Лунц. Он писал: «Доктрина, по которой соглашение между частным лицом, иностранной компанией и государством выводится из сферы гражданского права, имеет своей предпосылкой тезис о возможности для частноправовой организации и для отдельного физического лица быть субъектом международно-правовых отношений — тезис, стоящий в прямом противоречии с принципом государственного суверенитета»⁸.

В то же время аргументы в пользу того, что инвестиционное соглашение имеет административную, а не гражданско-правовую природу, приводит В. П. Мозолин. Он выделяет три вида инвестиционных соглашений: акты об одобрении, концессионные договоры и соглашения о гарантиях⁹. Соглашения последних двух видов, как правило, выдаются инвесторам, когда принимающее зарубежные капиталовложения государство вообще не имеет инвестиционного законодательства или правовое положение иностранного инвестора не может быть определено на основании существующего закона об иностранных инвестициях. Такого рода индивидуализация, по мнению В. П. Мозолина, и создает иллюзию договорных отношений, которая обуславливает ложный вывод о частноправовой природе инвестиционных отношений.

В. Н. Лисица полагает, что международное инвестиционное соглашение — это разновидность международных контрактов, заключаемых при осуществлении внешнеэкономической деятельности. Его нельзя причислить к разряду классических международных договоров, заключаемых между субъектами международной системы (государствами, международными организациями и приравненными к ним образованиями) и регулируемых нормами международного публичного права. Также автор отмечает, что международное инвестиционное соглашение — это сложный договор, регулирующий частноправовые и публично-правовые отношения, т. е. представляющий собой некое «пограничное явление». Это не какой-либо их тип, а самостоятельный договор¹⁰.

По мнению А. Г. Богатырева, государство может вступать в гражданско-правовые отношения и, следовательно, быть стороной гражданско-правового контракта, но инвестиционные соглашения регулируют не чисто гражданско-правовые отношения, а особые инвестиционные отношения, которые по сути отличаются от гражданско-правовых, т. е. частноправовых, отношений.

В инвестиционном контракте содержатся нормы в большей степени публично-правового характера в виде обязательств государства, принимающего прямые инвестиции, разрешить допуск инвестиций в определенную отрасль и на определенных условиях. Обязательства государства по инвестиционному соглашению сводятся в конечном счете к обеспечению иностранному инвестору условий и правовых гарантий защиты от политических рисков, которые могут наступить в результате действий или бездействия государства либо его органов по осуществлению властных полномочий¹¹.

Инвестиционные соглашения вряд ли можно называть институтами той или иной правовой системы, они занимают промежуточное, межсистемное положение в регулировании инвестиционных отношений с иностранным элементом.

Следует отметить, что цивилистическая и международно-правовая концепции должны исходить из того, что гражданско-правовой и международный договоры основываются на незыблемом юридическом равенстве сторон¹². По словам Г. В. Игнатенко, «современное соотношение международного публичного права и международного частного права характеризуется их сближением, взаимопроникновением, поскольку, с одной стороны, международные отношения с участием физических и юридических лиц вышли за гражданско-правовые рамки, охватив административно-правовую, уголовно-правовую и иные сферы, а с другой стороны, международные договоры стали играть более существенную роль в регулировании такого рода отношений, непосредственно устанавливая правила поведения физических и юридических лиц, находящихся под юрисдикцией различных государств»¹³. Следовательно, сочетание частноправовой и публично-правовой природы инвестиционного соглашения соответствует основной тенденции развития международного права — сближению частного и публичного в правовом регулировании.

Таким образом, инвестиционное соглашение представляет собой сложную правовую конструкцию, обладающую признаками международного договора, значит, правовое регулирование содержания инвестиционного соглашения относится к сфере действия международного права. В то же время инвестиционное соглашение заключается в целях осуществления деятельности и получения прибыли на территории конкретного государства, т. е. при регулировании путей и способов реализации рассматриваемой правовой конструкции нельзя игнорировать предписания национального права государства, поэтому правила реализации инвестиционного соглашения могут быть предусмотрены как международным, так и национальным правом.

¹ Доронина Н. Г., Семилютина Н. Г. Регулирование инвестиций как форма защиты экономических интересов государства // Журн. рос. права. 2005. № 9.

² Шичанин А. В., Гривков О. Д. Некоторые аспекты минимизации правовых рисков при осуществлении инвестиционной деятельности // Право и экономика. 2007. № 6.

³ Антипова О. М. Правовое регулирование инвестиционной деятельности (анализ теоретических проблем). М., 2007.

⁴ Вельяминов Г. М. Международное экономическое право и процесс (академический курс): учеб. М., 2004. С. 55.

⁵ Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. № 51. Ст. 1109.

⁶ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

⁷ Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право / науч. ред. В. М. Шумилов. М., 2002. С. 332–333.

⁸ Лунц Л. А. Международное частное право (Особенная часть). М., 1969. С. 59.

⁹ Мозолин В. П. Право США и экспансия американских корпораций. М., 1974. С. 98.

¹⁰ Лисица В. Н. Международные инвестиционные соглашения (договоры, контракты): дис. ... канд. юрид. наук. Новосибирск, 2003. С. 10.

¹¹ Богатырев А. Г. Инвестиционная деятельность и право // Право и жизнь. 1991. № 1. С. 19.

¹² Богатырев А. Г. О международном инвестиционном праве // Сов. журн. междунар. права. 1991. № 2. С. 139.

¹³ Международное право: учеб. для вузов / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. М., 1999. С. 11.

Т. А. Яковлева *

АНАЛИЗ ЗАКОНОВ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ В ОБЛАСТИ ЛЕСОПОЛЬЗОВАНИЯ

На основе анализа законов субъектов РФ об административных правонарушениях в области лесопользования делается вывод о том, что субъекты РФ не выполняют требования ЛК РФ и КоАП РФ в сфере лесопользования. В большинстве законов субъектов РФ об административных правонарушениях не предусмотрена ответственность за нарушение порядка и нормативов заготовки гражданами древесины, порядка заготовки и сбора гражданами недревесных лесных ресурсов, пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений для собственных нужд, правил использования лесов для ведения охотничьего хозяйства.

Ключевые слова: административные правонарушения, использование лесных ресурсов, административные законы субъектов РФ

The analysis of laws of subjects of the Russian Federation about administrative offences of forest use has allowed to draw a conclusion that subjects of the Russian Federation do not fulfill the requirements of the administrative law of the Russian Federation. In majority of the administrative laws of subjects of the Russian Federation there is no liability for infringement of an order of preparation and collection of wood, wood resources and herbs by citizens for own needs.

Key words: administrative offences, use of wood resources, administrative laws of subjects of the Russian Federation

Россия – федеративное государство с двухуровневой системой законодательства: федеральное законодательство и законодательство субъектов РФ. Ввиду необходимости обеспечения единообразия административно-деликтной деятельности в стране ст. 1.3 КоАП РФ закрепляет за Российской Федерацией право регулировать основные вопросы административной ответственности¹. Согласно ст. 1.3.1 КоАП РФ к ведению субъектов РФ в области законодательства об административных правонарушениях относятся:

- 1) установление законами субъектов РФ об административных правонарушениях административной ответственности за нарушение законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ, нормативных правовых актов органов местного самоуправления;
- 2) организация производства по делам об административных правонарушениях, предусмотренных законами субъектов РФ;
- 3) определение подведомственности дел об административных правонарушениях, предусмотренных законами субъектов РФ, в соответствии с ч. 2 ст. 22.1 КоАП РФ и др.

В настоящее время в субъектах РФ завершается процесс региональной кодификации норм об административной ответственности. В подавляющем большинстве субъектов РФ существует единый комплексный закон субъекта РФ об административных правонарушениях, который объединяет все материально-правовые и административно-процессуальные нормы об административной ответственности данного субъекта. Такие законы пока не приняты в четырех субъектах РФ: республиках Бурятия, Северной Осетии – Алании, Ингушетии, Иркутской области.

* Яковлева Татьяна Афанасьевна – старший преподаватель Якутского филиала ФГКОУ ВПО «Дальневосточный юридический институт МВД России», адъюнкт Санкт-Петербургского университета МВД России (Якутск). E-mail: tanyakovleva@mail.ru.

Мы проанализировали находящиеся в свободном доступе в Интернете законы об административных правонарушениях 31 субъекта РФ: Республики Башкортостан, Республики Карелии, Республики Татарстан, Чувашской Республики, Республики Саха (Якутия), Архангельской, Амурской, Вологодской, Воронежской, Ивановской, Калининградской, Калужской, Курганской, Ленинградской, Липецкой, Новгородской, Новосибирской, Орловской, Ростовской, Саратовской, Свердловской, Тверской, Томской, Челябинской, Ярославской областей, Краснодарского, Красноярского, Пермского, Приморского, Хабаровского краев, Ханты-Мансийского автономного округа².

Анализ статей законов об административных правонарушениях в области охраны, использования, защиты и воспроизводства лесов перечисленных субъектов позволил сделать ряд выводов.

1. В законах субъектов РФ об административных правонарушениях уделяется мало внимания проблемам административной ответственности за правонарушения в области охраны окружающей среды и природопользования, в том числе за нарушение законодательства субъектов РФ в области охраны, использования, воспроизводства и защиты лесов. Только в 15 из 31 субъекта РФ административные правонарушения в области охраны окружающей среды и природопользования выделены в отдельную главу закона. В Республике Татарстан, Вологодской области, Красноярском крае административные правонарушения в области охраны окружающей среды и природопользования объединены с административными правонарушениями в сфере благоустройства городов и населенных пунктов и охраны общественного порядка, в Свердловской области и Ханты-Мансийском автономном округе – с нарушениями в сфере охраны объектов культурного наследия. Такой подход нарушает общее правило систематизации административно-деликтного законодательства – группировку административных правонарушений на главы по родовому объекту посягательства.

В законах Чувашской Республики, Тверской, Ярославской, Амурской, Пермской, Калужской, Новгородской областей административная ответственность за правонарушения в области охраны окружающей среды и природопользования не предусмотрена.

2. В соответствии с пп. 4, 5, 6 ст. 82 ЛК РФ порядок и нормативы заготовки гражданами древесины для собственных нужд, порядок заготовки и сбора гражданами недревесных лесных ресурсов, пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений для собственных нужд, правила использования лесов для ведения охотничьего хозяйства утверждаются законами субъектов РФ. Отсюда следует, что законами субъектов РФ должна быть предусмотрена административная ответственность за нарушение перечисленных правил, порядка и нормативов. Однако в большинстве случаев ответственность за данные правонарушения в области лесопользования не закреплена.

Рассмотрим законы об административных правонарушениях некоторых субъектов РФ. Так, в законе Краснодарского края предусмотрена ответственность за нарушение правил использования лесов для ведения охотничьего хозяйства (ст. 7.13) и порядка и нормативов заготовки гражданами древесины для собственных нужд (ст. 7.14); в законе Карелии – за нарушение сроков заготовки пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений для собственных нужд (ст. 2.19), порядка заготовки гражданами недревесных лесных ресурсов для собственных нужд (ст. 2.20); в законе Приморского края – за нарушение порядка и нормативов заготовки гражданами древесины для собственных нужд (ст. 4.4); в законе Архангельской области – за нарушение порядка и нормативов заготовки гражданами древесины, порядка заготовки гражданами пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений, недревесных лесных ресурсов для собственных нужд (ч. 3 ст. 6.6).

На территории Республики Саха (Якутия) действует Закон республики «О Кодексе Республики Саха (Якутия) об административных правонарушениях» (далее – КоАП РС(Я)), где в четвертой главе «Административные правонарушения в области охраны окружаю-

щей среды и природопользования» содержится 5 статей, предусматривающих ответственность за нарушение лесного законодательства Республики.

Статья 4.4 КоАП РС(Я) закрепляет ответственность за нарушение гражданами установленного порядка и нормативов заготовки древесины для собственных нужд, порядка заготовки и сбора недревесных лесных ресурсов, пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений для собственных нужд. Она состоит из двух частей:

1) нарушение установленного законодательством Республики Саха (Якутия) порядка и нормативов заготовки древесины для собственных нужд влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от четырех тысяч до пяти тысяч рублей;

2) нарушение установленного законодательством Республики Саха (Якутия) порядка заготовки и сбора недревесных лесных ресурсов, пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений для собственных нужд влечет предупреждение или наложение административного штрафа на граждан в размере от ста рублей до трех тысяч рублей.

Недостаток КоАП РС(Я) заключается в том, что в нем нет положений об административной ответственности за нарушение правил использования лесов для ведения охотничьего хозяйства. Считаем необходимым дополнить ст. 4.4 КоАП РС(Я) частью 3 в следующей редакции: «3. Нарушение установленных законодательством Республики Саха (Якутия) правил использования лесов для ведения охотничьего хозяйства влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от трех тысяч до пяти тысяч рублей, на должностных лиц – от пяти тысяч рублей до десяти тысяч рублей, на юридических лиц – от десяти тысяч до тридцати тысяч рублей».

3. Согласно п. 4 ст. 11 ЛК РФ пребывание граждан может быть запрещено или ограничено в лесах, которые расположены на землях обороны и безопасности, землях особо охраняемых природных территорий, иных землях, доступ граждан на которые запрещен или ограничен в соответствии с федеральными законами. Пункт 5 ст. 11 гласит, что пребывание граждан в лесах может быть ограничено в целях обеспечения пожарной и санитарной безопасности в лесах и безопасности граждан при выполнении работ. Запрет или ограничение пребывания граждан в лесах устанавливается федеральным законом, следовательно, административная ответственность должна быть предусмотрена КоАП РФ.

Закон Новосибирской области об административных правонарушениях закрепляет административную ответственность за нарушение порядка пребывания граждан в лесах (ст. 7.2). Аналогичные статьи содержатся в Законе Ленинградской области об административных правонарушениях (ст. 5.3 «Нарушение запретов на осуществление лесопользования») и Законе Архангельской области об административных правонарушениях (ч. 1 ст. 6.6 «Нарушение установленных областными законами и иными нормативными правовыми актами Архангельской области требований в сфере использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов»). К запрещенным действиям отнесены: посещения лесов, въезд транспортных средств в леса, проведение в лесах определенных видов работ и др. Данные составы административных правонарушений противоречат п. 1 ст. 11 ЛК РФ и абз. 3 ч. 1 ст. 1.3 КоАП РФ.

4. Статья 8.39 КоАП РФ предусматривает ответственность за нарушение установленного режима или иных правил охраны и использования окружающей среды и природных ресурсов на территориях государственных природных заповедников, национальных парков, природных парков, государственных природных заказников, а также на территориях, на которых находятся памятники природы, на иных особо охраняемых природных территориях либо в их охранных зонах (округах) федерального значения. Отсюда следует, что в законах субъектов РФ об административных правонарушениях должна быть закреплена ответственность за нарушение режима особо охраняемых природных территорий регионального и местного значения. Опять же законы об административных правонарушениях субъектов РФ (кроме законов Ленинградской области (ст. 5.5)

и Краснодарского края (ст. 7.8) не включают такие положения, хотя фактически во всех субъектах приняты законы об особо охраняемых природных территориях регионального и местного значения.

Так, в КоАП РС(Я) не предусмотрена административная ответственность за нарушение правил охраны и использования природных ресурсов на особо охраняемых природных территориях регионального и местного значения Республики Саха (Якутия). Для устранения недостатка необходимо гл. 4 КоАП РС(Я) дополнить статьей 4.6:

«4.6. Нарушение правил охраны и использования природных ресурсов на особо охраняемых природных территориях местного и регионального значения

Нарушение установленного режима или иных правил охраны и использования окружающей среды и природных ресурсов на территориях государственных природных заказников, природных парков, памятников природы, ботанического сада, лечебно-оздоровительных территориях и на иных особо охраняемых природных территориях Республики Саха (Якутия) влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от одной тысячи до двух тысяч рублей; на должностных лиц — от двух тысяч до четырех тысяч рублей; на юридических лиц — от тридцати тысяч до шестидесяти тысяч рублей».

5. В законах субъектов РФ сделан акцент на защите городских лесов, лесопарков, лесных насаждений городов и других поселений, видов животных и растений, занесенных в Красную книгу субъектов РФ. При этом повреждение или самовольная вырубка зеленых насаждений в городских и сельских поселениях отнесены к правонарушениям в области охраны окружающей среды и природопользования, хотя объектом правонарушения в данном случае являются общественные отношения в области муниципальной собственности.

Законодательные органы субъектов РФ не выполняют или не в полном объеме выполняют требования федерального административного законодательства России при установлении ответственности за правонарушения в области лесопользования. В целях обеспечения соблюдения принципов юридической ответственности, законности и неотвратимости наказания необходимо в законах субъектов РФ об административных правонарушениях предусмотреть ответственность за нарушение порядка и нормативов заготовки гражданами древесины, порядка заготовки и сбора гражданами недревесных лесных ресурсов, порядка заготовки и сбора пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений гражданами для собственных нужд, правил использования лесов для ведения охотничьего хозяйства.

¹ Чернов С. Н. Конституционно-правовое регулирование отношений между Российской Федерацией и ее субъектами. СПб., 2004. С. 218; Антонов А. А. Правовые предпосылки законодательства субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях // Науч. тр. Евразийской академии административных наук. М., 2006. С. 120–139; Рогачева (Захарова) О. С. Разграничение предметов ведения и полномочий как условие эффективности норм об административной ответственности // Административное право и процесс. 2010. № 6. С. 28–33.

² Кодекс Республики Башкортостан об административных правонарушениях (проект Закона от 4 июня 2004 г. № 84-з); Закон Республики Карелия от 15 мая 2008 г. № 1191-ЗРК «Об административных правонарушениях» (в ред. от 29 декабря 2010 г. № 1455-ЗРК); Кодекс Республики Татарстан об административных правонарушениях от 19 декабря 2006 г. № 80-ЗРТ; Закон Чувашской Республики от 23 июля 2003 г. № 22 «Об административных правонарушениях»; Закон Республики Саха (Якутия) от 14 октября 2009 г. № 337-IV «О Кодексе РС(Я) об административных правонарушениях»; Областной закон Архангельской области от 3 июня 2003 г. № 531 «Об административных правонарушениях» (в ред. от 4 февраля 2009 г. № 670-34-ОЗ, от 24 июня 2009 г. № 44-4-ОЗ); Закон Амурской области от 30 марта 2007 г. № 319-ОЗ «Об административной ответственности в Амурской области» (в ред. от 6 октября 2009 г. № 251-ОЗ); Закон Вологодской области от 24 ноября 2010 г. № 735 «Об административных правонарушениях в Вологодской области»; Закон Воронежской области от 31 декабря 2003 г. № 74-ОЗ «Об административных правонарушениях на территории Воронежской области» (в ред. от 7 декабря 2006 г. № 109-ОЗ); Закон Ивановской области от 24 апреля 2008 г. № 11-ОЗ «Об административных правонарушениях в Ивановской

области» (в ред. от 14 июля 2008 г.); Закон Калининградской области от 26 июня 2003 г. № 292 «Кодекс Калининградской области об административных правонарушениях» (в ред. от 16 июня 2006 г. № 17); Закон от 17 февраля 2011 г. № 234 «Об административных правонарушениях в Калужской области»; Закон Курганской области от 13 сентября 1996 г. № 84 «Об административных правонарушениях на территории Курганской области» (в ред. от 3 марта 2011 г. № 1); Областной закон Ленинградской области «Об административных правонарушениях» (в ред. от 11 февраля 2011 г. № 7-оз); Кодекс Липецкой области об административных правонарушениях от 19 августа 2004 г. № 543-пс; Закон Новгородской области от 14 февраля 2003 г. № 99-ОЗ «Об административных правонарушениях в Новосибирской области»; Закон Орловской области от 4 февраля 2003 г. № 304-ОЗ «Об ответственности за административные правонарушения» (в ред. от 21 марта 2005 г. № 495-ОЗ); Областной закон Ростовской области от 25 октября 2002 г. № 273-зс «Об административных правонарушениях» (в ред. от 19 мая 2006 г. № 484-ЗС); Закон Саратовской области от 29 июля 2009 г. № 104-ЗСО «Об административных правонарушениях на территории саратовской области»; Областной закон от 14 июня 2005 г. № 52-оз «Об административных правонарушениях на территории Свердловской области» (в ред. от 13 июня 2006 г. № 33-ОЗ); Закон Тверской области от 14 июля 2003 г. № 46-30 «Об административных правонарушениях» (в ред. от 17 апреля 2006 г. № 35-30); Закон Томской области от 26 декабря 2008 г. № 295-ОЗ «Кодекс Томской области об административных правонарушениях» (в ред. от 28 октября 2009 г. № 1912); Закон Челябинской области от 19 декабря 2002 г. № 129-30 «Об административных правонарушениях в Челябинской области»; проект закона Челябинской области «Об административных правонарушениях в Челябинской области»; Закон Ярославской области от 3 декабря 2007 г. № 100-з «Об административных правонарушениях»; Закон Краснодарского края от 23 июля 2003 г. № 608-КЗ «Об административных правонарушениях» (в ред. от 1 января 2010 г.); Закон Красноярского края от 2 октября 2008 г. № 7-2161 «Об административных правонарушениях»; Закон Пермского края от 1 ноября 2007 г. № 139-ПК «Об административных правонарушениях» (в ред. от 15 декабря 2009 г. № 3-244-2009); Закон Приморского края от 21 февраля 2007 г. № 44-К «Об административных правонарушениях в Приморском крае» (в ред. от 15 декабря 2008 г. № 371-КЗ); Кодекс Хабаровского края об административных правонарушениях от 26 мая 2004 г. № 185 (в ред. от 29 апреля 2005 г. № 3-96/05); Закон Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 11 июня 2010 г. № 102-оз «Об административных правонарушениях».

ОБСУЖДАЕМ ВОПРОСЫ И ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЛЕСНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НА ФЕДЕРАЛЬНОМ И РЕГИОНАЛЬНОМ УРОВНЯХ*

Данная статья освещает проблемы в сфере лесных отношений. Вопросы совершенствования лесного законодательства были обсуждены участниками Всероссийского совещания, организованного Федеральным агентством лесного хозяйства. В области использования, охраны и защиты лесов необходимо улучшение контрольной и надзорной деятельности. В статье также поднимаются вопросы использования лесов при строительстве и эксплуатации линейных объектов.

Ключевые слова: Федеральное агентство лесного хозяйства, охрана и защита лесов, использование лесов

Article concerns problems of woods in the Russian Federation. Questions of perfection of the legislation on woods have been discussed by participants of Konferetsii. Meeting is organized by Federal agency of a forestry. It is necessary to strengthen supervision of woods. Article contains questions of building of linear objects in woods.

Key words: Federal agency of a forestry, protection of woods, use of woods

Важная роль в решении экологических и тесно связанных с ними социально-экономических, демографических и иных проблем в условиях рыночной экономики принадлежит лесному законодательству как составной части экологического законодательства РФ. Это связано прежде всего с экологической ролью лесов как важнейшего элемента природного комплекса, необходимого для жизнедеятельности населения, что закреплено в ч. 1 ст. 9 Конституции РФ. Кроме того, лес – природный ресурс, нужный для хозяйственной и иной деятельности общества, поэтому требуется обеспечение комплексного, неистощительного его использования, а также охраны и защиты лесов, особенно в многолесных регионах РФ, к числу которых относится Свердловская область.

Следовательно, необходимо совершенствование, во-первых, системы правового регулирования лесных отношений, в том числе федерального и регионального лесного законодательства во главе с Лесным кодексом РФ; во-вторых, правоприменительной деятельности федеральных органов, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления в сфере использования и охраны лесов в отдельных регионах. Для обсуждения указанных вопросов Федеральное агентство лесного хозяйства организовало в Уральском федеральном округе Всероссийское совещание по вопросам совершенствования лесного законодательства РФ с участием всех заинтересованных организаций и предприятий.

Состав участников был весьма многочислен и разносторонен по интересам. В частности, присутствовали:

1) руководители и сотрудники Рослесхоза и Департамента лесного хозяйства по Уральскому федеральному округу: заместитель руководителя Рослесхоза РФ А. В. Панфилов, начальник правового управления И. В. Советников, руководитель Департамента лесного хозяйства В. Б. Дробышев, заместитель руководителя И. В. Бачина;

2) руководители и сотрудники юридических и других служб органов государственной власти субъектов РФ Уральского федерального округа, уполномоченных в области лесных отношений и непосредственно реализующих государственную политику в сфере

* Обзор подготовлен Оксаной Федоровной Бакановой, преподавателем кафедры земельного и экологического права Уральской государственной юридической академии, магистром юриспруденции (Екатеринбург). E-mail: eazap@usla.ru.

использования и охраны лесов. К числу таких органов относятся: Департамент лесных отношений Свердловской области, Департамент лесного комплекса Тюменской области, Главное управление лесами Челябинской области, Департамент природных ресурсов и охраны окружающей среды Курганской области, Департамент природно-ресурсного регулирования лесных отношений и развития нефтегазового комплекса Ямало-Ненецкого автономного округа, Департамент природных ресурсов и несырьевого сектора экономики Ханты-Мансийского автономного округа – Югры;

3) работники научных, проектных строительных, сервисных и иных организаций: преподаватели кафедры земельного и экологического права УрГЮА, магистранты и студенты эколого-правовой клиники, руководители, заместители и сотрудники ФГУП «Рослесинфорг», Лесосервисной компании «Югралесхоз»;

4) работники крупнейших нефтяных и газодобывающих компаний, расположенных на территории Уральского федерального округа, в том числе ОАО «Сургутнефтегаз», ОАО «Лукойл – Западная Сибирь».

Состав участников совещания свидетельствует о существующей в настоящее время заинтересованности общества в решении многочисленных проблем в сфере лесных отношений: необходимы формирование и реализация эффективной федеральной и региональной лесной политики, совершенствование лесного законодательства и управления в области использования и охраны лесов для обеспечения конституционных прав граждан в сфере экологии и природопользования.

Наибольшее внимание участники совещания уделили трем группам проблем правового и организационного обеспечения рационального использования, охраны и защиты лесов.

Первая группа касается перспектив правового регулирования лесных отношений в регионах страны. Здесь обсуждались:

а) основные направления совершенствования лесного законодательства, включая конкретные предложения по улучшению федерального и регионального законодательства;

б) проблемы реализации права собственности РФ на леса и земли лесного фонда;

в) вопросы правового регулирования государственного управления лесами (проблемы и пути решения).

Решение перечисленных проблем – важная задача федеральных и региональных органов государственной власти. Также нужно устранить имеющиеся пробелы и противоречия в лесном законодательстве, определить его соотношение с природоохранительным, земельным, водным, горным и иным природоресурсным законодательством.

Вторая группа проблем связана с правоприменительной деятельностью органов лесного хозяйства РФ, органов государственной власти субъектов РФ по осуществлению возложенных федеральными органами на них полномочий в области лесных отношений. Наибольшее значение имеет задача улучшения контрольной и надзорной деятельности в области охраны и защиты лесов. В рамках этой группы обсуждались:

а) порядок и условия осуществления органами лесного хозяйства субъектов РФ, переданных им полномочий федеральных органов государственной власти;

б) проведение органами лесного хозяйства государственного контроля и надзора за деятельностью предприятий и организаций при использовании лесов, их охраны и защиты в регионах страны, особенно многолесных;

в) взаимодействие Рослесхоза РФ с департаментами лесного хозяйства Уральского федерального округа и иных федеральных округов.

Третья группа проблем касалась использования лесов для строительства и эксплуатации линейных объектов. Участники совещания обсудили важные вопросы, связанные с социально-экономическим развитием регионов Урала и Сибири, в том числе с ростом

промышленного производства, повышением эффективности лесного и сельского хозяйства. Здесь рассматривались:

а) особенности предоставления лесных участков для строительства, реконструкции и эксплуатации линейных объектов;

б) особенности использования земель лесного фонда в целях недропользования;

в) подготовка и заключение договоров аренды лесных участков.

Большое внимание на совещании было уделено характеристике законодательных новелл в сфере использования лесов для строительства, реконструкции и эксплуатации линейных объектов.

В завершение совещания был проведен «круглый стол», подготовлены конкретные предложения по совершенствованию правового регулирования лесных отношений и правоприменительной деятельности в регионах исходя из идей, сформулированных в ходе научных дискуссий. Эти предложения касаются прежде всего внесения необходимых изменений в Лесной кодекс РФ и приведения в соответствие с ним законов и иных нормативных правовых актов в области лесных отношений, складывающихся в рыночных условиях, в целях обеспечения конституционных прав граждан в рассматриваемой области.

А. А. Яковлев *

Рец. на кн.: *Марочкин С. Ю. Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации: монография.* – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. – 288 с.

В практике обращения к международному праву, применения его норм понятие международной составляющей правовой системы России значительно шире, чем предусмотрено Конституцией

С. Ю. Марочкин

В 2011 г. вышла в свет книга доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста РФ, члена Российской ассоциации международного права, члена Европейского общества международного права Сергея Юрьевича Марочкина «Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации». Данная работа – очередной виток научных изысканий автора в области соотношения международного и внутригосударственного права, она, по сути, выступает продолжением монографии «Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации», изданной в 1998 г.

Интерес к проблеме взаимодействия международного и внутригосударственного права и реализации международного права в России постоянно растет. Этот интерес не глубоко теоретический. Все чаще внутригосударственная практика апеллирует к международным актам: международным договорам, рекомендательным актам международных организаций. Восприятие общепризнанных норм международного права и международных договоров как составной части правовой системы Российской Федерации (ч. 4 ст. 15 Конституции) означает их «допуск» во внутреннюю сферу и возможность регулирования внутригосударственных отношений международными инструментами (главным образом международными договорами). Корректная «работа» с международными договорами подразумевает наличие специального знания в очень специфичной и отличной от национального права предметной области: международной правовой системе. Прежде всего речь идет о понятии международного права, его норм и источников, соотношении с внутригосударственным правом, применении во внутренней сфере (основаниях, условиях, схемах).

Рассматриваемая работа посвящена одному из ключевых в научной сфере предметов теоретического спора: возможности и условиям применения международного права на территории государства, определению «объективных границ» международного и внутригосударственного права, а также практическим аспектам действия международно-правовых норм в правовой системе России.

Монография отличается научностью и глубиной выводов, подтвержденных практикой. Именно «пронизанность» текста выдержками из судебной практики, примерами положений нормативных правовых и международных актов возносит работу с теоретического уровня на прикладной. При этом заслуживает высокой оценки ее научная ориентация. Все сказанное свидетельствует об актуальности работы и интересе к ее

* Яковлев Александр Александрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права и международного права Тюменского государственного университета (Тюмень). E-mail: yakovlev_aleks@mail.ru.

положениям как академических кругов (научных работников, аспирантов, студентов), так и юристов-практиков.

Работа начинается с «беглого взгляда назад». Автор кратко, но емко показывает развитие (закрепление) принципов соотношения международного и национального права и правил о месте норм и источников международного права в нормативно-правовой базе России в период до распада СССР, затем от путча 1991 г. и до принятия Конституции РФ 1993 г. Оценивая значение «отправного» положения Конституции (речь идет о ч. 4 ст. 15, согласно которой общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы; в случае, если договором предусмотрены иные правила, чем законом, применяются правила договора), автор верно подмечает, что, во-первых, в истории конституционного развития впервые недвусмысленно устанавливается регулирующий эффект международного права на территории России, а во-вторых, это не «рядовая» норма, а «одна из основ конституционного строя» (с. 18).

Развивая понятия национальной и международной правовых систем (§ 2 гл. 1), автор через призму общей теории права, теории международного права приходит к выводу, что «концепция нормы международного права как часть внутренней правовой системы выявляет общую особенность международно-правовой системы: нормативная ее часть формируется в международной сфере, а механизм реализации находится как в международной, так и во внутригосударственной сфере» (с. 36). Отмеченные особенности и определили общий тренд дальнейшего исследования обозначенной автором проблематики («действия норм международного права в правовой системе России» — с. 36).

В конце § 4 гл. 1 «Источники международного права и источники права РФ» благодаря четко выстроенной схеме рассмотрения вопроса (отражение вопроса в общей теории права, законодательстве, научно-практическом комментарии и доктрине международного права) формулируются теоретические положения с вытекающими из них важными с практической точки зрения выводами: «Нормы и источники международного права занимают обособленное положение в нормативном массиве правовой системы Российской Федерации, функционируют наряду с российским правом. Они должны толковаться и применяться в соответствии с целями и принципами международного права... Источники международного права в правовой системе России не находятся в одном ряду с источниками внутреннего права и с точки зрения иерархии, соотношения их юридической силы» (с. 81–82).

В последнем параграфе гл. 1 «Соотношение юридической силы норм международного и российского права» рассмотрено конституционное положение об иерархии норм международного и российского права, обосновывается приоритет применения, а не приоритет в общем (с. 88). Даны ответы на вопросы, каково соотношение общепризнанных норм международного права и законодательства; какие международные договоры обладают приоритетом и над какими актами.

Резюмируя рассуждения по поставленным вопросам, автор приходит к справедливому выводу, что Конституция закрепляет приоритет перед законами норм международных договоров, а также общепризнанных норм, выраженных в договорной форме (с. 100). Конституция отдает первенство применения международным договорам, устанавливающим иные правила, чем федеральные законы, при условии выражения согласия на их обязательность в форме принятия федерального закона. Данное положение основывается на комплексном, систематическом анализе российского законодательства и обобщении судебной практики. Определяя разный механизм принятия межгосударственных, межправительственных и межведомственных договоров, учитывая конкретный способ выражения согласия на обязательность международного договора (в форме федерального закона и в форме подписания), принимая во внимание правила согласования международного договора с субъектами РФ, если он затрагивает их полномочия,

С. Ю. Марочкин дает четко структурированное понимание приоритетного применения международных договоров по сравнению с системой национального законодательства. Конспективно оно представлено наглядной и доступной для понимания схемой (с. 118).

Главу 2 «Правовые и организационные основы действия и реализации норм международного права в правовой системе Российской Федерации» открывает анализ юридических условий действия и реализации международно-правовых предписаний во внутренней сфере: общей отсылки внутреннего права к международному, признания обязательности международного договора, вступления его в силу, опубликования.

Рассматривая отсылки, автор точно определяет их суть: они не вводят в национальное право новые нормы, а лишь «допускают, санкционируют применение норм международного права для регламентации конкретных отношений, возникающих внутри государства» (с. 126). Говоря о вступлении в силу и опубликовании, он приводит примеры применения международных договоров, в отношении которых данные условия не были соблюдены, тем самым обращая внимание правоприменителей на их (условий) должный учет.

Интересно противоречие, выявленное в законодательстве о порядке опубликования международных договоров. Так, в соответствии с ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов...» 1994 г. установлено, что опубликование договора осуществляется одновременно с опубликованием закона о его ратификации. В то же время ФЗ «О международных договорах РФ» 1995 г. четко определяет «время» опубликования международного договора: после вступления его в силу. Учитывая правила разрешения «горизонтальных правовых коллизий», следует руководствоваться положениями последнего (с. 142).

В § 2 гл. 2 «Виды отсылочных норм и их влияние на действие и реализацию норм международного права» приводятся варианты (самостоятельное, приоритетное и совместное применение) и модели (схемы) действия норм международного права в РФ. В зависимости от способа порождения международной нормой правоотношения (непосредственно, т. е. «сама по себе», или опосредованно, «с помощью дополнительного внутреннего акта») модели ее (нормы) реализации могут выглядеть следующим образом: 1) международное право – адресат; 2) международное право – конкретизирующий акт – адресат; 3) международная норма – конкретизирующий акт – правоприменительный акт – адресат (с. 167).

Заканчивается гл. 2 формулировкой предложений по организационному обеспечению действия и реализации норм международного права на федеральном, региональном и местном уровнях.

Подготовив теоретическую базу, автор переходит к анализу практических аспектов действия и реализации норм международного права (гл. 3 «Практические аспекты действия и реализации международных норм в правовой системе Российской Федерации»). В данной главе можно найти ответы на вопросы о формах и сферах действия и реализации норм международного права, функциях международного права в правовой системе страны (для определения рамок законодательства, подсудности и применимого права; как средство правовой аргументации; как критерий толкования законов; как источник непосредственного правового регулирования). В обоснование выводов даются яркие примеры применения норм международного права российскими государственными органами, прежде всего судами.

Зачастую автор высказывает критическую точку зрения даже в отношении «высоких» судов, например Конституционного Суда РФ. Так, в постановлении от 15 марта 2005 г. № 3-П Суд сослался на положения ряда необязательных для нашей страны международных актов. Автор отметил, что ни один из них не являлся «международно-правовым для России: в первых двух, имеющих статус международных договоров, Россия не уча-

ствовала в то время... а третий носит рекомендательный характер. Но Конституционный Суд не уделил этому внимания и лишь абстрактно оговорил в мотивировочной части постановления: часть оспариваемых положений не может расцениваться как не согласующаяся „с предписаниями ратифицированных Российской Федерацией международно-правовых актов...“. Имел или нет в виду Суд те же акты, что и заявители, но в любом случае *данная часть постановления ущемлена* (курсив мой. – А. Я.) с точки зрения правовой аргументации, поскольку опирается на абстрактные акты» (с. 231–232). Такого рода оценки нередки в работе, они свидетельствуют о взвешенности выводов, о творческом, всестороннем и объективном подходе к исследуемому предмету, а не о «слепом следовании» правовой позиции, сформулированной судебной практикой.

В главе освещены еще многие важные вопросы: о самоисполнимости норм международного права, о применении общепризнанных норм, о роли рекомендательных актов международных организаций, конференций, решений международных судебных учреждений. В частности, автор говорит об особой важности учета прецедентной практики Европейского Суда по правам человека для применения положений Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на территории России (с. 267–272). Итогом практической части стали положения параграфа «О процедуре (методике) применения норм международного права».

Характеризуя работу в целом, еще раз отметим высокий уровень теоретического осмысления исследуемого процесса и практическую ориентацию представленных положений. Работа, выполненная на стыке теории и практики, будет интересна не только специалистам в области международного права, научным сотрудникам, но и практикующим юристам.

В заключение хотелось бы привести слова самого автора о соотношении теории и практики: «Наряду с теорией нормотворческая и правоприменительная практика дает и собственное понимание роли международных норм в правовой системе страны, их соотношения с законодательством, богатый материал для оценок, теоретического анализа, обобщений и выработки рекомендаций. В этом смысле практика имеет неоценимое значение в освоении и развитии конституционного принципа о международной составляющей правовой системы страны. Порой практика дает ответы на вопросы, которые теория формулирует только в порядке постановки или не может найти их единое решение» (с. 11). Таково бесспорное условие успеха и востребованности любого исследовательского труда.

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

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

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

Подписано в печать 20.12.11. Формат 60×84/8.
Усл. печ. л. 8,37. Уч.-изд. л. 7,85

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