

<sup>23</sup> In Hungary ORTT, The Economy Competition Office, and certain point of view the OVB.

<sup>24</sup> The above is not a state administrative body can be said as the National Bank, which works the same way, but plays some power with the power of the central bank through mandatory provision.

<sup>25</sup> Solving the Danish Constitution, however, offers a smart solution: 30 % of the MPs propose referendum.

<sup>26</sup> This may justify the institutionalized separation and real factors, even in the name of dominance and power lines.

<sup>27</sup> Starting from the brake system of checks and balances, however, the Constitutional Court with regard to the legislative function of the power-sharing factor, because of negative legislation participate in the exercise. May be subject to similar terms of implementation.

### Summary

#### **Cservák Csaba. The theory of the distribution of powers and its practical implementation.**

There are two major forms of the democratic exercise of powers: the direct and the indirect democracy. The entire system of the separation of powers can be classified within the scope of the indirect exercise of democracy, although in a broad sense methods of the direct exercise of the democracy can make up such division of powers, which can be used as a bance against the machine of power structures, which relays too much on the binary code of the government -opposition, and distances itself too far from the people. Here I would like refer to the legal instrument of the referendums, within which, it is possible to talk about a significant direct exercise of democracy. The American theory, the 'checks and balances' shall be equal to the concept mentioned above. Usually that concept named as a synonym of it, nevertheless according to some opinions that is considered to be different from it. The demand of mentioning the constitutional power as a separate factor can be arises after the question of creating the classic branches of power is transferred from theory to practice. Namely when not just scientific foundation but social legitimacy inevitably arise. Its importance is justified that the whole framework of the system of the exercise of power is specified by the constitution, which can't be only the ultimatum of the ruler or a particular social group, layer, class in a constitutional democracy. As Bibó concisely said: 'It shall be a separated power from the legislative, specifying the distribution of competence of the other powers. The head of state appeared as a special branch of power in the theory of the government systems, because previously it was the depositary of the executive branch of power, but with the fulfilment of the parliamentarism, its importance was diminished first, afterwards it got a new role. What is the Constitutional Court? Can the question be raised, that it is an evidence for many. In general terms we could respond, it is a norm controlling board, which looks at legal norms and state laws on constitutional grounds. In international comparison two basic constitutional models are known. In one of the models the traditional courts – headed by the Supreme Court of the State – compare the individual legal norms with the standards of the constitution, and ultimately push aside the statute in concern. So, in this scheme, quasi all courts implement constitutional judicature, but due to appeals, and legal remedies the Supreme Court of the country is the authentic and principal organ of the interpretation of the Constitution. Therefore constitutional judicature is called decentralised in countries of the above range. Afterwards let us see how the classic triad of powers are formed in Hungary as there is no chance to form an overall picture from the reason of the diversity of national legislation. I've already pointed this question out in details in my study on the Hungarian governmental system.

**Key words:** Hungarian public administration, distribution of powers, constitutional court, other social factors.

УДК 343

### **A. МАХАРАДЗЕ**

*Адам Махарадзе, кандидат юридических наук, профессор, декан юридического факультета Батумского государственного университета Шота Руставели, г. Батуми (Грузия)*

## **О СУДЕБНОМ РЕШЕНИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ГРУЗИИ ОТНОСИТЕЛЬНО ОБРАТНОЙ СИЛЫ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА**

Действующий Уголовный Кодекс Грузии был принят в 1999 году. Указанный документ определяет порядок действия уголовного закона во времени, в частности, согласно ст. 2: «преступность и наказуемость действия определяется законом, действующим на период его совершения». Данной нормой утверждается принцип законности, что «не существует преступления и наказания без закона». Согласно этому общему правилу, рамки ответственности преступника должны устанавливаться в соответствии с нормами уголовного кодекса, действующими к моменту совершения преступного деяния.

С действием нормы во времени тесно связан вопрос об обратной силе закона. Свойство закона, когда он может распространяться на действия и факты, при совершении которых данный закон не действовал, называется обратной силой закона. Вопрос обратной силы закона приведен в ст. 3 УКГ, и состоит он из четырех частей. Из положений, установленных этими частями, непосредственный предмет нашего обсуждения представляет положение, содержащееся в первой части, в которой сказано, что «уголовный закон, устраняющий преступность деяния, или смягчающий наказание, имеет обратную силу. Уголовный закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет».

Именно это норма стала одним из предметов жарких споров и дискуссий в грузинской правовой реальности, чему особенно способствовало решение Конституционного суда Грузии от 13 мая 2009 г., в котором трое из участвующих в рассмотрении конституционного иска судей написали три различных мнения. В Конс-

титуционный суд с иском обратился народный защитник и два гражданина Грузии. Они в исковом требовании ставили вопрос о признании неконституционным первой части ст. 3 Уголовного Кодекса. Это требование обосновывалось следующим. Исходя из указанной нормы, обратную силу приобретают те новые законы, которые ухудшают правовое положение лиц, совершивших преступление до вступления данного закона в силу, которое, в одном случае, связано со сроком уголовной давности (поскольку возросли сроки уголовной давности<sup>1</sup>), а в другом случае – с условной наказуемостью (так как ужесточились условия применения условной наказуемости)<sup>2</sup>. Указанная норма, по мнению истцов<sup>3</sup>, противоречит ст. 42, п. 5 Конституции, согласно которому «никто не несет ответственности за действия, которые к моменту их совершения не считались правонарушением. Закон, если он не облегчает или не устраняет ответственность, не имеет обратной силы».

Признанное Конституцией положение по поводу обратной силы закона, согласно которому закон, который «не облегчает или не отменяет ответственность, не имеет обратной силы», является важной гарантией защиты прав человека. «Запрет обратной силы ограничивает свободу законодателя принимать законы, накладывающие ответственность на субъект за действия, которые к моменту их совершения не были наказуемы. Этим Конституция признает, что данный принцип носит абсолютный характер и его нарушение недопустимо. В случае несоблюдения этого запрета под угрозой могут оказаться не только конституционные права отдельных лиц, но и порядок ценностей, а также правовая безопасность в целом...»<sup>4</sup>. В самом деле, конституционное определение принципа, связанного с применением обратной силы закона, бесспорно подтверждает готовность государства в аспекте защиты прав человека и пресечения произвола со стороны властей<sup>5</sup>. Положения об обратной силе закона отражены также во многих международных актах. Статья 11, п. 2 Всеобщей декларации прав человека защищает человека от ответственности за действия, «которые во время их совершения не составляли преступления по национальным законам или по международному праву. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое могло быть применено в то время, когда преступление было совершено». Тот же принцип содержит ст. 15 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Истцы, требующие в Конституционном суде отмены указанной уголовной нормы, одним из главных аргументов приводили то обстоятельство, что определенный указанной статьей Конституции термин «ответственность» не ограничивается лишь объявлением деяния преступным и назначением для этого действия соответствующего наказания, как это отражено в действующей спорной норме; он также охватывает и другие вопросы, связанные с освобождением от ответственности, в том числе случаи определения сроков давности и условной наказуемости. Поэтому ст. 3 УКГ, ограничивающая вопросы обратной силы закона лишь категориями преступления и наказания и оставляющая открытым вопрос применения обратной силы закона в иных случаях, ухудшающих положение преступника, не соответствует указанной норме Конституции и должна быть объявлена антиконституционной. При этом истцы подчеркивают тот факт, что в первичном варианте указанной уголовной нормы, принятой в 1999 г. (в отличие от действующей статьи), прямо было указано, что «...закон, ухудшающий иным образом положение преступника, не имеет обратной силы». Впоследствии данное положение было изъято, вследствие чего обратная сила была придана всем тем уголовно-правовым нормам, которые напрямую не устанавливали преступность деяния или не отягчали наказание, что противоречит содержанию названной статьи Конституции.

При рассмотрении указанного иска суд не удовлетворил требование истцов и не признал неконституционной указанную уголовную статью. Исходя из искового требования, следует уделить внимание приведенным в решении позициям, которые касаются применения обратной силы закона, ухудшающего положение преступника при определении срока давности и назначении условного наказания.

В первую очередь целесообразно остановиться на вопросе срока давности, который, в свою очередь, можно разделить на две части: первая ситуация связана с тем случаем, когда в отношении конкретного преступления истек срок давности и законодатель по истечении данного срока продлил его. В отношении данной ситуации в решении суда содержится позиция, согласно которой новый уголовный закон, увеличивающий срок давности за совершенное преступление, не должен иметь обратную силу. В частности, в п. 28 решения написано, что «в случаях истечения срока давности, не следует наказывать преступника. Подразумевается, что по истечении срока давности преступность деяния отменяется. Поэтому его ретроактивное использование нарушает принцип законности».

В отличие от сказанного выше суд занял иную позицию в отношении тех случаев, когда законодатель увеличивает срок давности применительно к тем деяниям, срок давности которых ещё не истек по старому закону. Несмотря на то, что в данном случае положение преступника ухудшается, суд считает, что возможно применение обратной силы закона, и это не противоречит требованию Конституции. «Правда, в данном случае правовая сфера лица испытывает определенное отрицательное влияние тем, что в отношении него продлевается уголовное преследование, однако эта нормативная действительность оправдывается интересами правовой безопасности... До истечения срока давности у лица не будет легитимного ожидания, что оно будет освобождено от ответственности. До истечения срока, продление срока давности не посягает на возможность лица заранее предугадать правовые последствия своего действия» – читаем в п. 25 указанного решения<sup>6</sup>.

Что касается условной наказуемости, в случаях когда из-за изменения закона ухудшается положение преступника, аргументированная позиция в решении по вопросу применения обратной силы закона, что если в момент совершения преступления старый закон предусматривал применение условного наказания, однако по новому закону такая возможность отменяется, такому закону не должна придаваться обратная

сила, поскольку такой случай рассматривается как ужесточение наказания. «Косвенным ужесточением наказания должна считаться отмена условной наказуемости за преступное деяние по его совершению, несмотря на то, что оно не предусмотрено системой наказаний. Следует учитывать и то обстоятельство, что условная наказуемость... имеет аксессуарный характер, так как не существует условной наказуемости без наказания и в этом смысле она неразрывно связана с наказанием».

Исходя из изложенного выше можем сделать вывод о том, что у Конституционного суда нет единой позиции по вопросу, должна ли применяться обратная сила закона в тех случаях, когда положение преступника в соответствии с законом «иным образом ухудшается». Напротив, суд рассматривает данный вопрос дифференцированно, то есть, если вопрос касается срока давности уголовной ответственности, закон может приобрести обратную силу, даже если он ухудшает положение преступника, а если касается условной наказуемости, тогда этот вопрос связан с наказанием, и обратная сила закона на него не распространяется.

Необходимо отметить, что в связи с конституционностью спорной нормы Уголовного Кодекса, как мы уже говорили, трое судей зафиксировали отличающиеся друг от друга позиции. По мнению одного из них, который анализирует соответствие нормы, приведенной в ст. 3 Уголовного Кодекса, со ст. 42, п. 5 Конституции, основная суть сводится к тому, что «разумная трактовка норм Уголовного Кодекса Грузии... не дает оснований для интерпретации спорной нормы в несоответствии с Конституцией». Следовательно, по его мнению, спорная норма не противоречит содержанию указанной конституционной нормы<sup>7</sup>. Второй судья не согласен с приведенным в решении Конституционного суда положением, согласно которому «нельзя рассматривать нарушение Конституции, противоречием с конституционным принципом обратной силы тот случай, когда законодатель увеличивает установленный старым законом ещё не истекший срок давности...». «В качестве судьи, участвующем в судебном разбирательстве, – говорится в его другом суждении, – считаю, что придание обратной силы закону, регулируемому сроки давности в ущерб лица, должно считаться недопустимым и в том случае, когда ещё не истек срок давности, определенный старым законом». Для нарушения прав не только конкретного лица, а также правовой безопасности, по его мнению, достаточным было бы допущение ретроактивного действия нового срока. В частности, это может привести «к бесконечному уголовному преследованию» лица. Согласно его мнению, при идеализации интересов правосудия законодатель имел бы право придавать закону обратную силу даже в тех случаях, когда срок давности, определенный старым законом, истек. Разница среди указанных случаев проявления срока давности лишь в том, что в одном случае лицо уже приобрело материальное право..., а в другом – гарантия приобретения такого права предоставляется старым законом. И посему налицо будущее право. Законодатель обязан сделать гарантированным не только настоящие, но и будущие права. В отношении каждого правонарушения должен быть применен тот срок давности, который действовал к моменту его совершения. Допущение ретроактивной обратной силы для продленного срока давности, когда ещё не истек старый срок, отягчает положение лица... Ретроактивность закона не может быть оправдана интересами уголовного преследования, в частности тем, что преступление, вне зависимости от сроков его совершения, требует единых сроков. При применении подобных подходов теряет смысл уголовная гарантирующая функция уголовного права... Одним словом, судья считает, что с ретроактивным использованием срока давности ухудшается правовое положение лица, и таким подходом можно прийти к безмерному продлению срока уголовного преследования<sup>8</sup>. Спорную норму детально рассматривает ещё один судья, который фиксирует иную, можно сказать, промежуточную позицию. Основное внимание он обращает на казуистический характер спорной нормы. Не удается сформулировать четкую позицию в рамках трактовки нормы, на что указывает изученная судебная практика. Спорная норма не удовлетворяет требования предугадываемости и доступности, и существуют разумные основания для неоднозначной, в том числе антиконституционной трактовки ст. 3 части первой УКГ<sup>9</sup>.

Пестрота мнений судей Конституционного суда по данной проблеме сразу же вызвала резонанс среди ученых-криминалистов и криминалистов-практиков. Многие признанные ученые и практики попытались зафиксировать свою особую позицию и защитить её. Профессор О. Гамкрелидзе, будучи приглашенным в качестве специалиста в Конституционный суд, отмечал, что спорная норма имеет более узкое значение, чем формулировка 2-го предложения ст. 42, п. 5 Конституции. По его мнению, приведенный в Конституции термин «ответственность» является более широким понятием и содержит как преступность деяния, так и наказание, и другие меры, меняющие правовое положение преступника. Содержащиеся в Конституции слова «смягчает или отменяет ответственность» подразумевают не только отмену преступности деяния или смягчение наказания, но и другие случаи отмены ответственности. Они охватывают нормы, регулирующие сроки давности и условной наказуемости. Соответственно, если происходит принятие такого закона, регулирующего данные институты, который отягчает положение преступника, он не должен приобретать обратную силу.

По мнению специалиста, ст. 3 ч. 1 Уголовного Кодекса ограничивает приведенный в Конституции принцип запрета обратной силы закона, поскольку апеллирует лишь к «преступности деяния» и «наказанию» за данное преступление. Под указанными терминами, согласно автору, не подразумеваются законы, определяющие сроки давности и условной наказуемости. Специалист считает, что подобная в прямом смысле формулировка спорной нормы не оставляет правоприменителю возможности трактовать нормы в широком смысле. К буквальному использованию нормы судьи толкают также то обстоятельство, что из этой нормы была изъята ранее существующая формулировка «либо иным образом улучшает положение преступника», вследствие чего у судей нет возможности распространить обратное действие закона в тех случаях, когда

закон иным образом улучшает положение преступника. Ссылаясь на данные обстоятельства, он приходит к выводу, что ст. 3 ч. 1 Уголовного Кодекса противоречит положению Конституции<sup>10</sup>.

Иное мнение по данной проблеме высказал известный судья Верховного суда Грузии и ученый Давид Сулаквелидзе. Анализируя решение Конституционного суда и высказанные по этому вопросу различные позиции, он считает, что мнение, касающееся признания спорной нормы антиконституционной, лишено оснований. По мнению автора, отраженному в конституционной норме понятие «ответственности» нельзя придавать широкое значение, чтобы оно в силу действия обратной силы закона охватило «все случаи, иным образом ухудшающие положения преступника». Спорная норма, подчеркивающая два положения об обратной силе закона, правильная и она соответствует ст. 42, п. 5 Конституции. Обратная сила закона не может предусматривать тот случай ещё не приобретенного права, когда до истечения срока за совершенное преступление новым законом продлевается срок давности. Или ухудшается положение условной наказуемости. Достаточно, чтобы закон установил обязательный минимальный стандарт защиты лица, объем которого произвольно уменьшать недопустимо. Гарантию неизблемости подобного стандарта дают действующие нормы, которые должны быть предусмотрены при любых законодательных изменениях. И этот минимальный и гарантированный стандарт заключается в том, что: а) лицо подлежит наказанию за деяние, которое в момент совершения по закону не считалось преступлением; б) лицо не подлежит более суровому наказанию, чем это было предусмотрено законом, действующим к моменту совершения преступления. Именно эти положения, по его мнению, обеспечивают конституционность данной нормы<sup>11</sup>.

Свое мнение по поводу обратной силы закона высказал известный ученый и практик, бывший судья Верховного суда Грузии и ныне действующий судья Конституционного суда М. Турава, который на основании анализа международной судебной практики в основном поддерживает решение, принятое Конституционным судом по поводу обратной силы закона. Он считает, что согласно международной практике закон, ухудшающий положение преступника, связанное со сроком давности уголовной ответственности, может приобрести обратную силу и распространяться на те случаи, когда до задержания лица срок, установленный старым законом, ещё не истек. Что же касается условной наказуемости, в данном случае распространение обратной силы закона, ухудшающего положение преступника, недопустимо<sup>12</sup>.

Такова грузинская реальность в отношении обратной силы уголовного закона. Спорную норму Конституционный суд не признал неконституционной, хотя в ходе принятия решения судьями были высказаны различные мнения, иногда – радикально противоположные, иногда – промежуточные, хотя тоже отличающиеся друг от друга. Такая позиция Конституционного суда ещё более обострила споры и дискуссии среди ученых, имеющих различный взгляд на проблему, что непосредственно воздействовало на судебную практику, о чем, в частности, указывается в принятом Конституционным судом решении. К тому же, обсуждение вопроса протекает на фоне, когда в уголовном законе не просматривается четко сформулированная позиция по поводу поставленной проблемы. Характерно и то, что в Грузии по сей день нет единого фундаментального монографического исследования, которое бы на основании научной обработки данного вопроса, в совокупности исследовало бы различные, иногда высказанные в виде фрагментов соображения, законодательную практику, сегодняшнее состояние закона и внесло бы ясность в этот довольно интересный и значимый вопрос. Очевидно, было бы интересным освещение моей позиции по данному вопросу, однако выражение подобной позиции нуждается в соответствующей аргументации, которая в рамках данной работы невозможна<sup>13</sup>. Хотя, для того, чтобы заинтересовать ученых и практиков-криминалистов этой важной проблемой, данная работа сыграет большую роль и станет катализатором, способствующим большему аргументированному обоснованию позиции, которая в будущем найдет свое отражение в практической деятельности.

<sup>1</sup> В ст. 71 Уголовного Кодекса Грузии в 2006 г. было внесено изменение, согласно которому в отношении должностных преступлений была установлена 15-летняя давность. Исходя из новой нормы ухудшились вопросы срока давности в отношении тяжких и менее тяжких преступлений, для которых ранее был определен 6-летний срок (для менее тяжких преступлений) и 10-летний срок (для тяжких преступлений).

<sup>2</sup> В 2006 г. в ст. 12 Уголовного Кодекса, в которой приведены нормы об условном наказании, вошел целый ряд изменений, на основании которых, например, в зависимости от тяжести совершенного преступления, ужесточился и ухудшился целый ряд условий применения условного наказания.

<sup>3</sup> См. решение Конституционного суда Грузии № 1/1/428, 447, 459 от 13 мая 2009 г. по делу: Народный защитник Грузии, гражданин Грузии Элгуджа Сабаури и гражданин Российской Федерации Звиад Мания против Парламента Грузии и три отличающихся друг от друга довода трех судей Конституционного суда: Решение Конституционного суда Грузии от 13 мая 2009 г. № 1/1/428, 447, 459 // Constitutional Court of Georgia. – Mode of access: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.constcourt.ge/en/legal-acts/judgments> – Date of access: 22.03.2016.

<sup>4</sup> Указанное решение Конституционного суда Грузии, стр. 11.

<sup>5</sup> См. Комментарий к Конституции Грузии. Глава вторая. Гражданство Грузии. Основные права и свободы человека. – Тбилиси, 2013. – С. 558–565, а также приведенное решение Конституционного суда Грузии.

<sup>6</sup> См. указанное решение Конституционного суда Грузии, стр. 24–25.

<sup>7</sup> См. иное мнение члена Конституционного суда Грузии Константина Вардзелашвили в связи с мотивированной частью решения на принятое Первой коллегией Конституционного суда Грузии решение № 1/1/428, 447, 459 от 13 мая 2009 г., стр. 30–33.

<sup>8</sup> См. иное мнение члена Конституционного суда Грузии Вахтанга Гварамия в связи с мотивированной частью указанного решения, стр. 52–54.

<sup>9</sup> См. иное мнение члена Конституционного суда Грузии Кетеван Эремадзе в связи с мотивированной частью указанного решения, стр. 34–51; *Эремадзе Кетеван*. Соображения по поводу решения Конституционного суда – ответ на комментарий Д. Салуквадзе / Кетеван Эремадзе // *Constitutional Law Review*. – 2010. – № 2. – С. 158–172 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://constcourt.ge/en/publications/journals> – Дата обращения : 22.03.2016.

<sup>10</sup> См. приведенное решение. – С. 9–10.

<sup>11</sup> *Салуквадзе Давид*. Об обратной силе уголовного закона – комментарий к решению Конституционного суда / Давид Салуквадзе // *Constitutional Law Review*. – 2010. – № 2. – С. 155–156 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.library.court.ge/index.php?cat=s> – Дата обращения : 22.03.2016.

<sup>12</sup> *Турава Мераб*. Уголовное право: обзор общей части / Мераб Турава. – 8-е изд. – Тбилиси : Бона кауза, 2010. – 428 с. – С. 29–34; *Турава Мераб*. Уголовное право: обзор общей части / Мераб Турава. – 9-е изд. – Тбилиси : Меридиани, 2013. – 545 с. – С. 27–31.

<sup>13</sup> Мое мнение будет изложено в следующих публикациях.

#### Резюме

##### **Махарадзе А. Про судебне рішення Конституційного суду Грузії щодо зворотної сили кримінального закону.**

У статті розглянуто прийняте Конституційним судом Грузії рішення про визнання антиконституційності зворотної сили регламентуючої норми кримінального кодексу. Проблема розгляду конституційності зворотної сили закону в рішенні пов'язана із законом, що визначає строки давності кримінально-правової відповідальності із застосуванням умовного покарання. У статті показано, що члени Конституційного суду при ухваленні рішення навели три різні думки. Ці думки вплинули на теорію кримінального права й судову практику. Дане питання не до кінця вирішено і в законодавстві, тому автор статті вважає, що зазначена проблема досить актуальна й потребує глибокої наукової розробки.

**Ключові слова:** зворотна сила кримінального закону, давність кримінального закону, умовне покарання, рішення Конституційного суду.

#### Резюме

##### **Махарадзе А. О судебном решении Конституционного суда Грузии относительно обратной силы уголовного закона.**

В статье рассмотрено принятое Конституционным судом Грузии решение о признании антиконституционности обратной силы регламентирующей нормы уголовного кодекса. Проблема рассмотрения конституционности обратной силы закона в решении связана с законом, определяющим сроки давности уголовно-правовой ответственности с применением условного наказания. В статье показано, что члены Конституционного суда при принятии решения привели три различных мнения. Эти мнения повлияли на теорию уголовного права и судебную практику. Данный вопрос не до конца решен и в законодательстве, поэтому автор статьи считает, что указанная проблема весьма актуальна и нуждается в глубокой научной разработке.

**Ключевые слова:** обратная сила уголовного закона, давность уголовного закона, условное наказание, решение Конституционного суда.

#### Summary

##### **Makharadze A. Georgian Constitutional Court decision on retroactive law application.**

The article deals with the Constitutional Court's decision to recognize unconstitutional the norm of regulation of Criminal Code retroactive force. The problem about discussing the constitutionality of the retroactive force of law in the decision is related to criminal law age and using conditional sentences. The author states that the Constitutional Court judges have written three separate opinions when making a decision. The dissenting opinion had an impact on the theory of criminal law and judicial practice. This issue is clearly not resolved in the legislation. Therefore, the author believes that the problem is extremely important and requires close scientific study.

**Key words:** Criminal law Retroactive force, the age of criminal law, conditional sentence, constitutional court decision.