

Право обучающегося
и преподавателя
на индивидуальный облик

Современные способы
компьютерных преступлений
и закономерности
их реализации

Юридические проблемы
использования российскими
банками облачных услуг
зарубежных провайдеров

Сингапурская конвенция
о приведении в исполнение
мировых соглашений,
достигнутых в результате
посредничества (медиации):
от мечты к реальности?

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА / THEORIA LEX

- Попов В. И. *Методологические основания многоаспектного подхода к пониманию права и его значение для юридической практики* 9

ЧАСТНОЕ ПРАВО / JUS PRIVATUM

- Малеина М. Н. *Право обучающегося и преподавателя на индивидуальный облик* 24

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / JUS PUBLICUM

- Жеребцов А. Н., Павлов Н. В. *Вопросы сущности и правоприменительного значения административной практики* 34

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО / JUS GENTIUM

- Ильинская О. И. *Некоторые проблемы договорного регулирования международных отношений в области охраны окружающей среды* 45

- Засемкова О. Ф. *Сингапурская конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате посредничества (медиации): от мечты к реальности?* 60

- Случевская Ю. А. *Проблемы формирования международно-правовой модели совместного использования и охраны международных водотоков* 73

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / JUS CRIMINALE

- Россинская Е. Р., Рядовский И. А. *Современные способы компьютерных преступлений и закономерности их реализации* 87

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА / NOVUS LEX

- Сушина Т. Е. *Современное состояние и перспективы развития гражданского иска в уголовном процессе* 100

КИБЕРПРОСТРАНСТВО / CYBERSPACE

- Канашевский В. А. *Юридические проблемы использования российскими банками облачных услуг зарубежных провайдеров* 108

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / COMPARATIVE STUDIES

- Беллинг Д. В., Кулямина Г. *О помиловании в немецком праве* 116

- Трофимец И. А. *Генезис брачного права Испании* 124

ИСТОРИЯ ПРАВА / HISTORIA LEX

- Бакишев К. А. *История законодательства о транспортных правонарушениях в Уголовном кодексе Казахстана* 134

- Грахоцкий А. П. *Франкфуртский процесс (1963—1965 гг.) и преодоление прошлого в Германии* 146

- Зайнутдинов Д. Р. *Правосоциалистическая правовая мысль в эпоху революции и Гражданской войны в России (1917—1918 годы)* 159

CONTENTS

THEORY OF LAW / THEORIA LEX

- Popov V. I.** *Methodological Foundations of a Multidimensional Approach to the Understanding of Law and its Importance for Legal Practice* 9

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Maleina M. N.** *The Right of a Student and a Teacher to an Individual Appearance* 24

PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Zherebtsov A. N., Pavlov N. V.** *The Issues of the Nature and Legal Value of Administrative Practices* 34

INTERNATIONAL LAW / JUS GENTIUM

- Ilyinskaya O. I.** *Some Challenges of Treaty Regulation of International Relations in the Field of Environmental Protection* 45
- Zasemkova O. F.** *The Singapore Convention on Enforcement of Mediated Settlement Agreements (Mediation): From Dream to Reality?* 60
- Sluchevskaya Yu. A.** *Problems of Formation of an International Regime of the Joint Use and Protection of International Watercourses* 73

CRIMINAL SCIENCES / JUS CRIMINALE

- Rossinskaya E. R., Ryadovskiy I. A.** *Modern Means of Committing Computer Crimes and Patterns of their Execution* 87

IMPROVEMENT OF LEGISLATION / NOVUS LEX

- Sushina T. E.** *Current State and Prospects of Development of a Civil Suit in Criminal Proceedings* 100

CYBERSPACE / CYBERSPACE

- Kanashevskiy V. A.** *Legal Problems of Using Cloud Services of Foreign Providers by Russian bBanks* 108

COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

- Belling D. V., Kulyamina G.** *Pardon in German Law* 116
- Trofimets I. A.** *Genesis of Marriage Law in Spain* 124

HISTORY OF LAW / HISTORIA LEX

- Bakishev K. A.** *History of Law on Traffic Offences in the Criminal Code of Kazakhstan* 134
- Grakhotkiy A. P.** *The Frankfurt Trial (1963—1965) and Overcoming the Past in Germany* 146
- Zaynutdinov D. R.** *Prosocial Legal Thought in the Age of Revolution and Civil War in Russia (1917—1918)* 159

Д. В. Беллинг*,
Г. Кулямина**

О ПОМИЛОВАНИИ В НЕМЕЦКОМ ПРАВЕ¹

Аннотация. В современной Германии, светском государстве с республиканской формой правления, до сих пор существует институт помилования, известный еще в дохристианскую эпоху. Согласно действующей Конституции ФРГ помилование осуществляется Президентом ФРГ, вынесенное решение не подлежит судебной проверке. Отношения милосердия и правосудия на протяжении столетий вызывали споры. Расходятся мнения в литературе и судебной практике, вплоть до Федерального Конституционного суда ФРГ. Ретроспектива исторического развития практики помилования, анализ целей и последствий применения данной меры убедительно доказывают необходимость закрепленной в законодательстве возможности судебной проверки решений о помиловании. Это единственный действенный метод предотвратить произвол, злоупотребление властью и нарушение прав человека. Современное правовое государство не должно допустить негативный опыт прошлых диктатур и монархий.

Ключевые слова: злоупотребление властью, милосердие, помилование, правосудие, правовое государство, судебная проверка.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.148.3.116-123

Практика помилования была известна еще в дохристианскую эпоху: среди германских племен, в Римской империи, Греции, египетском царстве Птолемеев. Центральное значение приобрело помилование в новозаветном учении. Евангелие от Иоанна гласит: «Ибо закон дан чрез Моисея; благодать же и истина произошли чрез Иисуса Христа...»

Обратимся для примера к библейской притче о блудном сыне. Отец, олицетворяющий Господа, смиростивился над раскаявшимся младшим сыном, когда тот, живя распутно вдали от родного дома, промотал свое состояние и вернулся домой, нищий и сломленный. Однако отец принял его и пригласил за праздничный стол, который велел накрыть, чтобы отпразд-

¹ Статья представляет собой краткое изложение доклада, опубликованного на немецком языке: Die Konstitutionalisierung des Gnadenrechts, Attila Badó, Deutsch-Ungarisches Symposium 2018, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Том 5, ISBN 978-3-86956-428-9, Potsdam, 2018. С. 31—147. Авторская стилистика сохранена.

© Д. В. Беллинг, Г. Кулямина, 2019

* *Детлев В. Беллинг*, профессор по гражданскому и трудовому праву юридического факультета Потсдамского университета и Протестантского института церковного права при Потсдамском университете
dr.belling@online.de

14482, Германия, г. Потсдам, August-Bebel-Strasse, 89

** *Галина Кулямина*, младший научный сотрудник Центра по правам человека при Потсдамском университете

kulyamina@uni-potsdam.de

14482, Германия, г. Потсдам, August-Bebel-Strasse, 89

новать его возвращение, несмотря на то, что старший его сын рассердился. Старший сын был трудолюбив, но не имел доверия к Господу и не верил в его неизреченную милость, поскольку был убежден, что ее надо заслужить. Но милость Господняя не заслуга или премия, условия получения которой закреплены в Трудовом кодексе, она не поддается измерению никакой мерой — ни человеческой, ни тем более юридической.

Следующий пример: Понтийский Пилат не помиловал Иисуса Христа, потому что хотел усмирить рассвирепевшую толпу и оградить себя от опасности. Для носителя права на помилование оказалась важнее собственная выгода. Понтий Пилат был всего лишь человек.

Отношение милосердия и закона на протяжении веков остается напряженным. Милосердие вершится в «обход закона» или в правовых рамках? Предваряет закон или служит ему? Может быть, милосердие — «беззаконное чудо в мире закона»?

Все эти вопросы порождены отнюдь не юридической педантичностью: если милосердие совершается, подобно милости Господа, до правосудия или для правосудия, то есть заменяет собой правосудие, то оно не подпадает ни под одну правовую категорию. Таким образом, носитель права на помилование в нашем обществе не связан никакими правовыми нормами. Тот, кто призван творить милосердие вместо правосудия, неподвластен закону. Принятие решения о помиловании не связано к зафиксированным правилам. Такое решение не подлежит контролю, и, как следствие, проситель не имеет правовой защиты в случае отказа в помиловании из-за половой, национальной или расовой принадлежности, языка, на котором он говорит, страны, откуда он родом, его религиозных или политических убеждений, из-за ненависти, трусости, мести, желания причинить боль. Если решение о помиловании — решение абсолютно свободное, то процедуру можно было бы проводить методом жребия. Если же решение о помиловании базируется на положениях существующих законов, то носитель права на помилование связан правовыми нормами. В этом случае носитель права на помилование принимает решение лишь в рамках, дозволенных ему конституцией страны или конституциями федеральных земель, запрещающих произвол и открывающих путь к правовой проверке вынесенного решения.

Под помилованием принято понимать меру, согласно которой лицо, осужденное за совершенное преступление, может быть освобождено от назначенного ему наказания либо наказание будет заменено более мягким. Оно осуществляется как акт носителя права на помилование, носит единичный, ненормативный характер и распространяется на индивидуально определенное лицо.

Это значит, что наказание, назначенное вступившим в силу, более не подлежащим обжалованию приговором, не будет приведено в исполнение или будет приведено в исполнение в неполном объеме. Помилование не устраняет факта доказанного совершения преступления определенным лицом; лежащее в основе приговора осуждение с точки зрения социальной этики остается неизменным.

Согласно правовой позиции Федерального Конституционного суда ФРГ акт помилования — это компенсация осужденному, пострадавшему от суровости закона, ошибок в приговоре и других несправедливостей, о которых стало известно из обстоятельств, открывшихся после вынесения приговора.

Причиной подписания акта помилования может стать также достижение цели назначенного наказания. Случай, имевший место в Турции, является тому примером: в Эрзинджане, городе, расположенном на востоке страны, в 1939 г. произошло землетрясение, ставшее причиной смерти множества людей и бесчисленного количества ранений. Была зима, все подъезды к месту катастрофы были отрезаны снегом. Спасатели из других городов не могли прибыть в Эрзинджан. При землетрясении было также разрушено здание тюрьмы, заключенные могли бежать, однако некоторые из них остались и помогли при спасении пострадавших. После этих событий актом парламента заключенные, оказавшие помощь, были помилованы. Своим поступком они показали, что снова стали членами общества.

Акты помилования выполняют и другие функции: так, например, во времена холодной войны между западными странами и восточным блоком помилование проводилось с целью обмена политзаключенными, среди которых были известные шпионы Альфред Френцель, Хайнц Фельфе и Гюнтер Гийом.

От помилования отличают амнистию. Под амнистией принято понимать государственный акт милосердия, целью которого является смягчение или отмена наказания для неопределен-

ного количества лиц, осужденных за различные преступления, при этом назначенное им судом наказание еще не было приведено в исполнение. Амнистия может быть объявлена исключительно парламентом и носит нормативный характер.

ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРАВОВЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Федеральное законодательство

Согласно ст. 60 ч. 2 Конституции ФРГ на федеральном уровне помилование осуществляется Президентом ФРГ. Он имеет право применения данной меры только в том случае, если уголовный процесс от первой до последней инстанции проходил в федеральных судах или других органах федеральной власти.

Законодательство земель ФРГ: основные правовые положения

Поддавляющая часть подписанных актов помилования приходится на федеральные земли. На этом уровне помилование, как правило, осуществляется премьер-министром. В большинстве федеральных земель процесс помилования закреплен в административных либо министерских предписаниях, называемых уставами о помиловании. Подобные существовали еще в Веймарской республике, Третьем рейхе и ГДР. Появление уставов о помиловании объясняют в первую очередь тем, что «если носитель права на помилование мог и стал бы применять данную меру исключительно по собственному усмотрению, то это неизбежно привело бы к произволу, что противоречит основным принципам правового государства». При вынесении решения о помиловании следует руководствоваться «едиными сложившимися принципами».

ПРОЦЕСС ПОМИЛОВАНИЯ

Уставы о помиловании, действующие на территории федеральных земель, во многом сходны. Различия касаются отдельных особенностей. Так, лишь в немногих землях осужденному предоставляется право на ознакомление с материалами уголовного дела. Обязательное обоснование решения о помиловании предусмотрено только в нескольких землях. Ни в одной из земель заслушивание осужденного не является обязательным.

Официальная процедура обжалования отрицательных решений о помиловании не пред-

усмотрена ни в одной федеральной земле, в то время как «протесты» или «жалобы» в произвольной форме могут быть поданы почти во всей стране. Ведомство, занимающееся процедурой помилования (как правило, прокуратура, ознакомленная с решениями о помиловании), в большинстве случаев рассматривает жалобу и выносит положительное для просителя решение. В случае если прокуратура не может помочь, решение остается за министром юстиции. Официальный судебный порядок рассмотрения дела не урегулирован.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Постоянная судебная практика закрепляет позицию Федерального Конституционного суда, согласно которой акт о помиловании является суверенным актом, не подлежащим судебной перепроверке. Поскольку никто не имеет права на помилование, то и отклонение прошения о помиловании не может являться ущемлением прав человека или гражданина, закрепленных в Конституции ФРГ.

Согласно действующей Конституции помилование осуществляется Президентом ФРГ, судебная перепроверка принятого им решения не предусмотрена. Идентичная законодательная база действовала в Веймарской республике, Третьем рейхе и позднее в ГДР.

До сих пор основополагающим в данном вопросе является решение Федерального Конституционного суда от 23.04.1969, с которым, однако, не согласились четыре судьи.

По мнению этих судей, ст. 19 ч. 4 Конституции ФРГ предусматривает возможность судебной проверки самовольных решений о помиловании, поскольку такие решения противоречат действующему в Германии государственно-правовому принципу разделения властей. Соответственно лицо, осуществляющее помилование, имеет право осуществлять акты милосердия исключительно в рамках конституционного уложения, в частности ч. 3 ст. 1 и ч. 3 ст. 20 Конституции ФРГ. Следуя этой точке зрения, лицо, осуществляющее помилование, принимает свободное решение, однако свобода принятия решения означает, что отклонение ходатайства о помиловании может быть обусловлено лишь теми причинами, которые не противоречат системе ценностей, закрепленной в Конституции ФРГ. Самовольное злоупотребление правом на помилование является нарушением

закрепленного в ст. 1 и 3 Конституции ФРГ права человека на обоснованное, справедливое, недискриминирующее решение о помиловании — решение, соответствующее принципам правового государства. В деле Джона Хьюго Конституционный суд ЮАР разделил мнение четырех судей, выразивших несогласие с упомянутым выше решением, и единогласно постановил, что президентский акт помилования подлежит судебной проверке.

Мнения юристов в литературе также разделились.

1. Противники судебной проверки

Еще до вынесения вышеупомянутого решения Федерального Конституционного суда группа ученых считала, что судебная проверка решений о помиловании противоречит прежде всего самой сути милосердия. Право творить акты милосердия является сохранившейся до наших дней, дарованной Конституцией главе государства неделимой властью, остатком империи или *ius eminens*.

Милосердие являет собой гораздо больше, нежели свободное усмотрение, оно абсолютно свободно. И если из-за полной свободы решения не представляется возможным установить, какая мера в конкретной ситуации была бы объективно справедлива, то не существует ориентира для проверки произвольных решений.

Помимо этого, представители данной точки зрения утверждают, что через положения Конституции была создана правовая система, а наряду с ней — система милосердия, в основе которой лежит иное рациональное осмысление ценностей. Таким образом, милосердие, как инородное тело, было намеренно включено в систему правового государства. Оно доходит до тех пределов, за которыми право уже не властно и преодолевает их. Милосердие, подобно сияющему лучу, врывается в область права из чуждого праву мира, и в этом освещении перед нами предстает прохладная мгла правовой сферы. Чуждые праву религиозные ценности, такие как сострадание и нравственная терпимость, должны прийти в мир права через милосердие. Пробуждение в коллективной памяти воспоминания о неисчерпаемой Божьей милости происходит при осуществлении чуждых природе правового государства актов милосердия.

2. Сторонники судебной проверки

На протяжении многих лет не смолкают протесты коллег, не согласных с решением Федерального Конституционного суда. По их

мнению, акты помилования, как и другие акты государственной власти, должны осуществляться в пределах, дозволенных ст. 1 ч. 3 и ст. 20 ч. 3 Конституции ФРГ. Согласно этим положениям, носитель права на помилование, как часть исполнительной власти, применяя данную меру, не может нарушать права, дарованные человеку Конституцией, и может действовать исключительно в рамках законодательной базы. Статья 19 ч. 4 Конституции ФРГ дает возможность судебной проверки решения о помиловании, поскольку это положение исключает самовольные государственные акты. Материально-правовым основанием для судебной проверки является запрет на произвол, закрепленный в ст. 3 ч. 1 и ст. 1 ч. 1 Конституции ФРГ. Только так можно выявить иррациональные элементы, сыгравшие роль при принятии решения о помиловании. Контролю должна также подлежать характерная для немецкого административного права привязка к длительной идентичной практике в процессе осуществления исполнительной власти органами государства, в том числе к устоявшейся практике осуществления актов помилования. Несмотря на то что носителю права на помилование предоставлена большая свобода при принятии решения, акты помилования должны подлежать общей проверке на ошибки, в том числе если лицо, осуществляющее помилование, не воспользовалось предоставленной свободой принятия решения.

Хотя право помилования представляет собой исторически сложившуюся практику, оно должно быть систематически подчинено действующей Конституции. Милосердие противоречит понятию республиканско-демократического правового государства до тех пор, пока «благодать его струится с небес, как тихий дождь», и причины, побуждающие его творить, не поддаются рациональному осмыслению, будь то великодушие, сострадание или благоволение. Глава государства более не творит милосердие по праву наместника Господа на земле, претворяющего закон Божий в нашем мире. Он стал главой светского государства волей избравшего его народа, и власть его подчинена людским законам.

3. Личное мнение

Милость Господа преодолевает закон. Она не измерима людской мерой и *предваряет* право. Вернемся к притче о блудном сыне, на которого, как можно подумать, «незаслуженно» снизошла милость отца. Милость человеческая, напротив, идет от грешного человека.

Вспомним Понтийского Пилата: он отказался помиловать Иисуса Христа, исходя не только из требований толпы, но и из собственных побуждений. Именно поэтому милосердие на земле должно осуществляться в правовых пределах. Закон способен защитить от людских ошибок, только если позволить ему господствовать — а именно открыть путь для судебной проверки актов помилования.

Должностные лица, призванные исполнять акты помилования, принимают решение, как правило, по свободному усмотрению. В случае самовольного злоупотребления правом помилования будет нарушено право просителя, закрепленное в ст. 1 и 3 Конституции ФРГ — право на недискриминирующее, справедливое, объективное решение, соответствующее принципам правового государства. Основные права, дарованные человеку Конституцией, служат ему защитным барьером от государственной власти, в том числе органов, осуществляющих помилование. Поэтому негативное решение о помиловании подлежит судебному контролю. Суд должен установить, были ли при вынесении решения учтены общие правовые процессуальные гарантии, которые распространяются в том числе и на процессы помилования. К таковым относится право быть выслушанным и быть услышанным в судебном процессе. Проситель имеет право на то, что власти примут к сведению его ходатайство о помиловании, ознакомятся с его содержанием, рассмотрят его и вынесут решение в соответствии с действующими положениями Устава о помиловании. В случае нарушения своих основных прав проситель может обратиться в суд согласно §§ 23 Вводного закона к Закону «О судостроительстве». Дела этого рода подсудны коллегии по уголовным делам верховного суда земли. Заявление подается в виде иска о принуждении к выполнению обязательств, при котором суд, рассмотрев дело, обязывает инстанцию, занимавшуюся им, вынести обоснованное решение.

ПРИЧИНЫ

Историческая перспектива

Углубленный исторический анализ показывает, что использование главой государства власти, позволяющей ему осуществлять акты милосердия, не соответствует тем требованиям и идеалам, руководствуясь которыми он должен был бы нести в жизнь милость Господа как

его наместник на земле. Осуществление актов помилования преследовало сугубо деловые, мирские, внешне- и внутреннеполитические, корыстные, в том числе популистские, цели. Яркий пример этому — помилование Хайнца Фельфе, «вносившего вклад в дело мира» сотрудника Федеральной разведывательной службы БНД Германии, разоблаченного как советский шпион. Власти обменяли его на 21 политзаключенного ГДР, среди которых были трое студентов из Хайдельберга и многие сотрудники БНД, приговоренные к большим срокам тюремного заключения. Этот случай не имеет ничего общего с дарованием Господней милости падшим и состраданием к угнетенным, поскольку властелин человеческий не может творить милосердие, подобно Господу. Акты милосердия использовались как средство достижения определенных политических целей и папами римскими.

Несущей основой, на которой строилась аргументация в пользу наделяния правителя полномочием творить милосердие, было распространенное представление о том, что князья, короли, императоры как властители над людьми по Божьему произволению наделяются законодательной властью и занимают позицию властителя над законом в том числе. Именно эта позиция позволяла им предоставлять освобождение от закона и тем самым отменять его действие (право предоставления разрешения об освобождении от запрета в порядке исключения).

Милосердие заменяло собой правосудие, оно являлось его обратной стороной, позволяющей решать, будет ли определенное поведение подвергнуто наказанию. Как никогда четко прослеживается эта связь в Третьем рейхе: помимо того что от воли фюрера зависело принятие того или иного закона, он одновременно являлся высшей судебной инстанцией и «верховным судьей» в одной лице. Тот факт, что в его руках была сосредоточена как законодательная, так и судебная власть, являлся основанием того, что ему принадлежало право помилования.

Президент ФРГ, равно как и премьер-министры федеральных земель, не являются монархами-самодержцами и не наделяются правом отменять законы. Президент ФРГ осуществляет акты милосердия от имени государства, он не является первичным обладателем исключительного права на помилование. Поэтому содержание, объем и условия осуществления

актов помилования определяются не президентом, а соответствующими положениями Конституции. При действующей Конституции милосердие предстает в новом свете, оно не может осуществляться для или вместо правосудия, поскольку на все государственные акты распространяется действие закона. Милосердие уже давно не является подвластным закону чудом, творить которое в силе лишь ни на кого не взирающий самодержец — либо пребывая в благодушном настроении, или чтобы придать более торжественную атмосферу княжескому пиру, или же в целях политической агитации, или как средство политической борьбы. В светском государстве с республиканской формой правления милосердие не является актом сострадания или благожелательности. Неограниченная свобода государственной власти, как это было при фюрере, чужда современному правовому государству. Как показывает прошлое, безграничное господство милосердия несет в себе опасность самоуправства и беззакония, не допустить это — цель Конституции.

ВОЗМОЖНОСТЬ НАРУШЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Если решения о помиловании принимают люди, права просителя могут быть нарушены вследствие ошибки или злоупотребления полномочиями. В этом случае проситель продолжает отбывать наказание вопреки закону. История показывает много ярких примеров самовольных и противозаконных решений о помиловании. Еще имперский Верховный суд (1879—1945) считал возможным, что должностные лица, которым вверено ведение дел о помиловании, при принятии решения могут руководствоваться не благом для всех граждан как высшей целью, а преследовать личную выгоду. Следовательно, при принятии решения о помиловании может произойти нарушение прав человека. На решение о помиловании могут оказать влияние иррациональные мотивы, например желание направить в нужное русло партийно-политические течения. Не исключено, что решение о помиловании может нести в себе один из признаков дискриминации человека, закрепленных в ст. 3 ч. 3 Конституции ФРГ. Так, например, Государственный суд земли Гессен считает возможным, что на принятое решение о помиловании могут повлиять расовая принадлежность просителя, его политические убежде-

ния или вероисповедание. Если нельзя исключить возможность нарушения прав человека, то нельзя исключить и возможность судебной проверки решения о помиловании.

Противники судебной проверки упускают из виду прежде всего тот факт, что несовершенство правовой системы, улучшить которую призвано милосердие, проистекает из несовершенства людей, эту систему создавших. Ошибки правовой системы нельзя преодолеть, наделив правом творить милосердие и принимать не подлежащие проверке решения о помиловании должностное лицо, в несовершенстве не уступающее всем другим людям. Несовершенство права можно преодолеть путем передачи полномочий на принятие решений о помиловании существу непогрешимому, коим является Господь. В этом случае отпала бы необходимость судебной проверки решения, но такая возможность нам не дана. Творить милосердие на земле от имени Господа людям не позволяет собственная греховность. Надеяться на то, что принять правильное решение должностному лицу поможет чудо или божественный промысел, означает закрывать глаза на негативный исторический опыт, игнорируя тот факт, что принятие решений о помиловании зачастую служило иным целям, нежели всеобщее благо, или использовалось как средство политической борьбы. Судебная проверка решений о помиловании — единственный способ исправить возможные ошибки должностных лиц, тем самым ограничив свободу действия врагов милосердия — силы и власти. До тех пор пока не представляется возможным полностью исключить возможность нарушения запрета произвола и основных правил судопроизводства — до тех пор должен существовать судебный контролирующий орган.

То, что не существует права на помилование, не противоречит вышесказанному. Не является решающим тот факт, имеет ли заинтересованное лицо законное притязание на меру, применение которой к себе оно требует. Существует формальное публичное право субъекта на правомерное рассмотрение дела и должное поведение уполномоченных представителей государственной власти. Проситель имеет как минимум право на свободное от произвола принятие ходатайства, его проверку и вынесение решения. Обеспечение должного рассмотрения ходатайства с учетом этих аспектов является задачей судебного контролирующего органа.

ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫЕ ВЫВОДЫ

Необходимость судебной проверки решений о помиловании позволяет сделать следующий политико-правовой вывод — поскольку уставы о помиловании существовали еще с конца Германской империи (1918), можно по праву утверждать, что практика помилования имеет долгую историческую традицию.

Решение о применении данной меры должно приниматься на основании повсеместно действующих принципов, носящих постоянный характер. Поэтому сущность помилования должна быть урегулирована либо соответствующим законом, либо общедоступным административным или министерским предписанием. Много говорит в пользу законодательного уложения положения «О помиловании» по образцу действующего в земле Заарланд Закона «О помиловании».

В уставе или законе о помиловании должна быть определена задача, решение которой достигается через акт помилования. Необходимо четко установить, что решение о помиловании принимается по свободному, но ограниченному усмотрению лица, осуществляющего право помилования, и может быть проверено в судебном порядке.

Представитель государственной власти, осуществляющий акты помилования, обязан:

- провести тщательное рассмотрение дела;
- вынести решение в соответствующий срок;
- в случае необходимости навести справки через компетентные источники;
- предоставить подателю ходатайства право быть выслушанным и услышанным перед вынесением негативного решения о помиловании;
- обосновать негативное решение;
- и в этом подателю ходатайства о помиловании должно быть предоставлено право:
- на принятие его ходатайства, проверку дела и вынесение решения;
- ознакомления с материалами дела;
- обжалования негативного решения в урегулированном судебном порядке.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Милосердие выше правосудия — так гласит христианская мудрость. Речь идет о Господнем милосердии. Милосердие государственное, напротив, дабы не вызывать вследствие злоупотреблений осуждения или, хуже того, возмущения граждан, должно вершиться лишь в рамках закона.

Являясь частью Конституции, милосердие не может быть свободным от действующих конституционных положений. Конституция не наделяла Президента ФРГ правом на самовольные действия, которые могут повлечь за собой нарушения основных прав человека. Не подлежащие судебной проверке акты помилования противоречат государственно-правовому принципу разделения властей, действующему в Германии. Решение о помиловании является актом государственной власти. Ограничения к праву помилования законодателем допустимы лишь в том случае, если основываются на ограничениях, определенных положениями Конституции. Поскольку не существует права на милосердие, в помиловании может быть отказано по любой причине, которая не противоречит системе конституционных ценностей. Однако, как было уже упомянуто выше, проситель имеет право на вынесение объективного обоснованного решения должностными лицами, руководствующимися основными принципами правового государства.

Нарушение данного права открывает путь к судебному пересмотру вынесенного негативного решения о помиловании. Если помилование является мерой, применяемой в уголовной юстиции, то согласно §§ 23 Вводного закона к Закону «О судоустройстве» действует общеисковой порядок.

Не находит аргументированного подтверждения предположение о том, что акты помилования являются не подлежащими судебной проверке актами государственной власти, — в этом случае помилование являлось бы анахронизмом в современном правовом мире и потеряло бы свою легитимацию. Таким образом, судебная проверка решений о помиловании — единственный инструмент, способный предотвратить произвол и злоупотребление властью — тот горький опыт, через который прошли диктатуры и монархии.

Материал поступил в редакцию 22 ноября 2018 г.

PARDON IN GERMAN LAW²

BELLING Detlev V., Professor of Civil and Labour Law of the Faculty of Law of the Potsdam University and the Protestant Institute of Church Law, Potsdam University
dr.belling@online.de
14482, Germany, Potsdam, August-Bebel-Strasse, 89

KULYAMINA Galina, Junior Researcher in the Centre for Human rights of the Potsdam University
kulyamina@uni-potsdam.de
14482, Germany, Potsdam, August-Bebel-Strasse, 89

Abstract. *In modern Germany, a secular state with a republican form of government, there is still the institution of pardon, known in the pre-Christian era. Under the current Constitution of Germany pardon is carried out by the President of Germany, the decision is not subject to judicial review. The relationship of mercy and justice has been controversial for centuries. Opinions differ in literature and court practice, up to the Federal Constitutional Court of Germany. A retrospective of the historical development of the practice of pardon, the analysis of the goals and consequences of this measure convincingly prove the need for the possibility of judicial review of clemency decisions enshrined in the legislation. This is the only effective way to prevent arbitrariness, abuse of power and violation of human rights. The modern legal state should not allow the negative experience of past dictatorships and monarchies.*

Keywords: *abuse of power, mercy, pardon, justice, rule of law, judicial review.*

² The paper is a summary of the report published in German: Die Konstitutionalisierung des Gnadenrechts, Attila Badó, Deutsch-Ungarisches Symposium 2018, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Volume 5, ISBN 978-3-86956-428-9, Potsdam, 2018. Pp. 31-147. The author's style is preserved.