

От "трансплантации" к "переводу": уголовно-процессуальная критика теории правовых трансплантатов

Научный руководитель – Чекулаев Дмитрий Петрович

*Анищенко Олег Александрович*

*Аспирант*

Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова, Юридический факультет, Кафедра уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора, Москва, Россия

*E-mail: a.oleg2015@mail.ru*

На сегодняшний день в науке сравнительного правоведения одним из доминирующих направлений является подход, предложенный Аланом Уотсоном – теория «правовых трансплантатов». Выдающемуся шотландскому романисту удалось доказать – между правом и различными социокультурными факторами причинно-следственная связь далеко не всегда является линейной; иногда же она, ввиду в виду особых свойств юридического общества, может и вовсе отсутствовать. Раз так, то развитие права не следует объяснять исключительно необходимостью выработки ответа на возникающие общественные потребности – скорее право эволюционирует в результате «движения нормы... из одной страны в другую, от одного народа к другому» [6] - «правовой трансплантации».

Вместе с тем в зарубежной науке уголовного процесса теория Уотсона была встречена скептически. Так, практически всегда реципируемое правило подвергается весьма существенной концептуальной переработке, излагается в присущих принимающему правопорядку терминах. А раз так, то действительно ли между внешне схожими институтами в различных правопорядках допускается ставить знак равенства?

Проиллюстрируем данную проблему на примере немецкого института «уголовно-процессуальных соглашений» (*Absprachen in Strafverfahren*), в соответствии с которым в случае признания обвиняемым своей вины прокурор вправе отказаться от части обвинений, либо же гарантировать, что итоговое наказание не будет превышать определенное соглашением со стороной защиты предел. Несмотря на очевидное американское влияние, «ясно, что ... институт *plea bargaining* при *переводе* в структуру немецкого уголовного процесса претерпел существенные изменения» [4]. Так, Конституционный суд ФРГ, помимо декларируемых запрета «обличать сделку в форму приговора» и необходимости «исключить торговлю правосудием» недвусмысленно обозначил безусловный приоритет традиционных континентальных ценностей: материальной истины, недопустимости оказания на обвиняемого психологического и иного давления. В формально-юридическом же аспекте решение Конституционного суда ФРГ означает, что соответствующие «соглашения» должны быть обличены в одну из уже существующих в немецкой уголовно-процессуальной системе форм – § 153 и § 154 УПК ФРГ [1].

На основании вышеизложенного, очевидно, что реализация американской идеи в немецкой правовой системе к механическому копированию *plea bargaining* вовсе не привела: во-первых, немецкие «уголовно-процессуальные соглашения» описываются в немецких же процессуальных терминах и получили нормативное закрепление посредством уже сложившихся процессуальных конструкций; во-вторых, сама идея соглашений при «переводе» на континентальную процессуальную логику претерпела заметные изменения [4].

Более того, компаративистика знает и примеры радикального изменения смысла института при внешней неизменности его знакового выражения. Одним из таких примеров

является появлением в новом УПК Италии норм, текстуально воспроизводящих американские правила об исключении доказательств (*exclusionary rules*). Для континентального правопорядка с его традиционным скепсисом по отношению к ограничивающим внутреннее убеждение судьи механизмов, подобное нововведение действительно может показаться весьма радикальным. Вместе с тем именно данный традиционный скепсис, выразившейся в соответствующей *интерпретации* нового правила в рамках действующей континентальной парадигмы, этот ожидаемый радикализм значительно и смягчил [3].

Дело в том, что само по себе требование об исключении доказательств, полученных с нарушением закона, содержание этих нарушений, входящих в гипотезу нормы, не раскрывает. Определение же условий принятия этого процессуального решения, и, как следствие, подлинного содержания правила осуществляется ключевыми участниками уголовного судопроизводства на основании действующих в правовой системе принципов, ценностей, приемов толкования. Следовательно, как то выразил Пьер Легран, любая норма в сущности состоит из двух элементов: а) ее текстуального воплощения и б) вкладываемого в это выражение смысла, определяемого толкованием. А поскольку последнее всегда зависит от идеальных элементов правовой культуры, априорно уникальных для каждого конкретного правопорядка, механический перенос смысла правила и, следовательно, трансплантация правовых норм, следуя данной логике, невозможна [5].

Однако, как представляется, сама по себе гибкость правовых норм и необходимость их толкования вряд ли означает, что в описанных выше примерах европейские правопорядки не переняли от состязательной процессуальной системы ничего нового. Так, ошибка теорий Леграна и его последователей состоит в том, что они *всегда* предполагают определенное толкование используемых в праве терминов. Основатель же юридической герменевтики (на которой данное направление критики Уотсона во многом и базируется) – Герберт Харт, принципиально допускал ситуации, когда толкование попросту излишне, а применимость нормы для конкретной ситуации не зависит от каких-либо субъективных факторов. Иными словами, помимо «открытой структуры» (*open texture*) норма права содержит в себе и некое неизменное «ядро» [2]. Так, что общего между американским и итальянским пониманием норм об исключении доказательств? То, что судья *вообще вправе некоторые сведения из области установления обстоятельств произошедшего исключить*. Таким образом, если в правовой системе появляется принципиально новая максимально абстрактная логическая структура по типу «А вправе сделать Б», и при этом данная логическая структура полностью совпадает с таковой в другом правопорядке, то не является ли это подлинным примером правовой трансплантации?

### Источники и литература

- 1) Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. - М.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 196-199.
- 2) Харт Г.Л.А. Понятие права / Пер. с англ.; под общ. ред. Е.В. Афонасина и С.В. Моисеева. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2007. С. 128-132.
- 3) Grande, E. (2016). Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure Has Affected Continental Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 64(3). P. 605-606.
- 4) Langer, M. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. 45 *Harv. Int'l L.J.* 1 (2004). P. 40-41.
- 5) Legrand P. The Impossibility of [U+2015]Legal Transplants // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1997. P. 114-117.

- 6) Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. 1993. P. 108.