

Варламова Н. В. Источник права как единство нормативного юридического текста и надлежащей процедуры позитивации * Varlamova N. V. A Source of Law as a Legal Text and Due Procedure of Positivation

В статье обосновывается необходимость рассматривать источник права в формальном смысле как единство соответствующего нормативного юридического текста и адекватного ему способа позитивации права. Это позволяет различать надлежащие и ненадлежащие формы правоустановительной деятельности применительно к таким традиционно выделяемым источникам права, как конституция, закон, подзаконный акт, судебный прецедент и нормативный договор. * Источник права, правотворчество, позитивация, конституция, закон, подзаконный акт, судебный прецедент, нормативный договор, конституционный суд, разделение властей. * The author substantiates the necessity to regard a source of law in formal sense as a legal text and due procedure of positivation. It makes possible a differentiation of due and improper forms of law-making in regards to such traditional sources of law as constitution, legislative act, regulatory legal act, judicial precedent, treaty. * Source of law, law-making, positivation, constitution, legislative act, regulatory legal act, judicial precedent, treaty, constitutional court, separation of powers.

Н. В. Варламова*

* Варламова Наталия Владимировна — кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора сравнительного права Института государства и права РАН (varlam_n@list.ru).

Источник права как единство нормативного юридического текста и надлежащей процедуры позитивации

В современных юридических исследованиях право предстает как специфический социальный институт, исторически и культурологически обусловленный и опосредующий особый вид социальной деятельности — правовое взаимодействие (коммуникацию, общение и т. п.). Это означает, что все юридические категории также должны интерпретироваться в праксиологическом контексте — как выражение не только результата, но и процесса социально-правового взаимодействия. Такая традиционная юридико-догматическая категория, как источники права, не является исключением.

Нормативность правового взаимодействия предполагает, что оно осуществляется по некоторым правилам, которые, в свою очередь, складываются и объективируются также в процессе правового взаимодействия. Правовая норма, выражая не только требования должного, но и социально типичное сущее, всегда объективируется (находит свое внешнее выражение) в трех формах: в форме правоотношения, в рамках которого реализуется соответствующее правило поведения; в форме правосознания участников данного отношения, оценивающего его как нечто «нормальное», должное быть; и в форме юридического текста, устного или письменного, фиксирующего ее содержание.¹ Причем изначально правовая норма зарождается именно в правоотношениях и правосознании, ибо норма не устанавливается произвольно, а представляет собой модель поведения, которой следуют участники правового общения, потому что в их сознании такой порядок социального взаимодействия оценивается как должный, «нормальный», правильный. В дальнейшем в ходе процесса, который в теории права принято называть правотворчеством, эти модели закрепляются в юридических текстах — источниках права в формальном смысле. Таким образом устоявшиеся социальные связи обретают текстуальное выражение, а вместе с ним и формальную определенность, становясь собственно нормой.

Однако в развитых правовых системах доминирует, так сказать, прогностическое формулирование субъектом правотворчества в юридических текстах правил поведения, еще не сложившихся в реальных отношениях, исходя из его представления о должном (желаемом) их состоянии. Но это еще не правовая норма, а просто пожелание законодателя,

¹ См. подробнее: Четвернин В. А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 150–163. — Обосновываемое автором различие форм и способов бытия правовой нормы (Там же. С. 162) не кажется убедительным. С философской точки зрения форма какого-либо явления — это и есть способ его бытия. Не случайно и сам В. А. Четвернин отождествляет форму правовой нормы с одним из способов ее бытия — юридическим текстом, официальным или неофициальным, и определяет ее как форму или способ установления (внешнего выражения) правовой нормы (Там же. С. 158).

которое может и не воплотиться в действительность, не стать социально типичным («нормальным») сущим. Чтобы стать правовой нормой, предписание юридического текста должно быть акцептовано (воспринято) правосознанием и воплотиться в правоотношение.² Правовая норма — это единство определенной социальной практики и ее текстуальной модели, выраженной в виде правила.³

Таким образом, в процессе так называемого правотворчества право не создается, как утверждают легисты,⁴ а позитивируется, т. е. либо фиксируется реально уже сложившаяся практика взаимодействия, либо формулируется правило, которое лишь претендует на то, чтобы стать нормой (предлагается обществу в качестве нормы).⁵

Позитивация права представляет собой его конкретизацию, формализацию и объективацию. В процессе позитивации производятся анализ и отбор вариантов поведения, сложившихся в реальных общественных отношениях (дозаконотворческих отношениях), их конкретизация применительно к той или иной ситуации (или выработка новых, еще не известных практике, но необходимых правил), формулирование в виде абстрактных, формально определенных моделей поведения и придание им формы, благодаря которой они становятся доступными для внешнего восприятия, т. е. объективация в некоторых юридических текстах — обычаях, договорах, прецедентах, нормативных актах, доктринах, называемых в юридической догматике источниками права в формальном смысле или формами внешнего выражения права.

Многолетняя дискуссия о понимании и соотношении терминов «форма права» и «источник права в формальном смысле» завершилась признанием большинством авторов их синонимичности.⁶ При этом совершенно справедливо подчеркивается метафоричность, образность, конвенциональность термина «источник права».⁷ Над лингвистической некорректностью его использования для обозначения обычаев, законов, судебной практики иронизировал еще Л. И. Пертражицкий, полагая, что это столь же нелепо, как называть

² «Не может быть правовой нормы, которая установлена в законе, но не объективирована в правосознании и правоотношениях» (Там же. С. 154). «Юридическое отношение — это первичная клеточка правовой ткани, и только в ней право совершает свое реальное движение. Право как совокупность норм наряду с этим есть не более как безжизненная абстракция» (*Папуканис Е. Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 78).

³ Четвернини В. А., Яковлев А. В. Институциональная теория и юридический либертаризм // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 2. М., 2009. С. 215–237.

⁴ «Нельзя сказать, что отношение между кредитором и должником порождается существующим в данном государстве принудительным порядком взыскания долгов. Этот объективно существующий порядок обеспечивает, гарантирует, но отнюдь не порождает отношения» (*Папуканис Е. Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. С. 81).

⁵ Поэтому, по мнению В. С. Нерсисянца, точнее говорить не о правотворчестве, а о правоустановлении. В обоснование предлагаемого термина он указывает: «Право как объективное социальное явление (особый регулятор, специфическая форма общественных отношений), принципом которого является формальное равенство, — это не творение государства и не продукт государственно-властной воли, а особая духовная форма выражения совокупных итогов сложного и многофакторного социально-исторического процесса общественной жизни людей, результат достигнутой соответствующим обществом (и народом) ступени развития в общецивилизационном прогрессе равенства, свободы и справедливости в человеческих отношениях. Кстати говоря, и само государство как правовая форма публичной власти является продуктом этого социально-исторического процесса» (*Нерсисянц В. С.* Общая теория права и государства. Учебник для вузов. М., 1999. С. 415–416).

⁶ См., напр.: *Сырых В. М.* Теория государства и права. М., 1998. С. 96; *Нерсисянц В. С.* Общая теория права и государства. С. 400; *Топорнин Б. Н.* Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 14–15; *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 2005. С. 66–68; *Общая теория государства и права.* Академический курс. В 3 т. / под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М., 2002. С. 229; *Бобылев А. И.* Источники (формы) права // Право и политика. 2003. № 8. С. 18–25.

⁷ *Зивс С. Л.* Источники права. М., 1981. С. 21; *Топорнин Б. Н.* Система источников права: тенденции развития. С. 11; *Гаджинова Ф. М.* Источники права и их система в современном российском праве. Дис. ... к. ю. н. М., 2004. С. 32; *Проблемы общей теории права и государства.* Учебник / под ред. В. С. Нерсисянца. 2-е изд. М., 2010. С. 290.

кошек и собак источниками животных. По его мнению, как кошки и собаки являются видами животных, так и обычаи, законы и т. п. представляют собой виды позитивного права.⁸ Думается, действительно, исходя из этимологии слова «источник», этот термин целесообразно сохранить для обозначения источников права в материальном смысле, т. е. социальных факторов, влияющих на формирование права, в том числе иных систем социальной регуляции, правовых систем предшествующих исторических эпох или других обществ, различных идеологических воззрений и вообще общественного сознания в целом, а также информационных источников — текстов и других объектов материальной и духовной культуры, из которых черпаются сведения о содержании правовых норм. А источники права в формальном смысле — юридические тексты, в которых закрепляются правовые нормы, точнее называть формами права, ибо в них оно находит свое внешнее выражение.⁹ Такое терминологическое размежевание поможет избежать встречающееся в некоторых работах смешение двух смыслов понятия «источник права» — материального и формального.¹⁰ Однако в юридической догматике все же утвердился термин «источники права в формальном смысле».

Исторически сложившиеся формы текстуального выражения правовых норм (нормативных юридических текстов) — обычай, прецедент, договор, нормативный акт, доктрина — являются не случайными, а объективно обусловленными. Именно эти формы опосредуют те виды социального взаимодействия, которые представляют собой правовое общение в собственном смысле слова, т. е. основываются на принципе свободы и формального равенства их участников — заключение соглашений, разрешение споров, официально-властное абстрактное формулирование сложившихся правил эквивалентного социального обмена. При этом обычай, договор и прецедент являются исторически первичными формами выражения права, что наглядно демонстрирует производность нормы от признания и защиты конкретных субъективных прав (индивидуальных притязаний на свободу). Лишь позднее возникают нормативный акт и доктрина в качестве абстрактного выражения нормы, по сути, «нормальных», типичных социальных связей субъектов посредством взаимных прав и обязанностей.

Данная система видов юридических текстов (форм права) остается неизменной¹¹ и действует (разумеется, со своими особенностями) в рамках каждого национального правопорядка.

Причем правоустановительный процесс, предполагающий позитивацию права в той или иной форме, сам по себе также является правовым взаимодействием по принципу формального равенства. Универсальность формального равенства как базового принципа права проявляется в том, что он определяет его комплексно и всесторонне: воплощает в себе

⁸ *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 411.

⁹ См., напр.: *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. Вып. 2. М. 1911. С. 369; *Шебанов А. Ф.* Форма советского права. М., 1968. С. 41–44; *Теория государства и права.* Курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. 2-е изд. М., 2000. С. 374–377. — Во многом аналогично (с определенными оговорками) и различие, проводимое И. Л. Честновым между источником права как селективной функцией правовой культуры (фактически — сложным (диалогическим) процессом правообразования) и формами внешнего выражения права (*Сапельников А. Б., Честнов И. Л.* Теория государства и права. Учебник для юридических вузов. СПб., 2006. С. 187–199).

¹⁰ См., напр.: *Нерсисянц В. С.* Общая теория права и государства. С. 399–405; *Морозова Л. А.* Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. 2004. № 1. С. 19–23.

¹¹ «Следует считать этот классический ряд исчерпывающим. Попытки дополнить или расширить этот ряд выглядят неубедительными», — констатируют В. А. Четвернин и Г. Б. Юрко (*Четвернин В. А., Юрко Г. Б.* Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. М., 2007. С. 160). В общем верные утверждения о развитии системы источников права и увеличении их многообразия (*Топорнин Б. Н.* Система источников права: тенденции развития. С. 17–20) означают лишь появление новых видов юридических текстов в рамках упомянутых форм при сохранении неизменной сути последних. Никаких принципиально иных форм позитивации права кроме обычая, договора, прецедента, нормативного акта и доктрины человечество не выработало.

требования как к содержанию позитивного права (предусмотренным им моделям социального взаимодействия), так и к формам и способам его установления и защиты.

Таким образом, юридические тексты, образующие позитивное право, должны не только содержать правила, регулирующие те или иные отношения, исходя из признания автономии и равной меры свободы всех их участников, но и создаваться в рамках специфических процедур, обеспечивающих формальное равенство участников правоустановительного процесса, что является необходимой гарантией от произвола, монополии на правоустановление, а следовательно, и гарантией правового характера позитивируемых норм.

Проявление принципа формального равенства в процедурах, предполагающих установление различных видов (форм) нормативных юридических текстов, имеет свои особенности. Причем определенный вид юридического текста должен создаваться посредством адекватной ему правоустановительной процедуры, в рамках которой в соответствующих формах реализуется принцип формального равенства. Правоустановительные процедуры, соответствующие принципу формального равенства, образуют институциональные и процессуальные гарантии надлежащего правоустановительного процесса применительно к созданию определенных видов нормативных юридических текстов, которые, с одной стороны, закрепляют нормативы правового взаимодействия, а с другой — сами являются его результатом. Поэтому любой источник права в формальном смысле представляет собой единство правоустановительной процедуры и создаваемого в ходе нее нормативного юридического текста.

В литературе часто предлагались определения источников права в формальном смысле (форм внешнего выражения права) как способов, посредством которых правила поведения формулируются, закрепляются и получают общеобязательную силу.¹² Так, согласно Г. Ф. Шершеневичу, под формами права «следует понимать различные виды права, отличающиеся по способу выработки содержания норм».¹³ По мнению В. М. Хвостова, источник права — это «те формы, в которых возникают и получают обязательную силу юридические нормы».¹⁴ В. Ф. Тарановский указывал, что «под источником права в формальном смысле разумеется специальный юридический термин для обозначения тех внешних фактов, с которыми связывается позитивация права, т. е. установление объективно обязательных юридических норм».¹⁵ Источники права он классифицировал в зависимости от того, чьим авторитетом они устанавливаются.¹⁶

Все это позволяет предположить, что содержание понятия «источник права в формальном смысле» охватывает не только различные виды нормативных юридических текстов, но и соответствующие им правоустановительные процедуры. Однако фактически в дальнейших теоретических исследованиях источники права отождествлялись исключительно с юридическими текстами, иногда явно¹⁷ и практически всегда имплицитно, без какой-либо увязки их со спецификой процесса позитивации.

Исключение составляет трактовка источников права, предложенная Д. В. Дождевым: «Формальные источники (или формы) позитивного права — способы официально-властного признания и формулирования (позитивации) той общезначимой формы волевых общественных отношений, которая является правом (правовой нормой) в собственном смысле. Правовая норма — как объективно сложившееся на данном этапе развития общества

¹² См., напр.: Голунский С. А., Строгович М. С. Теория государства и права. М., 1940. С. 173; Денисов С. А., Смирнов П. П. Теория государства и права. Конспект авторских лекций. Ч. I. Тюмень, 2000. С. 52.

¹³ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. С. 369.

¹⁴ Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк. 5-е изд. М., 2011. С. 83.

¹⁵ Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. 3-е изд. СПб., 2001. С. 172.

¹⁶ Там же. С. 174–193.

¹⁷ См., напр.: Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004. С. 648–685; Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права. С. 157, 159; Дробышевский С. А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. М., 2011. С. 35, 37, 43.

правило поведения и как внешнее участникам правоотношений ограничение произвола — в общезначимой форме выражает и определяет достигнутый уровень свободы (формального равенства). Процесс позитивации правовых норм и его результат — позитивное право в принципе отвечает тем же требованиям эквивалентности и соразмерности дозволенного и запрещенного (возможного и должного), которые мыслятся в данном обществе как правильное и справедливое. В процессе позитивации эти требования предъявляются законодателю,¹⁸ ставя его возможный произвол под контроль общества и обеспечивая соответствие позитивной формы содержанию права. Фактически адекватность позитивной формы права презюмируется так, что общеобязательность и действенность позитивной нормы ставится в зависимость от воли всех участников правового общения, от ее общественной признанности и одобренности. Пренебрежение этими объективными требованиями (которое оказывается возможным именно из-за опосредованного характера процесса позитивации) приводит к появлению неправовых позитивных норм, имеющих вид законных». ¹⁹ В дальнейшем изложении формы позитивного права, свойственные римской правовой системе на различных этапах ее развития, рассматриваются автором в единстве соответствующего нормативного текста и процесса его формирования (установления).²⁰

Источники (формы) современного права также следует рассматривать как способы его позитивации, представленные единством определенного юридического текста и адекватной ему правоустановительной процедуры, обеспечивающей позитивацию собственно права, а не произвола правоустанавливающей инстанции. Причем эти способы (формы) позитивации складываются социально-исторически, отражая объективно существующие виды правового общения. Установка на то, что «выбор форм зависит всецело от государственной власти»,²¹ характеризует сугубо легистское (этатистское) понимание права.

Предложенная трактовка источников права позволяет различать надлежащие и ненадлежащие способы позитивации права с точки зрения реализации в рамках соответствующей правоустановительной процедуры требований формального равенства как гарантии правового содержания устанавливаемых правил. Именно в таком контексте вопрос об источниках права оказывается тесно связанным «с проблемами демократии, законности и правосудия».²²

Позитивация права в виде *обычая* или *доктрины* не поддается формализации. Поэтому здесь нет и не может быть никаких институциональных или процессуальных гарантий от формирования неправовых и даже противоправных обычаев (суд Линча) и доктрин (марксизм-ленинизм). Только развитое гражданское общество является преградой для их реализации и превращения в норму (неправовую).

Большинство правовых норм (по крайней мере, в странах романо-германской правовой семьи) объективируется в законах. Причем *закон* — это не любой исходящий от государства нормативный акт, получивший соответствующее название, а лишь акт, созданный особым органом посредством особых процедур, «ибо право как регулятор социальных интересов, носители которых формально равны, должно формулироваться в рамках открытого, гласного политического процесса, дающего формально равный доступ к законотворчеству всем носителям социальных интересов».²³

Законы принимаются парламентом — коллегиальным выборным органом, обеспечивающим представительство различных интересов, функционирующих в обществе. Современные избирательные системы обеспечивают формально равные возможности

¹⁸ Термин «законодатель» в таком контексте обозначает абстрактного «творца» позитивного права, в какой бы форме ни заключалась его деятельность (прим. Д. В. Дождева. — *Н. В.*).

¹⁹ Дождев Д. В. Римское частное право. Учебник. 3-е изд. М., 2011. С. 93.

²⁰ Там же. С. 94–136.

²¹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. С. 369.

²² Саидов А. Х. Источники права и сравнительное правоведение // Вопросы правоведения. 2011. № 1. С.

25.

²³ Четвернин В. А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 89.

представительства в парламенте (выборных коллегиальных органах публичной власти различного территориального уровня) всех социально-политических интересов, функционирующих в обществе, а также в ряде случаев гарантируют представительство специфических интересов отдельных социально уязвимых групп населения (прежде всего коренных народов и национальных меньшинств), которые на общих основаниях имеют мало шансов быть представленными в выборном органе.²⁴ Особый порядок формирования верхних палат парламентов федеративных (а порой и унитарных) государств имеет целью представительство территориальных интересов.

Коллегиальность и достаточная многочисленность (в сопоставлении с избирательным корпусом) парламента позволяют ему представлять не только доминирующие социальные интересы (так называемое большинство, часто весьма условное и надлежащим образом не дифференцированное), но и весь (по крайней мере, весьма широкий) их спектр. Кроме того, коллегиальность парламента предполагает, что его решения являются результатом широкой, свободной и публичной дискуссии, в которой все его члены участвуют на формально равных основаниях (обладают формально равными возможностями для отстаивания своей позиции). При этом едва ли не все избиратели (за незначительным исключением) могут сказать, что в парламентской дискуссии принимали участие их представители, те, за кого они голосовали на выборах. По мнению Ю. Хабермаса, именно разумный дискурс является основой легитимации любого политического господства.²⁵

Именно коллегиальные представительные органы являются надлежащим институтом для осуществления законодательной функции, т. е. формулирования и установления абстрактных, формально определенных общеобязательных правил поведения. Сложный и бюрократизированный законодательный процесс, включающий законодательную инициативу как членов парламента, так и других органов и лиц (правительства, главы государства,²⁶ органов власти субъектов федерации или административно-территориальных единиц), а иногда и народную инициативу, обсуждение и доработку законопроекта в комитетах и комиссиях, его несколько чтений на пленарных заседаниях, принятие простым или квалифицированным (в зависимости от значимости акта) большинством голосов, а также необходимость одобрения принятого закона верхней палатой парламента (если таковая создана), возможность его отклонения главой государства и различные процедуры преодоления возникающих в связи с этим разногласий, обеспечивает свободную конкуренцию представленных в парламенте интересов и создает предпосылки для их согласования, достижения компромисса, консенсуса или, по меньшей мере, формирования и выявления воли большинства, которая (в идеале) адекватно отражает потребности социального развития.

Таким образом в современных условиях реализуется давнее политическое требование: подчиняться лишь тому закону, на принятие которого было дано согласие. Народ «не может пользоваться ни безопасностью, ни покоем, ни считать, что он живет в гражданском обществе, до тех пор пока законодательная власть не будет отдана в руки коллективного органа, который можно назвать сенатом, парламентом или как угодно. Благодаря этому каждый отдельный субъект стал наравне с самыми ничтожными людьми подданным тех законов, которые он сам как член законодательного органа установил; точно так же никто не мог по своей собственной власти избежать силы закона после того, как этот закон был создан».²⁷ При этом «ни один указ кого бы то ни было, в какой бы форме он ни был задуман и какая бы власть его не поддерживала, не обладает силой и обязательностью закона, если он

²⁴ См., напр., ст. 186 Конституции Венесуэлы, ч. 2, 5 ст. 171 Конституции Колумбии, ч. 2 ст. 62 Конституции Румынии, ч. 3 ст. 80 Конституции Словении.

²⁵ Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995. С. 62.

²⁶ В государствах, где реализованы классические президентская, парламентарная или смешанная системы правления, глава государства не имеет права законодательной инициативы, однако в ряде постсоциалистических и латиноамериканских стран он им обладает.

²⁷ Локк Д. Избранные философские произведения. В 2 т. Т. 2. М., 1960. С. 55.

не получил санкции законодательного органа, который избран и назначен народом, так как без этого данный закон не будет обладать тем, что совершенно необходимо, для того чтобы он стал действительно законом, — согласием общества; а издавать обязательные для общества законы не имеет права никто, кроме как с согласия этого общества и на основе власти, полученной от его членов».²⁸

Принятие законов на референдуме, что, казалось бы, в еще большей мере гарантирует доступ к законотворчеству представителям всех социальных сил и интересов, функционирующих в обществе,²⁹ не обеспечивает возможности для согласования и корректировки позиций.³⁰ Референдум предусматривает лишь одобрение или отклонение проекта закона; совместная работа над текстом субъектов законотворчества (граждан) исключается. Это создает предпосылки для манипулирования мнением народа, повышает вероятность позитивации не правовых, а произвольных предписаний. Обычно референдум превращается просто в голосование в поддержку политических сил, представивших законопроект. Здесь отсутствует собственно «дискурсивный процесс полагания и обоснования норм».³¹ Не случайно в современной доктрине представительной демократии референдум рассматривается в качестве вспомогательного элемента,³² а на конституционном или законодательном уровне устанавливаются определенные ограничения на его использование. Как правило, на референдум не могут выноситься вопросы чрезвычайного или безотлагательного характера, требующие специальных знаний и не допускающие популистских решений, в частности, затрагивающие налоговую и бюджетную сферы.³³

Конституцию не случайно называют основным законом государства. Требования к конституционному процессу, обеспечивающие воплощение в ней правовых начал государственности, во многом схожи с уже рассмотренными. Но максимально возможной представительности принимающего органа и наличия специальных процедур, позволяющих согласовывать противоположные интересы, здесь недостаточно. Конституция определяет правовые рамки деятельности всех государственных институтов, накладывает на них необходимые ограничения, а следовательно, согласно известной аксиоме права «никто не может быть судьей в собственном деле», непосредственно вытекающей из принципа формального равенства, не должна приниматься ни одной из учреждаемых ею властей.

Исследователи постсоциалистического конституционного развития стран Центральной и Восточной Европы отмечали, что если принятие новой конституции осуществлялось парламентом, то у разработчиков проявлялась очевидная заинтересованность в избрании какой-либо версии парламентской республики и наделении парламента широкими полномочиями, а о создании необходимых сдержек власти парламента они обычно не слишком заботились. Аналогичным образом если проект новой конституции готовился в рамках президентских структур, то в нем, как правило, закладывалась модель президентской или смешанной республики.³⁴ Поэтому наиболее распространенный способ принятия конституции — парламентом (органом законодательной власти) — нельзя признать юридически безупречным. Не случайно конституционная

²⁸ Там же. С. 76–77.

²⁹ «Народ, повинующийся законам, должен быть их творцом... Всякий закон, если народ не утвердил его непосредственно сам, недействителен; это вообще не закон», — декларировал Ж.-Ж. Руссо (*Руссо Ж.-Ж. Об Общественном договоре. Трактаты*. М., 2000. С. 228, 281).

³⁰ Утверждение Ж.-Ж. Руссо, что любое представительство искажает волю народа, на протяжении веков так и не было опровергнуто. Просто лучшего способа осмысленного принятия решений человечеству придумать не удалось.

³¹ *Хабермас Ю.* Демократия. Разум. Нравственность. С. 88.

³² *Sartori G.* Democrazia. Cosa è. Milano, 1993. P. 78.

³³ См. подробнее: *Васильева Т. А.* Элементы непосредственной демократии в системе представительного правления: конституционная регламентация // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 5. С. 29–32.

³⁴ *Elster J.* Human Rights and the Constitution-Making Process // *Human Rights and Freedoms in New Constitutions in Central and Eastern Europe* / ed. by A. Rzeplinski. Warsaw, 1992. P. 6; *Осятыньский В.* Парадоксы конституционного заимствования // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 59.

доктрина и практика некоторых стран стремится «развести» прерогативы по принятию конституции и текущих законов. Это, кстати, необходимо для обоснования и высшей юридической силы конституции,³⁵ и совместимости судебного конституционного контроля с принципом разделения властей.

В американской традиции конституция рассматривается как выражение воли народа, а закон — воли его представителей, и в случае их столкновения приоритет первой несомненен. «Иначе пришлось бы признать, что конституция уполномочивает представителей народа подменить своею *волей* волю избирателей... Любая мера, предпринятая органом делегированной власти, теряет свою силу, если она противоречит общему смыслу вверенных этому органу полномочий».³⁶ «Определение в конституции сроков полномочий и условий их осуществления происходит в результате процесса принятия конституционных решений; тот, кто осуществляет полномочия правления, не имеет власти устанавливать или изменять условия, закрепленные в конституции. Ключевой признак демократии, по сути, заключается в том, что народ через процессы принятия конституционных решений контролирует разделение и распределение властных полномочий посредством конституционно-правовых механизмов»,³⁷ — писал известный американский политолог В. Остром.

Французские конституционалисты наряду с законодательной, исполнительной и судебной выделяют особую учредительную власть и противопоставляют ее всем другим властям, которые созданы (учреждены) ею и соответственно ограничены в полномочиях. Все учрежденные власти подчинены учредительной, и только последняя является суверенной. Именно учредительная власть, принадлежащая народу, и провозглашает конституцию. Другое дело, когда речь идет о пересмотре отдельных положений конституции. Это вправе осуществлять ревизионная или производная учредительная власть. Данная власть ограничена конституцией (первоначальной учредительной властью), поскольку ее нормы оговаривают основания, пределы, условия и процедуры пересмотра. Ревизионной властью часто наделяются представительные органы законодательной власти (парламенты), но, как правило, осуществляют они ее в особом усложненном порядке, а иногда и вместе с другими субъектами политического процесса. В принципе пересмотр «отдельных положений» конституции может привести к ее фактической отмене, но согласно французской доктрине это уже неконституционно, ибо «пересмотр конституции не может законным образом привести к отмене (оспариванию) конституции, провозглашенной учредительной властью».³⁸

Институционально таким установкам соответствует принятие конституции референдумом и конституантой — специально созданным учредительным собранием (ассамблеей, конгрессом, конвентом), которое после одобрения проекта распускается.

Против референдума можно привести уже высказывавшиеся возражения, причем применительно к конституции они приобретают еще большее значение. От массового сознания нельзя требовать квалифицированной оценки сложных конституционных конструкций; по сути, референдум превращается в голосование в поддержку лица (реже партии), представившего проект, и проводимой им политики, в связи с чем опасность манипулирования «народной волей» и злоупотребления доверием граждан заметно возрастает. Не случайно истории известны одобренные референдумом и демократические (Франция, 1958 г.), и откровенно реакционные (Греция, 1969 г.) конституции.

³⁵ Конституция обладает высшей юридической силой не потому, что «просто» провозглашена основным законом страны, а потому, что конституирует правовую форму организации и функционирования политической власти, ограниченную правами и свободами человека.

³⁶ Гамильтон А. Федералист. № 78 // Американские федералисты: Гамильтон, Мэдисон, Джей. Избранные статьи. Benson, Vermont, 1990. С. 235.

³⁷ Остром В. Смысл американского федерализма. Что такое самоуправляющееся общество. М., 1993. С. 63–64.

³⁸ Исполнительная власть, судебная власть и учредительная власть во Франции. Российско-французская серия «Информационные и учебные материалы». № 8. М., 1993. С. 8–11. — См. также: Гунель М. Введение в публичное право. Институты — Основы — Источники. М., 1995. С. 210–211.

С правовой точки зрения наиболее предпочтительно принятие конституции специально созданным представительным органом — конституантой (учредительным или конституционным собранием), который после выполнения этих функций распускается. Таким образом обеспечивается формально-юридическое и собственно правовое обоснование верховенства конституции и повышается ее легитимность (при формировании конституанты обычно не используются специальные способы ограничения представительства, применяемые при выборах в парламент для повышения эффективности его деятельности). Однако на практике принятие конституции специально избранным учредительным органом остается скорее исключением, чем правилом. Это объясняется соображениями политической целесообразности, ибо чрезмерно затягивает и осложняет процесс радикальных конституционных преобразований. Однако после Второй мировой войны наметилась некоторая тенденция отказа от принятия новых конституций парламентами. Парламентские механизмы сохраняются для изменения конституций, но и здесь они осложняются, как правило, не только требованием одобрения квалифицированным большинством (ФРГ), но и ратификацией субъектами федерации (Россия, США, Швейцария), факультативным (Испания, Италия, Франция, Словения) или обязательным (Япония) референдумом, особым порядком (Испания) или запретом (Франция, Румыния) пересмотра некоторых положений.

Специфика процесса создания *подзаконных актов* заключается в том, что правотворческая инициатива должна исходить не от субъекта правоустановления (соответствующего органа, осуществляющего функции исполнительной власти), а от законодателя.

Органы исполнительной власти в соответствии с принципом разделения властей наделяются принудительной силой, необходимой для проведения в жизнь решений законодательной и судебной властей,³⁹ и в связи с этим не должны обладать нормотворческой компетенцией, чтобы на деле не превратиться в высшую, доминирующую власть. Кроме того, природа публичной администрации и процедуры ее деятельности (единоначалие, иерархическая соподчиненность и т. п.), обусловленные основным целевым назначением этих органов (принудительное исполнение), исключают или минимизируют возможности широкой дискуссии в целях согласования различных социальных интересов в рамках принципа формального равенства, что создает предпосылки для возведения в ранг должного произвольных, а не правовых предписаний.

Основная причина широкого распространения нормотворчества органов исполнительной власти (по объему значительно превосходящего правоустановительную деятельность парламентов и иных коллегиальных представительных органов) заключается в его эффективности. Именно органы исполнительной власти часто располагают наиболее полной информацией о состоянии регулируемых отношений и способны оперативно и квалифицированно реагировать на его изменения, что бывает довольно сложно делать в рамках чрезмерно длительного и формализованного процесса прохождения законопроекта в парламенте. Правотворчество органов исполнительной власти допустимо только по конкретному вопросу, в пределах специально предоставленных законодателем полномочий и в рамках бюрократических процедур, регламентированных законом (на основе и во исполнение закона). Основная гарантия правового характера такого нормотворчества — в его строгой подзаконности. Реализация органами исполнительной власти предоставленных им полномочий по установлению правовых норм должна находиться под контролем законодательной и судебной властей.

Однако современная практика рационализации парламентаризма имеет своим следствием ослабление законодательной функции парламента и активизацию правительственного правотворчества,⁴⁰ в частности, широкое использование института

³⁹ Как подчеркивал Ж.-Ж. Руссо, власть исполнительная «есть сила, приложенная к Закону» (Руссо Ж.-Ж. Об Общественном договоре. С. 281).

⁴⁰ В связи с этим весьма показательно, что и сам закон все больше рассматривается как «инструмент осуществления политики правительства» (Гунель М. Введение в публичное право. С. 227).

делегированного законодательства, которое (несмотря на все конституционные ограничения) постепенно превращается из экстраординарной меры⁴¹ в обыденную практику. В последнее время это вызывает все большую озабоченность исследователей и государственных деятелей и рассматривается как осознанный отказ парламента от осуществления своей важнейшей функции, что модифицирует форму правления и порождает серьезные проблемы в плане соблюдения принципов представительной демократии и разделения властей.⁴² Конституционный Суд Италии в одном из своих решений (№ 171/2007) отметил, что в государствах, основанных на принципе разделения властей и подчинения исполнительной и судебной власти закону, принятие первичных норм права возлагается на орган или органы, чьи полномочия непосредственно производны от народа.⁴³

С назначением органов исполнительной власти и их местом в системе разделения властей не согласуется предоставление Конституцией Французской Республики правительству так называемой регламентарной власти, т. е. права устанавливать первичные правовые нормы по вопросам, не входящим в специально предусмотренную Конституцией сферу законодательного регулирования (ст. 34, 37). При этом показательно, что на практике регламентарная власть правительства оказывается гораздо более защищенной, чем исключительная законодательная компетенция парламента. По вопросам, урегулированным законом, всегда возможно принятие подзаконного акта, детально регламентирующего порядок применения закона. Расширение сферы законодательной компетенции в принципе может быть произведено органическим законом, которым согласно ч. 8 ст. 34 могут быть уточнены и дополнены ее положения. Однако данный инструмент никогда не использовался. Фактически расширение сферы законодательного регулирования осуществляется посредством толкования довольно расплывчатых положений ст. 34 Конституции и зависит от усмотрения правительства и позиции Конституционного совета.

Правительство, располагающее устойчивым и дисциплинированным большинством в парламенте, может благожелательно относиться к законотворческой деятельности, вторгающейся в сферу регламентарной власти, так как это повышает легитимность принимаемых решений. Но в иных политических условиях правительство обладает возможностями настаивать на строгом (в его понимании) соблюдении разграничения полномочий законодательной и регламентарной власти.⁴⁴ Согласно ст. 41 Конституции, если в ходе законодательного процесса обнаружится, что предложение или поправка выходят за пределы законодательных полномочий парламента или противоречат осуществленному им ранее делегированию правительству законодательных полномочий, то правительство может заявить об их неприемлемости. В случае разногласий между правительством и председателем соответствующей палаты решение принимает Конституционный совет. Более того, если правительство не сразу ориентируется и упустит такую возможность, то в соответствии с ч. 2 ст. 37 оно может после вступления закона в силу обратиться в Конституционный совет и в случае установления последним, что определенные положения закона носят регламентарный характер, они могут быть изменены декретом правительства. Конституционный совет в целом придерживается расширительного толкования конституционного перечня предметов законодательного регулирования, но исследователи указывают на неприемлемость ситуации, когда юридическая инстанция, не имеющая демократической легитимности, своими решениями определяет условия осуществления законодательных функций парламентом, который сам никак не может на это повлиять.⁴⁵

⁴¹ Так, Конституционный совет Франции в Постановлении от 12 января 1977 г. подчеркнул исключительный характер делегирования законодательной власти, предусмотренного ст. 38 Конституции Французской Республики, указав, что ее применение оправдывается «непредусмотренными обстоятельствами» и «ситуацией, требующей принятия срочных мер» (цит. по: Там же. С. 250).

⁴² См. подробнее: *Васильева Т. А.* Акты делегированного законодательства как источник публичного права зарубежных стран // Труды Института государства и права РАН. 2011. № 1. С. 171–194.

⁴³ Цит. по: Там же. С. 194.

⁴⁴ *Гунель М.* Введение в публичное право. С. 219, 229.

⁴⁵ Там же. С. 229.

Французская конституционная конструкция «самостоятельной распорядительной власти» «не имеет аналогов в других крупных демократических странах Запада». Она несовместима и «с французскими республиканскими традициями, основанными на демократической концепции власти. Согласно этой традиции, только представительные органы обладают ничем не ограниченным правом издавать правила общего характера. В этом контексте исполнительная власть может всего лишь обеспечивать исполнение законов».⁴⁶

Столь же неприемлемо наличие у Президента РФ самостоятельной нормотворческой инициативы, позволяющей ему принимать нормативные указы по вопросам, не урегулированным законами (ст. 90 Конституции РФ),⁴⁷ а также право федеральных органов исполнительной власти издавать нормативные правовые акты не только на основе и во исполнение законов, указов и распоряжений Президента РФ, постановлений и распоряжений Правительства РФ, но и по собственной инициативе в пределах их компетенции (п. 1 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации).⁴⁸

В литературе обращалось внимание на необходимость «исключить или существенно ограничить возможность “внезаконного” (инициативного) нормотворчества органов исполнительной власти, а именно: четко определив возможность принятия ими нормативных правовых актов — “в случаях и в пределах, установленных законом”», а также установить пределы «“законозаменяющего” правотворчества Президента», по крайней мере, распространив на него правила и ограничения, действующие для законов (ч. 3–4 ст. 15, ч. 1 ст. 54, ч. 2 ст. 55, ч. 6 ст. 76 Конституции РФ). Кроме того, в качестве условия введения в действие таких указов предлагалось установить требование внесения соответствующего законопроекта в Государственную Думу.⁴⁹ Вместе с тем достаточно распространена точка зрения, согласно которой законы, как правило, «реализуются не “напрямую”, а посредством принятия других, подзаконных нормативных правовых актов. При этом законы могут конкретизироваться, разумеется, не только при наличии в них соответствующего предписания, но и в любом случае, когда орган государственной власти, уполномоченный принимать подзаконные акты, считает такое конкретизирующее регулирование необходимым (если, разумеется, нет прямого запрета на регулирование тех или иных отношений подзаконными актами). Общие пределы конкретизации законов подзаконными актами того или иного органа нигде не определены (в принципе, таковые могут быть установлены каждым отдельным законом). Их отсутствие позволяет конкретизировать закон любым органам и должностным лицам, причем не только нормативными правовыми актами Президента РФ и Правительства РФ, но и актами министерств, иных ведомств. Допустимость такой конкретизации без специального указания закона должна определяться применительно к конкретной ситуации с учетом предмета закона и его места среди других

⁴⁶ Там же. С. 221, 220.

⁴⁷ Конституционный Суд РФ в Постановлении от 30 апреля 1996 г. № 11-П по делу о проверке конституционности п. 2 Указа Президента РФ от 3 октября 1994 г. № 1969 «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации» и п. 2.3 Положения о главе администрации края, автономной области, автономного округа РФ, утв. названным Указом, подтвердил, что издание Президентом РФ указов, восполняющих пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения, не противоречит Конституции РФ при условии, что такие указы не противоречат Конституции РФ и федеральным законам, а их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих законодательных актов (абз. 1 п. 4 мотивировочной части) (СЗ РФ. 1996. № 19. Ст. 2320).

⁴⁸ *Постановление* Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» // СЗ РФ. 1997. № 33. Ст. 3895. — Интересно, что постановления и распоряжения Правительства РФ издаются только на основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных законов, нормативных указов Президента РФ (ч. 1 ст. 115 Конституции РФ, ст. 23 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве РФ» (СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712)).

⁴⁹ *Савельева Е. М.* Проблемы совершенствования законодательной деятельности в России на федеральном уровне // Государство и право. 2001. № 9. С. 8.

законов, а также исходя из потребностей правоприменения».⁵⁰ Данная позиция обусловлена полным непониманием юридической природы и назначения органов законодательной и исполнительной власти, а также сути принципа разделения властей.

Весьма специфичен такой источник права, как *судебный прецедент*, который представляет собой «побочный продукт» основной функции суда — осуществления правосудия.⁵¹ Возникнув из потребности гражданского общества в цивилизованном (правовом, а не силовом) разрешении конфликтов частных интересов, суд конституировался в особый институт публичной власти, качественно отличный от законодательных и исполнительных органов. Чтобы обеспечить правовое (по принципу формального равенства) разграничение сталкивающихся интересов, суд должен обладать максимально возможной независимостью от публичной политической и общественной власти, а также тяжущихся сторон.

В современном демократическом правовом государстве независимость суда обеспечивается функционально — осуществлением правосудия только судом, институционально — отсутствием у каких-либо государственных органов (в том числе и у вышестоящих судов) права давать суду указания по разрешению дел, находящихся в его производстве, и связанностью судей только конституцией и законами, а также особым личным статусом судьи — несменяемостью судей, судебским иммунитетом и indemnитетом, несовместимостью судебской функции с иной государственной должностью, оплачиваемой деятельностью (как правило, за исключением творческой, научной и педагогической), общественной активностью.

Разрешение споров на основе права гарантируется осуществлением правосудия только собственно судом — институтом, которому присущи указанные черты, и только в ходе публичного (гласного) состязательного процесса на основе формального равенства сторон. Суд отличается строгой инцедентностью деятельности. Инициатором процесса выступает не суд, а сами спорящие стороны (сторона), заинтересованные в разграничении правового и неправового, нормального и девиантного в их взаимоотношениях, т. е. в официальном установлении и обеспечении права. В противном случае, если инициатива будет исходить от суда, он не сможет остаться независимым и беспристрастным, придерживаться принципа формального равенства сторон конфликта.

Разрешение споров о праве неизбежно предполагает правоустановление — установление того, что есть право в данном конкретном случае. Правовая определенность как неотъемлемая составляющая самого понятия права требует, чтобы эти судебные правоустановления были стабильны и предсказуемы. Отсюда и проистекает принцип *stare decisis* (лат. стоять на решенном), которому в той или иной мере следуют все суды.⁵² А это, в свою очередь, означает, что содержащиеся в судебных решениях общезначимые правоположения (*ratio decidendi*, правовые позиции), по сути, являются правовыми нормами. Однако в своем решении суд непосредственно устанавливает не правовые нормы (объективное право, общие абстрактные формально-определенные правила должного), а субъективные права и обязанности тяжущихся сторон (право в конкретном случае). Общая норма — судебный прецедент — не создается тем или иным судом, а складывается как

⁵⁰ Законодательный процесс. Понятие. Институты. Стадии. Науч.-практ. пособие / под ред. Р. Ф. Васильева. М., 2000. С. 49–50.

⁵¹ Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 121.

⁵² А. Н. Верещагин справедливо отмечает, что принцип *stare decisis* «в том виде, в котором он существует в классической традиции стран общего права, может рассматриваться как разновидность более универсального принципа, присущего судебской функции как таковой. Общеизвестно, что последовательность и единообразие находятся в числе наиболее желательных качеств судопроизводства, проявления которых вправе ожидать от судей граждане и общество в целом. Поэтому едва ли будет преувеличением сказать, что определенная степень “прецедентности” свойственна судебной деятельности независимо от формального статуса судебных решений в данной правовой системе» (Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М., 2004. С. 160).

результат судебной практики в целом.⁵³ И в этом еще одна гарантия воплощения в прецеденте права, а не произвола судьи.

В российской юридической науке и практике до сих пор однозначно не решен вопрос о признании судебного прецедента источником права в формальном смысле. Многочисленные доводы противников этого могут быть обобщенно сведены к трем: российская правовая система принадлежит к романо-германской семье, в рамках которой судебный прецедент не рассматривается в качестве источника права; судебный прецедент официально (легально) не признан источником российского права; судебное правотворчество не совместимо с принципом разделения властей.⁵⁴

Все эти доводы не кажутся убедительными и опровергаются практикой. М. Н. Марченко, проанализировав место и роль судебного прецедента в системе источников права стран романо-германской правовой семьи, пришел к выводу, что для этих стран типична ситуация, «при которой прецедент, являющийся результатом правотворческой деятельности судов, законодательно не закрепляется и не обеспечивается, иными словами — формально не признается, а фактически существует и применяется».⁵⁵ Такого же мнения придерживается и классик юридической компаративистики Р. Давид: «Чтобы судить о важности судебных решений в выработке права... следует остерегаться готовых формул, которые, стремясь подчеркивать исключительность закона, отказываются признавать источником права судебную практику. Эти формулы несколько смешны... Подобное отношение к судебной практике — чаще всего признак разрыва между теорией и практикой, между университетами и дворцами правосудия. Но на этом основании нельзя делать вывод, что судебные решения не являются источником права. Чтобы иметь правильное представление по данному вопросу, нужно не столько интересоваться формулировками различных авторов и доктринальными произведениями, сколько обратить внимание на другой фактор — на все увеличивающееся число различного рода сборников и справочников судебной практики. Эти сборники и справочники пишутся не для историков права или социологов и не для удовольствия читателей: они создаются для юристов-практиков, и их роль объяснима лишь тем, что судебная практика является в прямом смысле источником права».⁵⁶

Принцип правовой определенности предполагает обеспечение единства судебной практики, и «было бы весьма странно, если бы одни судебные инстанции пренебрегали решениями других, даже если они формально ими не связаны».⁵⁷ Отсутствие «культуры прецедента» (практики обоснования принимаемого решения позициями, выраженными в решениях, состоявшихся по аналогичным делам) ведет к недостаточной последовательности и слабой мотивированности судебных решений, увеличивает пространство судейского усмотрения, граничащего с произволом. Не случайно Председатель Верховного Суда В. М. Лебедев сетовал на то, что вследствие стойкого непризнания судебного прецедента в качестве источника права судьи обычно не ссылаются в своих решениях на решения

⁵³ «Сам судья не определяет, что в решении *ratio decidendi*, а что “попутно сказанное”. Это делает другой судья, устанавливая, является ли данное решение прецедентом для дела, которое он рассматривает» (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 258). «Формирование прецедента во многих случаях — это не единичный, кратковременный акт, а длительный творческий процесс. В большинстве случаев прецедент создается не одним, а несколькими судебными решениями. Только в результате рассмотрения целой цепочки аналогичных дел и соответствующих решений судьи определяются в своем выборе главного звена и приходят к единому мнению о том, что считать общим принципом или нормой, которые при рассмотрении последующих дел нужно развивать и соблюдать» (Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 672).

⁵⁴ См., напр.: Нерсесянц В. С. 1) Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34–41; 2) Общая теория права и государства. С. 351–353; 3) У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107–112; Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. С. 158.

⁵⁵ Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. С. 574.

⁵⁶ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 96.

⁵⁷ Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 165.

Конституционного Суда РФ или Верховного Суда РФ, ограничиваясь указаниями на статьи Конституции или закона, что делает их решения менее убедительными, поскольку стороны далеко не всегда знают содержание предшествующих решений высших судов, на которых фактически основывается состоявшееся решение по их делу.⁵⁸

А. Н. Верещагин абсолютно прав, утверждая, что «несмотря на целый ряд крупных различий в действии прецедентов в рамках разных правовых систем, сам феномен является универсальным».⁵⁹ По мнению Л. В. Головки, ««явление прецедента» наблюдалось в континентальной Европе всегда — «запрет прецедента» есть лишь локальная интеллектуальная попытка, длившаяся примерно сто лет или чуть более (вторая половина XVII — XIX в.), пусть и со свойственным той эпохе радикализмом».⁶⁰

Причем именно судебный (квазисудебный) прецедент был исторически первой формой официально-властного правоустановления. Еще Г. Мэйн полагал, что наиболее древние примитивные правовые представления были связаны с решениями властителей по конкретным спорам, принятым под влиянием «божественного вдохновения». И естественно, что «при однообразно повторяющихся обстоятельствах приговоры должны были походить одни на другие». Именно в этом Г. Мэйн видит «зародыш или начало обычая, понятия более позднего». По его мнению, развитие правовых идей совершалось именно в таком направлении. Представление о том, что «понятие об обычае должно было предшествовать понятию о судебном решении, и что судебное решение должно было основываться на обычае или наказывать за его нарушение», навечно новейшим способом правового мышления.⁶¹ Несомненно, что в древние времена «не существовало никакого понятия о какой бы то ни было законодательной власти или даже об отдельном законодателе... Единственным представлением о правде и неправде, имевшим силу авторитета, являлось судебное решение, основанное на фактах, не предполагавшее закона, который был нарушен, но такое, которое было впервые введено судье в момент постановления приговора». Таким образом, «судебные приговоры и решения, основанные на прежних примерах, предшествуют составлению общих правил, основных положений и классификаций».⁶² А представление «о божестве, которое предначертало целый кодекс или свод законов, как это мы видим на индийских законах Ману, — по-видимому, относится к разряду более новых и более развитых идей».⁶³

При этом целью всех «древних кодексов» (Законов XII таблиц, Законов Ману, Салической правды и т. п.) было установить способ разрешения споров, «которые до тех пор решались силою или же оставались совсем неразрешаемыми».⁶⁴ Поэтому все они прежде всего дают «описание суда, его механизма, процедуры, способов доказательства обнаруживаемых фактов». А после «описания того великого института, который разрешает

⁵⁸ Лебедев В. М. Судебная власть в современной России. СПб., 2001. С. 210.

А. Л. Бурков, проинтервьюировав 15 судей судов общей юрисдикции, установил, что все они следуют правовым позициям, выраженным в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, часто воспроизводят в своих решениях формулировки из постановлений, имеющих отношение к делу, но практически никогда прямо не ссылаются на соответствующее постановление. По мнению автора, такая практика поощряется самим Верховным Судом, который не желает демонстрировать свои правотворческие полномочия. Это превращает постановления Пленума Верховного Суда РФ в «серого кардинала», реальный, эффективный, но «скрытый» источник права (Бурков А. Л. Статус постановлений Пленума Верховного Суда РФ в законодательстве и судебной практике // Правоведение. 2011. № 5. С. 182–186).

⁵⁹ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 162. — О понимании и функционировании судебного прецедента в различных национальных правовых системах см., напр.: *Interpreting Precedent: A Comparative Study* / ed. by D. N. MacCormick, R. S. Summers. Aldershot, 1997.

⁶⁰ Головка Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 31.

⁶¹ Мэйн Г. С. Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. М., 2011. С. 3–4.

⁶² Там же. С. 6–7.

⁶³ Там же. С. 5.

⁶⁴ Мэйн Г. С. Древний закон и обычай. Исследования по истории древнего права. М., 2011. С. 295.

споры», они переходят к распределению права сообразно предметам споров, сообразно тем отношениям между людьми, которые порождают споры». Все «древние кодексы» начинают с отправления правосудия и распределяют материальное право по «предметам тяжб». ⁶⁵ При этом «роль правосудия и его органов заслоняла собою все другие понятия и соображения в умах составителей древнейших кодексов». ⁶⁶

Такое видение истории права нельзя считать обусловленным исключительно происхождением Г. Мэйна и неприменимым в рамках романо-германской правовой традиции. Исследователи давно установили, что римское право, на рецепции которого основана романо-германская правовая семья, исторически тоже формировалось как прецедентное, в целом по той же модели, что и английское *common law*. В то время когда в Западной Европе глоссаторы и комментаторы начали заимствовать и приспосабливать к своим потребностям результаты истории развития римского права, Англия интуитивно воспроизводила эту историю. «Этот интуитивный параллелизм в развитии римского и английского права, — подчеркивают К. Цвайгерт и Х. Кётц, — помогает лучше понять тот удивительный факт, что юридическая техника древних римлян и англичан имеет гораздо больше общего, чем правовая техника римлян и пандектистов XIX в., которые во всеуслышание ссылаются на римское наследство». ⁶⁷

Таким образом, отрицание прецедента в континентальных странах явилось следствием вторичности их правовых систем, сложившихся во многом в результате абстрактного формулирования правовых норм на базе обобщения чужого (предшествующего) правового опыта. Неприятию прецедента немало способствовали успехи кодификации права (открывшей современную страницу истории романо-германской правовой семьи) — высшей формы обобщения и рационализации нормативного материала, предполагающей его систематизацию, концептуализацию, согласование (освобождение от противоречий) и последовательное изложение. ⁶⁸ Кодекс виделся абсолютно совершенным результатом позитивации права, трогать который (посредством судебного истолкования и развития) просто кощунственно. Но позднее неумолимая логика собственного правового развития неизбежно привела к фактическому признанию (практическому функционированию) прецедента в качестве источника права. ⁶⁹ Подмечено, что роль судебной практики «возрастает по мере старения юридической системы, т. е. по мере удаления от момента вступления в силу письменных юридических актов». ⁷⁰

Кодификация права вообще оказывает серьезное воздействие на развитие правовой системы. Р. Кабриак обозначил его как эффекты разрыва, кристаллизации, оценки и полноты. ⁷¹ Любая кодификация знаменует (по крайней мере, провозглашает) отказ от прежнего правового регулирования, одновременно преследуя цель «заморозить закрепляемое ею право, превратить его в неподвижную массу», ⁷² претендует на полноту, совершенство и законченность регулирования ⁷³ и в связи с этим в некотором смысле сакрализуется. ⁷⁴ В результате кодекс «запирает правовое пространство», ⁷⁵ исключая всякое

⁶⁵ Там же. С. 293.

⁶⁶ Там же. С. 294.

⁶⁷ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. I. Основы. М., 2000. С. 282.

⁶⁸ Wieacker F. Foundations of European Legal Culture // The American Journal of Comparative Law. 1990 (Winter). Vol. 38. N 1. P. 25.

⁶⁹ См., напр.: Каранетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 10–206; Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России.

⁷⁰ Гунель М. Введение в публичное право. С. 261.

⁷¹ Кабриак Р. Кодификации. М., 2007. С. 146–182.

⁷² Там же. С. 154.

⁷³ Кодекс «замышляется как некий закрытый мир» (Там же. С. 168). «Кодификация хочет быть исчерпывающей и верит, что может таковою стать» (Weber M. Sociologie du droit / trad. J. Grosclaude. Paris, 1996. P. 204 (цит. по: Кабриак Р. Кодификации. С. 168)).

⁷⁴ «Престиж Кодекса в значительной мере достигается не только благодаря содержанию его положений, но и в силу того простого факта, что он представлен в виде Кодекса» (Rouland N. Anthropologie

обращение к нормам, находящимся за его пределами⁷⁶ и превращаясь для судей в «нечто вроде тюрьмы».⁷⁷

Интересно, что знаменитый Кодекс Наполеона 1804 г. содержал, казалось бы, взаимоисключающие установления, адресованные судьям. С одной стороны, ст. 5 запрещала судьям при вынесении решений по конкретному делу принимать предписания общего характера, с другой — ст. 4 провозглашала, что судья не вправе отказать в правосудии под предлогом молчания, неясности или неполноты закона. Однако авторитетные комментаторы полагают, что составители французского Гражданского кодекса «просто-напросто исходили из того, что Кодекс представляет собой полную систему, достаточную для того, чтобы охватить весь набор возможных ситуаций, с которыми сталкиваются магистраты».⁷⁸ Однако в дальнейшем именно это положение «открыло дорогу более активному участию судей в развитии гражданского права».⁷⁹ Кассационный суд Франции, изначально учрежденный в виде Кассационного трибунала, призванного следить за тем, чтобы суды не отклонялись от «буквы закона» и не покушались на прерогативы законодателя, искажая его волю своим толкованием, фактически возглавил процесс судебного правотворчества, все активнее предлагая собственную интерпретацию Гражданского кодекса и отменяя решения судов низших инстанций в тех случаях, когда они ей не следовали.⁸⁰

Весьма показательно, что во Франции традиционное неприятие судебного прецедента в качестве источника права, подпитываемое исторически сложившимся недоверием к судам как монархическим институтам, злоупотреблявшим предоставленными им полномочиями,⁸¹ никоим образом не сказалось на развитии административного права — отрасли, не подвергавшейся кодификации и сформированной во многом именно судебной практикой. Современное французское административное право напоминает английское *common law*. Оно складывалось в отсутствие не только кодифицированного, но и вообще достаточно развитого материального права посредством деятельности органов административной юстиции.⁸² Суды имели возможность (точнее, были вынуждены) весьма свободно интерпретировать существовавшее законодательство и восполнять имевшиеся в нем пробелы. В итоге, в течение длительного времени французское административное право можно было объяснить через методическое изложение практики Государственного совета, обладавшего едва ли не монопольным правом формировать общие принципы не только административного, но и всего французского права, которые неукоснительно соблюдались органами исполнительной власти, в том числе и при издании нормативных актов. Позднее

juridigue // *Droit fondamental*. 1988. № 210 (цит. по: Кабрияк Р. Кодификации. С. 159)). «Кодекс — это Книга права, а Книга не символизирует ли Откровение» (Кабрияк Р. Кодификации. С. 168).

⁷⁵ *Chapus R. Lecture du Code de justice administrative // Revue française de droit administratif*. 2000. P. 938. (цит. по: Кабрияк Р. Кодификации. С. 170).

⁷⁶ «Мечта сменилась мифом, когда современники гражданского кодекса поверили в то, что он тождественен гражданскому праву и включает все его целиком» (Atias C. *Philosophie du droit*. Paris, 1999. P. 255 (цит. по: Кабрияк Р. Кодификации. С. 169)).

⁷⁷ Кабрияк Р. Кодификации. С. 157. — Столь же негативное влияние кодификация оказывает на развитие правовой доктрины. В качестве примера приводят Германию, «где на протяжении XIX столетия правовая мысль имела таких выдающихся представителей, как Савиньи или Иеринг, и где после принятия ГГУ (BGB) не стало более выдающихся правоведов-мыслителей. Второй пример касается Франции, где цивилистическая доктрина, появившаяся вслед за гражданским кодексом, значительно уступала по уровню и блеску не только частнопредварительной доктрине, существовавшей до него, но и современной ей доктрине публично-правовой, не вынужденной пребывать в тени какого-нибудь кодекса» (Malaurie P. *Rapport de synthèse // La codification / sous la dir. de B. Beignier*. Paris, 1996. P. 207 (цит. по: Кабрияк Р. Кодификации. С. 177)). Гражданское право Франции переживало «мертвый сезон в течение изрядного отрезка XIX столетия, в чем не без оснований упрекают Кодекс 1804 г.» (Carbonnier J. V. *Codification // Dictionnaire de philosophie politique / sous la dir. de P. Raynaud et S. Rials*. Paris, 1996 (цит. по: Кабрияк Р. Кодификации. С. 177)).

⁷⁸ Кабрияк Р. Кодификации. С. 169.

⁷⁹ Каранетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества... С. 12.

⁸⁰ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение... Т. I. С. 184–186.

⁸¹ Гунель М. Введение в публичное право. С. 155–156, 158.

⁸² Головкин Л. В. Судебный прецедент... С. 29, 33.

опыт Государственного совета был успешно заимствован Конституционным советом, который с 1969 г. (Постановление от 29 июня 1969 г. № 69-55L) стал использовать сформулированные им общие принципы права для обоснования своих решений и утверждать их приоритет по отношению к закону и подзаконному акту.⁸³

Вместе с тем в рамках романо-германской правовой семьи судебный прецедент в современных условиях выступает в качестве вторичного источника права.⁸⁴ Если в системе общего права судебный прецедент изначально был, а порой и сегодня является первичным источником права, т. е. в нем впервые формулировались (находили свое официально-властное выражение) нормы, ранее не существовавшие в данной правовой системе, то в контексте романо-германской правовой традиции судебный прецедент — это практически всегда прецедент толкования первичного источника права (конституции, закона, подзаконного акта, реже — обычая, очень редко — доктрины). Судебный прецедент представляет собой интерпретацию норм, выраженных в первичных источниках права, уточнение, конкретизацию их смысла с учетом фактических обстоятельств дела, ставших предметом рассмотрения суда.⁸⁵ Такое толкование — необходимое условие реализации абстрактно сформулированной нормы в контексте конкретных фактических обстоятельств. Однотипность обстоятельств требует (в силу принципа правовой определенности) единства истолкования, которое в связи с этим приобретает нормативный характер. Данное нормативное толкование и составляет содержание судебного прецедента как вторичного источника права. Оно может приносить в толкуемые нормы существенные новации, не очевидные при буквальном прочтении первичного источника права.⁸⁶ В этом, собственно, и

⁸³ Гунель М. Введение в публичное право. С. 261–263.

⁸⁴ О различении первичных и вторичных источников права в используемом здесь смысле см.: Поляков А. В. Общая теория права. С. 650–653; Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права. С. 165–169.

⁸⁵ Безусловно, в англосаксонской правовой семье судебный прецедент выступает не только первичным, но и вторичным источником права, причем в современных условиях прецеденты — это большей частью вторичные источники, т. е. прецеденты толкования как норм статутного права, так и прецедентов, ранее созданных судами.

⁸⁶ Так, европейское право прав человека фактически создано Европейским Судом по правам человека в процессе толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Европейский Суд, учитывая особый характер Конвенции как договора о коллективной гарантии прав человека и основных свобод (Eur. Court H. R. *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978. Series A. N 25. § 239), полагает, что их толкование должно соответствовать общему духу Конвенции, «являющейся инструментом, призванным поддерживать и сохранять идеи и ценности демократического общества» (Eur. Court H. R. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, Judgment of 7 December 1976. Series A. N 23. § 53). Европейский Суд рассматривает Конвенцию как «живой инструмент», положения которого необходимо толковать с учетом современных условий (Eur. Court H. R. *Tyrer v. the United Kingdom*, Judgment of 25 April 1978. Series A. N 26. § 31). Такое динамическое, эволюционистское толкование положений Конвенции ведет к расширению сферы ответственности государств-участников сверх тех обязательств, которые они принимали на себя при ее подписании и ратификации. Это необходимо для того, чтобы обеспечить реализацию подлинных намерений государств — участников Конвенции, которые хотели защитить индивида не только от тех угроз его правам, которые были широко распространены во время ее разработки, но и от возможных угроз будущего (*Jacobs F. G., White R. C. A. The European Convention on Human Rights*. 2nd ed. Oxford, 1996. P. 32). Кроме того, Европейский Суд считает, что Конвенция, являющаяся инструментом защиты людей, призвана гарантировать не теоретические или иллюзорные права, а права, осуществимые на практике и эффективные (Eur. Court H. R. *Belgian Linguistic Case*, Judgment of 23 July 1968. Series A. N 6. Paras 3–4; *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975 Series A. N 18. Para 35; *Luedicke, Belkacem and Koc v. the Federal Republic of Germany*, Judgment of 28 November 1978. Series A. N 29. Para 42; *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 June 1979. Series A. N 31. Para 31; *Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979. Series A. N 32. Para 24; *Artiko v. Italy*, Judgment of 13 May 1980. Series A. N 37. Para 33; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Judgment of 30 January 1998. Reports. 1998-I. § 33; *Podkolzina v. Latvia*, Judgment of 9 April 2002. § 34). Благодаря такому подходу многие права, предусмотренные Конвенцией, и используемые в ней понятия получили существенное развитие. В итоге, правовые позиции, сформулированные Европейским Судом (созданные им прецеденты толкования Конвенции), по объему во много раз превосходят текст самой Конвенции и содержат положения, которые с очевидностью не следуют из него (см., напр.: Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004; *Van Dijk P., van Hoof G. J. H.*

заключается правотворческий характер судебного толкования. Такие судебные прецеденты толкования как вторичные источники права действуют одновременно с первичными и потому формально имеют с ними одинаковую юридическую силу.⁸⁷ Но фактически судебные прецеденты толкования обладают большей юридической силой, чем толкуемые первичные источники права, ибо выраженные в них нормы будут действовать в том смысле, как они истолкованы судом.⁸⁸

Необходимо подчеркнуть, что судебный прецедент нигде и никогда официально (конституцией или законом) не провозглашался источником права. Как и сам прецедент, его функционирование в качестве источника права складывается исторически, и индикатором этого является сама судебная практика. Чтобы определить, признается ли в рамках той или

Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. The Hague, 1998; *Janis M. W., Kay R. S., Bradley A. W. European Human Rights Law. Text and Materials.* 2nd ed. New York, 2000; *Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. Law of the European Convention on Human Rights.* 2nd ed. Oxford; New York, 2009).

⁸⁷ «Юридическая сила итоговых решений Конституционного Суда, — отмечает В. Д. Зорькин, — превышает юридическую силу любого закона, а соответственно, равна юридической силе самой Конституции, которую уже нельзя применять в отрыве от итоговых решений Конституционного Суда, относящихся к соответствующим нормам, и тем более вопреки этим решениям... Таким образом, любое толкование высшего закона страны, которое дается Конституционным Судом в его правовых позициях, имеет конституционную силу» (Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 5–6).

⁸⁸ Конституционный Суд РФ исходит из того, что выявленный в его решениях конституционно-правовой смысл нормы является общеобязательным и исключает любое иное ее истолкование в правоприменительной практике (п. 1, 3 мотивировочной части Определения Конституционного суда РФ от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р о разъяснении Постановления Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений ст. 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 ГПК РФ (СЗ РФ 2008. № 48. Ст. 5722)). Если норма признана Конституционным Судом не противоречащей Конституции РФ только в определенном конституционно-правовом смысле, выявленном Конституционным Судом, то она сохраняет юридическую силу и действует (а значит, и подлежит применению) именно в пределах данной ее конституционно-правовой интерпретации. Исходя из этого норма, конституционно-правовой смысл которой выявлен Конституционным Судом, может действовать и применяться только в нормативном единстве с подтвердившим ее конституционность решением Конституционного Суда (п. 4 мотивировочной части указанного Определения). Юридическим последствием решения Конституционного Суда, которым выявляется конституционно-правовой смысл нормы, является прекращение ее действия (а значит, и применения) в неконституционном истолковании и, следовательно, утрата ею силы на будущее время в любом ином, расходящемся с выявленным конституционно-правовым смыслом, допускавшемся ранее понимании. Это означает, что такая норма (по общему правилу, вытекающему из ч. 1 и 3 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ») с момента вступления решения Конституционного Суда в силу не должна толковаться каким-либо иным образом и применяться в каком-либо ином смысле (п. 5 мотивировочной части указанного Определения). Все правоприменительные решения (в том числе решения судов общей юрисдикции и арбитражных судов) по делам обращавшихся в Конституционный Суд заявителей, основанные на применении нормы в ее неконституционном истолковании, повлекшем нарушение конституционных прав и свобод граждан, а также публичных интересов, подлежат пересмотру в соответствии с правовой позицией Конституционного Суда в установленном законом порядке (п. 4 мотивировочной части указанного Определения). Таким образом, решение Конституционного Суда, которым в результате выявления конституционно-правового смысла нормы устраняется ее действие в неконституционном истолковании, обладает обратной силой в отношении дел заявителей, обратившихся в Конституционный Суд, т. е. имеет те же последствия, что и решение, которым норма признается не соответствующей Конституции РФ. Дела этих заявителей подлежат пересмотру компетентными органами безотносительно к истечению пресекательных сроков обращения в эти органы и независимо от того, предусмотрены ли соответствующие основания для пересмотра дела в иных, помимо Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ», актах (п. 6 мотивировочной части указанного Определения). В частности, при отсутствии в ГПК РФ специально предусмотренных адекватных процедур — на основе процессуальной аналогии (п. 7 мотивировочной части указанного Определения).

При этом конституционно-правовой смысл нормы, выявленный в том или ином решении Конституционного Суда, далеко не всегда с очевидностью следует из содержания толкуемых во взаимосвязи положений законодательства и Конституции РФ, равно как и сами предусмотренные в Определении Конституционного Суда от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р юридические последствия таких его решений однозначно не вытекают из соответствующих положений Конституции РФ и Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ».

иной национальной правовой системы прецедент источником права, надо смотреть, ссылаются ли суды в обоснование своих решений на правовоположения, выработанные другими судами при разрешении аналогичных дел, и существуют ли процессуальные механизмы, посредством которых высшие судебные инстанции могут обеспечивать приведение решений низших судов в соответствие с выработанной или поддержанной ими правовой позицией. Как правило, любая судебная система в силу присущего ей принципа инстанционности и гарантируемого права на обжалование судебных решений такие механизмы предполагает: «Если суд не будет следовать прецеденту вышестоящего суда, то последний просто отменит решение нижестоящего. Поэтому не нужно устанавливать в конституции или законе обязанность судов следовать прецедентам вышестоящего суда; это само собой разумеющееся условие единообразия судебной практики».⁸⁹

Представление о том, что прецедент в качестве источника права должен быть санкционирован законом (нормативным актом), создающим формально-юридическую основу его действия и устанавливающим его правовой статус,⁹⁰ адекватно сугубо легистским трактовкам права (в духе И. Бенгтама, Дж. Остина, Г. Ф. Шершеневича), сводящим его к закону, а фактически — к приказам, исходящим от власти.⁹¹ Но даже сторонники такого подхода вынуждены признать, что *«реальный статус и реальная юридическая сила прецедента определяются не формально-юридическими актами, а фактическими жизненными обстоятельствами»*.⁹²

Применительно к российской правовой системе сегодня уже нельзя говорить о полном официальном отрицании возможности функционирования судебного прецедента в качестве источника права. Так, согласно ст. 6 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»⁹³ решения Конституционного Суда обязательны на всей территории РФ для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений. Сам Конституционный Суд в своих решениях постоянно ссылается на выработанные им ранее правовые позиции (прецеденты). В случае если Конституционный Суд приходит к выводу, что оспариваемые положения нормативных актов аналогичны нормам, ранее признанным им не соответствующими Конституции, он распространяет на положения актов, являющихся предметом его рассмотрения, правовые позиции, сформулированные им в ходе проверки аналогичных актов. Ранее Конституционный Суд делал это посредством так называемых отказных определений с положительным содержанием (т. е. формально отказывая в принятии обращения к рассмотрению на том основании, что по его предмету уже состоялось решение Суда, а фактически разрешая поставленный в обращении вопрос),⁹⁴ а Федеральным

⁸⁹ Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права. С. 161.

⁹⁰ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2008. С. 278.

⁹¹ Аналогичным образом не вполне корректно и традиционное определение правового обычая как обычая, санкционированного законом. Обычай является правовым в силу своего содержания (соответствия выраженного в нем правила поведения принципу формального равенства), а действует в силу взаимного признания участниками соответствующих отношений. Санкционирование обычая, в конечном счете, происходит не законом, а судом, который не предписывает следовать тому или иному обычаю, а констатирует его наличие и связанность им участников правоотношения. Показательно, что публично-правовые обычаи, каковым, в частности, можно отнести так называемые конституционные соглашения, действующие в Великобритании и некоторых других странах, вообще не предполагают какого-либо санкционирования. Они существуют лишь в силу того, что соответствующие органы власти придерживаются сложившейся практики своих взаимоотношений и в случае нарушения (отказа от следования им) не подлежат судебной защите, что не лишает их юридического и даже конституционного характера.

⁹² Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. С. 278.

⁹³ СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

⁹⁴ См. подробнее: Гаджиев Г. Правовые позиции Конституционного Суда РФ как источник конституционного права // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах. Сборник докладов. М., 1999. С. 110–115; Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе РФ. М., 2005. С. 554; Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. 2-е изд., доп. М., 2008. С. 46, 78–88, 104.

конституционным законом от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде РФ”»⁹⁵ Федеральный конституционный закон о Конституционном Суде был дополнен ст. 47.1, предусматривающей, что в таких случаях (с определенными ограничениями) Конституционный Суд может рассматривать и разрешать дела без проведения слушаний. Показательно и то, что Конституционный Суд принимает решение по делу, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным или иным толкованием либо сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов (ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ»). Другими словами, Конституционный Суд исходит из того, что любое предписание нормативного акта действует в том смысле, как оно истолковано правоприменителем (в конечном счете — судом), а «сложившаяся правоприменительная практика» — это не что иное, как судебные прецеденты толкования.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ предусматривает, что в мотивировочной части решения арбитражного суда могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики (ст. 170). Более того, согласно ч. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»⁹⁶ постановления Пленума ВАС РФ обязательны для арбитражных судов. А в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 304 АПК РФ судебное решение подлежит отмене, если при рассмотрении дела в порядке надзора будет установлено нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права. Конституционный Суд РФ в Постановлении от 21 января 2010 г. № 1-П⁹⁷ фактически не только признал обязательность для нижестоящих судов постановлений Пленума и Президиума ВАС РФ, определяющих практику применения законодательства, но и допустил (в определенных пределах и при определенных условиях) придание им обратной силы (возможность пересмотра на их основании ранее принятых судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам). Во исполнение данного Постановления Конституционного Суда ст. 311 АПК РФ была дополнена специальным пунктом, предусматривающим, что основанием для пересмотра судебных актов в связи с новыми обстоятельствами является определение либо изменение в постановлении Пленума ВАС РФ или в постановлении Президиума ВАС РФ практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте ВАС РФ содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства (п. 5 ч. 3 ст. 311).⁹⁸

Федеральный конституционный закон от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»,⁹⁹ устанавливая, что Пленум Верховного Суда РФ дает судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства РФ в целях обеспечения единства судебной практики (п. 1 ч. 4 ст. 14), не содержит положения об обязательности для судов данных постановлений Пленума. Вместе с тем Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе РФ»¹⁰⁰ предусматривает, что вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов РФ, а также их законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и другие обращения являются обязательными для всех без исключения

⁹⁵ СЗ РФ. 2010. № 45. Ст. 5742.

⁹⁶ СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

⁹⁷ *Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положений ч. 4 ст. 170, п. 1 ст. 311 и ч. 1 ст. 312 АПК РФ в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Производственное объединение “Берег”», открытых акционерных обществ «Карболит», «Завод “Микропровод”» и «Научно-производственное предприятие “Респиратор”»* // СЗ РФ. 2010. № 6. Ст. 699.

⁹⁸ *Федеральный закон от 23 декабря 2010 г. № 379-ФЗ «О внесении изменений в АПК РФ»* // СЗ РФ. 2010. № 52 (ч. I). С. 6994.

⁹⁹ СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 898.

¹⁰⁰ СЗ РФ. 1997 № 1. Ст. 1.

органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории РФ. Неисполнение постановления суда, а равно иное проявление неуважения к суду влекут ответственность, предусмотренную федеральным законом (ст. 6). Резонно предположить, что это положение распространяется и на постановления Пленума Верховного Суда РФ, содержащие разъяснения по вопросам судебной практики. В любом случае в рамках системы судов общей юрисдикции действуют аналогичные с системой арбитражных судов процессуальные механизмы, позволяющие приводить решения судов низших инстанций в соответствие с правовой позицией, поддержанной Верховным Судом РФ.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении»¹⁰¹ судам разъяснено, что в мотивировочной части судебного решения необходимо учитывать имеющие отношения к делу постановления Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека (п. 4). Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ»¹⁰² разъяснено, что окончательные постановления Европейского Суда по правам человека являются обязательными для всех органов государственной власти РФ, в том числе и для судов, и применение судами Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней должно осуществляться с учетом практики Европейского Суда по правам человека (п. 10–11).¹⁰³

Сам Европейский Суд по правам человека исходит из того, что понятие «закон», используемое в ряде статей Конвенции, охватывает как писаное право (законодательные акты), так и неписаное право (судебную практику).¹⁰⁴ При этом Суд специально подчеркнул, что было бы неправильно преувеличивать различия между странами общего и континентального права. Статутное право значимо и в странах общего права. И наоборот, судебная практика традиционно играет настолько существенную роль в континентальных странах, что целые разделы позитивного права в значительной мере являются ее результатом. Если бы Суд не принимал во внимание судебную практику, то он подорвал бы правовую систему континентальных государств в такой же мере, как и правовую систему Великобритании, исключи он общее право из понятия «закон» в смысле Конвенции. В сфере действия писаного права, считает Суд, «законом» является действующий правовой акт в том виде, как он истолкован компетентными судебными органами в свете новых фактических обстоятельств.¹⁰⁵

Специального обсуждения заслуживает утверждение о неизбежном нарушении принципа разделения властей в случае признания судебного прецедента источником права,

¹⁰¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

¹⁰² Там же. 2003. № 12.

¹⁰³ Российская Федерация, ратифицировав Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, признала *ipso facto* обязательную юрисдикцию Европейского Суда по правам человека по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней (ст. 2 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» (СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514)).

¹⁰⁴ Eur. Court H. R. *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. N 30. § 47; *Dudgeon v. the United Kingdom*, Judgment of 22 October 1981. Series A. N 45. § 14, 44; *Chappell v. the United Kingdom*, Judgment of 30 March 1989. Series A. N 152-A. § 53.

¹⁰⁵ Eur. Court H. R. *Kruslin v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. N 176-A. § 29; *Huvig v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. N 176-B. § 28.

При этом сама практика Европейского Суда по правам человека демонстрирует конвергенцию романо-германской и англосаксонской правовых семей. Конвенция о защите прав человека и основных свобод устанавливает абстрактные правила общего характера, а вот функционирует она не как нормативный акт, а по модели, свойственной общему праву, — через практику Европейского Суда. Правовые позиции, выработанные Судом в процессе толкования и применения Конвенции, развивают и дополняют ее положения, и действует Конвенция именно в том виде, как она была истолкована Судом.

т. е. наличия у судов правотворческих полномочий. Представляется, что рассмотрение суда в качестве исключительно правоприменительного органа является следствием сугубо позитивистского понимания права и принципа разделения властей. Так, В. С. Нерсисянц, наиболее последовательно отстаивавший данную позицию,¹⁰⁶ теоретически отрицая тождество права и закона, понимает правосудие лишь как применение закона (нет права вне закона, и никто кроме законодателя не может установить право). Однако полное отрицание правотворческих полномочий судов лишает судебную систему качества судебной власти, ставит ее в зависимое положение по отношению к власти законодательной (устанавливающей право) и исполнительной (обеспечивающей его принудительное осуществление). Не случайно принцип разделения властей изначально был сформулирован доктринально, а затем получил наиболее последовательную практическую реализацию в странах общего права. И вообще, как верно подметили исследователи, «сущность разделения властей не может меняться в зависимости от “юридической географии”, и если в странах общего права разделение властей не препятствует правоустановительной деятельности высших судов, то и в странах европейского континентального права разделение властей не может препятствовать нормотворчеству судебной власти».¹⁰⁷

Прерогатива парламента (представительного органа законодательной власти) устанавливать первичные абстрактные общеобязательные правила поведения не тождественна признанию за ним монополии на правоустановление. Правоустановление осуществляется каждой из ветвей государственной власти в процессе реализации возложенных на них функций в рамках адекватных им процессуальных форм деятельности. При этом органы законодательной власти в силу своего представительного характера могут в процессе правоустановительной деятельности преследовать определенные социально-политические цели (стремиться решать определенные социально-политические задачи). Органы исполнительной власти при конкретизации закона во многом исходят из соображений целесообразности и эффективности управления. Правотворчество исполнительной власти должно быть подчинено реализации социально-политической стратегии, определенной законодателем, и правовым ограничениям, наложенным как самим законом, так и его судебным толкованием. И только суд в своей деятельности руководствуется исключительно правом, обеспечивая правовое (по принципу формального равенства) разрешение споров и в случае необходимости корректируя с точки зрения права установления законодательной и исполнительной властей. Именно в этом смысл и назначение судебной власти. Судебный контроль за конституционностью и законностью деятельности органов законодательной и исполнительной власти, в том числе и контроль за конституционностью и законностью принимаемых ими нормативных актов (судебный нормоконтроль), является одним из элементов системы сдержек и противовесов как динамического аспекта принципа разделения властей.¹⁰⁸

Таким образом, именно судебный контроль за правоустановительной деятельностью законодательной и исполнительной властей (неизбежно сопряженный с осуществлением судом правотворческих функций) обеспечивает верховенство права над соображениями политической и административной целесообразности. В современной «континентальной» европейской правовой традиции содержание права не исчерпывается мнением законодателя, и за пределами легистской доктрины считается, что действующее право формируется как законодателем, привносящим в процесс правообразования определенный социально-

¹⁰⁶ Нерсисянц В. С. 1) Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34–41; 2) Общая теория права и государства. С. 351–353; 3) У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107–112.

¹⁰⁷ Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права. С. 173.

¹⁰⁸ См., напр.: Ершов В. В. Административное право: теоретические, правотворческие и правоприменительные проблемы // Теоретические и практические проблемы административного правосудия. Мат-лы науч.-практ. конф. 8–9 декабря 2005 г., Москва. М., 2006. С. 64; Никитин С. В. Понятие и формы судебного нормоконтроля // Антология научной мысли. К 10-летию Российской академии правосудия. Сб. статей. М., 2008. С. 557–559.

политический момент, так и судьями и учеными-юристами, относительно свободными от политики».¹⁰⁹ Как отмечал Р. Давид, «судьи в странах романо-германской правовой семьи действительно обладают известной независимостью по отношению к закону, потому что в этих странах право и закон не отождествляются. Само существование судебной власти и вследствие этого сам принцип разделения властей, со всеми его преимуществами, связаны с этой независимостью. Она ведет к тому, что право по традиции ставится выше политики».¹¹⁰

Признание судебного прецедента источником права не означает узурпации судом законодательных функций. Ведь суд, как уже отмечалось, не устанавливает абстрактные общеобязательные правила, а разрешает конкретные споры о праве, причем в рамках процедур, которые наиболее полно и последовательно соответствуют принципу формального равенства. Судебный прецедент является лишь неизбежными и необходимым следствием (и условием) осуществления правосудия.

Однако исходя из принципа разделения властей судебное правотворчество допустимо, только если оно осуществляется в процессе реализации этой специфической функции судебной власти — разрешения конкретных споров о праве. И принципу разделения властей противоречит не судебное правотворчество как таковое, а абстрактная (безотносительно к определенному спору) нормоустановительная деятельность органов судебной власти. В данном случае суд, будучи по своей природе и назначению юрисдикционным органом, присваивает себе законодательные прерогативы органа представительного, обладающего абстрактной правотворческой компетенцией именно в силу своего представительного характера.

Абстрактное правоустановление осуществляется судами в процессе реализации специально предоставляемых им полномочий по абстрактному толкованию нормативных актов и абстрактному нормоконтролю. Данными полномочиями обладают прежде всего конституционные суды — специальные органы, создаваемые в странах, где избрана так называемая европейская (австрийская, кельзеновская) модель конституционного контроля. Правом абстрактного толкования конституции наделены, в частности, конституционные суды в Азербайджане (ч. IV ст. 130 Конституции), Болгарии (п. 1 ч. 1 ст. 149 Конституции), Казахстане (п. 4 ч. 1 ст. 72 Конституции), Молдове (п. «в» ч. 1 ст. 135 Конституции), России (ч. 5 ст. 125 Конституции), Словакии (ст. 128 Конституции), Украине (ч. 2 ст. 147, ч. 2 ст. 150 Конституции).¹¹¹ Абстрактный последующий (в отношении действующих нормативных актов) конституционный контроль еще больше распространен. Он предусмотрен, например, конституциями Австрии (ч. 1 ст. 140), Азербайджана (ч. III ст. 130), Болгарии (п. 2, 4 ч. 1 ст. 148, ч. 1 ст. 150), Германии (п. 2 абз. 1 ст. 93), Испании (п. «а» ч. 1 ст. 161), Италии (ч. 1 ст. 134), Литвы (ч. 1 ст. 105), Молдовы (п. «а» ч. 1 ст. 135), Польши (п. 1–3 ст. 188), Португалии (ст. 281), России (ч. 2 ст. 125), Словакии (ст. 125), Словении (ч. 1 ст. 160), Украины (ч. 1 ст. 150), Хорватии (ст. 128), Чехии (п. «а», «в» ч. 1 ст. 87). Реализуя данные полномочия, конституционные суды неизбежно выполняют функцию как «негативного», так и «позитивного» законодателя (правоустановителя), признавая нормативный акт недействующим (не подлежащим применению) в связи с его неконституционностью (незаконностью, несоответствием акту большей юридической силы) либо устанавливая общеобязательность определенного его понимания (причем последнее осуществляется не только в процедуре абстрактного толкования, но и в процессе нормоконтроля, когда конституционный суд подтверждает конституционность нормы только в определенном ее истолковании).

Гораздо более корректным с точки зрения принципа разделения властей следует признать наделение специальных органов конституционного контроля полномочиями исключительно предварительного абстрактного нормоконтроля, как это имеет место во

¹⁰⁹ Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права С. 171.

¹¹⁰ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 93.

¹¹¹ Конституционные суды Азербайджана и Украины обладают правом абстрактного толкования не только конституции, но и законов.

Франции (ст. 41, 61 Конституции), Казахстане (п. 2, 2.1, 3 ч. 1 ст. 72 Конституции), Румынии (п. «а»–«с» ст. 146 Конституции).¹¹² В данном случае этот орган оказывается вовлечен в законодательный процесс с целью проверки конституционности актов, окончательно еще не ставших законами, но абстрактное правоустановление остается прерогативой парламента даже при условии, что решение органа конституционного контроля не может быть им преодолено (ст. 62 Конституции Франции, ст. 147 Конституции Румынии, ст. 74 Конституции Казахстана¹¹³). Правда, претендовать на статус суда такие органы не могут. Не случайно во Франции и Казахстане данный орган называется конституционным советом и характеризуется (во Франции) как «орган государственной власти, вовлекаемый в некоторых случаях в законодательный процесс».¹¹⁴

Конституционные суды вообще принято рассматривать в качестве специфических органов двойственной природы, реализующих судебные функции (в особых процессуальных формах в целом приближенных к отправлению правосудия) и решающих политические задачи, обладая для этого полномочиями, присущими иным ветвям государственной власти.¹¹⁵ Иногда даже приходят к выводу, что «конституционное правосудие находится вне трех властей, обеспечивая соблюдение ими своих полномочий»,¹¹⁶ т. е. «в известном смысле над ними».¹¹⁷ Специфика статуса конституционного суда нашла отражение и в конституциях ряда стран. Если в конституциях Азербайджана, Армении, Беларуси, Германии, Латвии, Польши, России, Турции, Чехии статьи, регламентирующие деятельность конституционного суда помещены в главы (разделы), посвященные судебной власти (судам, правосудию), то в конституциях Албании, Болгарии, Испании, Литвы, Македонии, Молдовы, Португалии, Румынии, Словении, Украины, Хорватии ему отведена отдельная глава (раздел). В Федеральном конституционном законе Австрии и Конституции Италии положения о конституционном суде включены в разделы о гарантиях конституционности и законности.

Столь же неоднозначна и оценка *решений органов конституционного контроля*. Их актам, в целом признаваемым общеобязательными и имеющими нормативный характер, не находится места в системе традиционных видов источников права. Правовые позиции, выраженные в решениях конституционных судов, иногда относят к судебным прецедентам.¹¹⁸ Но при всем многообразии трактовок судебного прецедента очевидно, что он складывается в процессе отправления правосудия, а к таковому, с некоторыми оговорками,

¹¹² Последующий нормоконтроль во Франции, Казахстане и Румынии может быть только конкретным, т. е. осуществляется по запросам судов, если они полагают подлежащий применению закон неконституционным (ст. 61.1 Конституции Франции, ст. 78 Конституции Казахстана, п. «d» ст. 146 Конституции Румынии).

¹¹³ Вместе с тем абсолютно неприемлемым, исходя из принципа разделения властей, представляется наличие у Президента Казахстана права принесения возражений на решение Конституционного Совета, которые преодолеваются двумя третями голосов от общего числа членов Совета и при непреодолении которых решение Конституционного Совета считается непринятым (ч. 4 ст. 73 Конституции).

¹¹⁴ *Larché J.* Le Conseil constitutionnel, organe du pouvoir d'Etat. A. J. D. A., 1972. P. 132 (цит по: *Гунель М.* Введение в публичное право. С. 80).

¹¹⁵ См., напр.: *Шульженко Ю. Л.* Конституционный контроль в России. М., 1995. С. 44–45, 147–148; *Сравнительное конституционное право*. М., 1996. С. 166; *Лазарев Л. В.* 1) Конституционно-правовые основы организации и деятельности Конституционного Суда РФ // *Государство и право*. 1996. № 6. С. 3–4; 2) Правовые позиции Конституционного Суда России. С. 28–29; *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право. С. 397–401; *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ. М., 1981. С. 313–314.

Такие оценки связаны не только со спецификой осуществляемого конституционными судами нормоконтроля, но и со многими другими их функциями, например, разрешением споров о компетенции между государственными органами, подтверждением соблюдения процедуры выборов, референдумов, народной законодательной инициативы, дачей заключений относительно наличия оснований для отстранения президента от должности, решением вопросов о запрещении политических партий, защитой прав местного самоуправления и т. п.

¹¹⁶ *Favoreu L.* Les court constitutionnelles. Paris, 1992. P. 14.

¹¹⁷ *Эбзеев Б. С.* Человек, народ, государство в конституционном строе РФ. С. 507.

¹¹⁸ См., напр.: *Гаджиев Г. А.* Правовые позиции Конституционного Суда РФ как источник конституционного права. С. 109–110; *Зорькин В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда РФ. С. 4–6.

можно отнести разрешение конституционными судами споров о компетенции между государственными органами и о запрете политических партий, а также осуществление конкретного нормоконтроля. Все иные акты конституционных судов имеют с судебным прецедентом мало общего. Поэтому «решения Конституционного Суда нельзя считать судебными прецедентами в классическом смысле».¹¹⁹

Предпринимаются попытки представить решения Конституционного Суда (выраженные в них правовые позиции) как конституционно-правовую доктрину. Однако эта позиция в работах придерживающихся ее авторов выражена довольно противоречиво. Так, Н. А. Богданова полагает, что решения Конституционного Суда образуют официальную конституционную доктрину, являясь не источником права (частью нормативной системы), а источником науки конституционного права.¹²⁰ Однако, во-первых, доктрина формируется учеными, не облеченными в отличие от судей Конституционного Суда какими-либо публично-властными полномочиями, и не в связи с реализацией таких полномочий. Во-вторых, официальная доктрина в собственно юридическом, а не публицистическом смысле — это выводы ученых, тем или иным образом санкционированные государством (обычно судом, когда он основывает на них свое решение,¹²¹ реже — актами органов законодательной или исполнительной власти)¹²² в качестве имеющих общеобязательный характер, благодаря чему она (официальная доктрина) становится источником права.¹²³ Т. М. Пряхина также рассматривает решения Конституционного Суда как форму выражения официальной конституционно-правовой доктрины, но признает их источником права. При этом она исходит из того, что доктрина (в ее неперсонифицированном виде — доктрина разделения властей, доктрина федерализма) лежит в основе правовых позиций Конституционного Суда и формируется ими.¹²⁴ Здесь опять происходит смешение доктрины как теоретических построений ученых и правотворчества судей в процессе отправления конституционного правосудия.

Наиболее распространена интерпретация решений конституционных судов как нормативных актов. Они, как известно, представляют собой результат абстрактного правотворчества и существуют в виде конституций, законов и подзаконных актов. Очевидно, что ни к одному из них решение конституционного суда не относится. Весьма остроумным выходом из положения может показаться признание решений конституционных судов

¹¹⁹ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. С. 64.

¹²⁰ Богданова Н. А. Конституционный Суд РФ в системе конституционного права // Вестник Конституционного Суда РФ. 1997. № 3. С. 64–65.

¹²¹ Немецкие суды, например, ссылаются в своей практике на знаменитую «формулу Радбруха»: когда действующее позитивное право оказывается столь вопиющим образом несовместимо со справедливостью, что полностью отрицает ее, оно как неправоное по своей природе не должно применяться, «ибо право, включая и позитивное, нельзя определить иначе, чем порядок и совокупность законов (*Satzung*), призванных по сути своей служить справедливости» (Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 234). При этом суды используют эту формулу весьма осторожно, исходя из того, что позитивное право не должно применяться только в совершенно исключительных случаях, когда законодательная власть посредством закона навязывает «явное зло» и «норма закона в недопустимой степени не согласуется со справедливостью» (см. решение Федерального Конституционного Суда Германии от 24 октября 1996 г., воспроизведенное в решении Европейского Суда по правам человека от 22 марта 2001 г. по делу *Стрелец, Кесслер и Кренц против Германии*: Eur. Court H. R. *Streletz Kessler and Krenz v. Germany*, Judgment of 22 March 2001. § 22).

¹²² Когда Президент Аргентины Указом от 25 июля 1984 г. вынес на референдум проект договора с Чили о прохождении государственной границы, несмотря на то что федеральная конституция не предусматривала такой формы непосредственной демократии, он обосновывал это, с одной стороны, тем, что референдумы предусмотрены в конституциях ряда субъектов федерации, а с другой — ссылкой на одного из признанных авторитетов в области конституционного права С. Виамонте, утверждавшего, что к числу прав граждан, которые прямо не перечислены в конституции, но бесспорно выводятся из провозглашенного в ней суверенитета народа, относится право выражать свое мнение в отношении проблем, представляющих интерес для политического сообщества (*Barbé C. «Consultazione popolare», plebiscito e referendum nel processo di transizione alla democrazia in Argentina // Democrazia e referendum. Bari, 1994. P. 260–261*).

¹²³ Говорить о доктрине как об источнике науки вообще нельзя, ибо доктрина — это и есть сама наука, результат научных исследований.

¹²⁴ Пряхина Т. М. Конституционная доктрина РФ. М., 2006. С. 186–189.

подконституционными актами (издаваемыми на основе и во исполнение конституции).¹²⁵ Однако в таком случае встает вопрос о проверке их конституционности.

Наконец, высказывается мнение, что правовые позиции Конституционного Суда схожи с судебным прецедентом, но таковым не являются и занимают среди источников права самостоятельное место, выступая их специфическим видом.¹²⁶ Данная точка зрения представляется наиболее корректной, если речь идет об актах, издаваемых конституционным судом не в связи с осуществлением функции правосудия,¹²⁷ но с той оговоркой, что их «специфичность» является следствием ненадлежащего характера процедуры позитивации права, в рамках которой они созданы.

В общем схожей позиции придерживался Л. В. Лазарев, утверждавший, что решения Конституционного Суда, не относясь в полной мере ни к одному из существующих источников права, одновременно вбирают в себя те или иные их черты (признаки) и приобретают тем самым новое качество, становясь самостоятельным источником права. При этом источником права выступает именно решение Конституционного Суда как принятый им акт — постановление или определение (он называет его нормативно-интерпретационным актом), а сформулированные в решении правовые позиции — это выраженное в нем право (вероятно, правовая норма).¹²⁸ Но очевидно просматриваемая здесь аналогия с нормативным актом и нормой права не вполне уместна. Нормативный акт традиционно рассматривается как источник права в силу того, что непосредственно направлен на установление норм права и содержит только нормы права. Очевидно, что решение Конституционного Суда само по себе все же является видом судебного решения, а не нормативным актом. Применительно к судебному правотворчеству источником права признается не решение суда как таковое, а содержащиеся в нем прецеденты, причем существуют специальные техники выявления в решениях судов положений общенормативного характера; а собственно прецедентами такие положения становятся, только будучи восприняты в дальнейшем судебной практикой. Аналогичные проблемы возникают и в процессе функционирования правовых позиций, содержащихся в решениях Конституционного Суда,¹²⁹ поэтому в качестве источника права надо рассматривать именно правовые позиции, выраженные в решении Суда, по крайней мере, поскольку речь идет об осуществлении функции «позитивного правоустановления» — формулировании правовой нормы в процессе толкования Конституции и законов, а не просто подтверждении конституционности акта или признании его неконституционным.

Функции абстрактного нормоконтроля иногда возлагаются и на собственно судебные органы — суды общей юрисдикции и различные специальные суды. В России абстрактный нормоконтроль осуществляют суды общей юрисдикции и арбитражные суды (гл. 24 ГПК РФ, гл. 23 АПК РФ). Объектом такого контроля могут быть нормативные правовые акты органов государственной власти, органов местного самоуправления и должностных лиц, противоречащие акту большей юридической силы и нарушающие права, свободы и законные

¹²⁵ Овсепян Ж. И. Судебный конституционный контроль в зарубежных странах. Ростов/Д., 1992. С. 11; Косолапов М. Ф. Судебное правотворчество в России // Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ решений Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов РФ. Мат-лы Всероссийского совещания (Москва, 22 марта 2001 г.) / под ред. М. А. Митюкова, С. В. Кабышева, С. Е. Андреева. М., 2001. С. 253.

¹²⁶ Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах. Сб. докладов. М., 1999. С. 91.

¹²⁷ Правовые позиции, сформулированные в процессе отправления конституционного правосудия, вполне можно трактовать как прецеденты.

¹²⁸ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. С. 65.

¹²⁹ См., напр.: Варламова Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ: юридическая природа, техника выявления и проблемы имплементации в правовую систему // Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ решений Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов РФ. Мат-лы всероссийского совещания (Москва, 22 марта 2001 г.). С. 140–148. — Немало усилий выявлению правовых позиций, содержащихся в решениях Конституционного Суда РФ, посвятил и сам В. Л. Лазарев, свидетельством чего и является его капитальный труд, цитируемый выше.

интересы граждан и организаций, а также компетенцию Президента РФ, Правительства РФ, законодательного (представительного) органа субъекта РФ, высшего должностного лица субъекта РФ, органа местного самоуправления, главы муниципального образования (ст. 192 АПК РФ, ст. 251 ГПК РФ).

В литературе обращалось внимание на нецелесообразность использования понятий абстрактного и конкретного нормоконтроля применительно к деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов, поскольку порядок рассмотрения ими дел об оспаривании нормативных правовых актов «не зависит от субъекта обращения в суд и [от того,] связано ли это обращение с наличием или отсутствием какого-либо юридического дела, в котором был применен (подлежит применению) спорный нормативный правовой акт».¹³⁰ Здесь более значимо различие прямого (непосредственного) и косвенного (опосредованного) судебного нормоконтроля. Прямой нормоконтроль осуществляется в рамках дела, специально инициированного с этой целью, и его результатом является подтверждение юридической силы оспариваемого акта или признание его не действующим (не подлежащим применению). Косвенный нормоконтроль осуществляется в процессе разрешения дела, непосредственно не направленного на проверку действительности нормативного акта, когда суд отказывается от применения нормативного правового акта, регулирующего рассматриваемые отношения, полагая его противоречащим акту большей юридической силы. Причем данное решение суда действует только *inter partes* (придание ему силы *erga omnes* возможно в рамках специальных процедур или складывается постепенно, в связи с признанием его прецедентом).¹³¹

Действительно, в рамках гл. 24 ГПК РФ и гл. 23 АПК РФ могут рассматриваться обращения как лиц, права которых были нарушены применением оспариваемого нормативного правового акта, так и лиц, полагающих, что его возможное применение потенциально угрожает их правам и свободам, а также прокурора (ч. 1 ст. 251 ГПК РФ, ч. 2 ст. 192 АПК РФ), государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов (ч. 2 ст. 192 АПК РФ), если они считают, что положения оспариваемого акта противоречат акту большей юридической силы и нарушают права и законные интересы граждан и организаций. Но в данном случае значим не предусмотренный кодексами порядок рассмотрения данных дел (процессуальные формы абстрактного и конкретного нормоконтроля, осуществляемого конституционными судами, тоже практически идентичны), а то, что функция абстрактного нормоконтроля сама по себе не соответствует назначению судебной власти, а решения, принятые в его результате, не являются судебными прецедентами и представляют собой ненадлежащие способы позитивации права.

Весьма специфической формой судебного правотворчества в России и некоторых других постсоциалистических странах являются *разъяснения пленумов высших судов по вопросам судебной практики*. В России полномочия Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ давать такие разъяснения предусмотрены Конституцией (ст. 126–127). Конституция Казахстана (ч. 1 ст. 4) нормативные постановления Верховного Суда Республики прямо относит к «действующему праву» (наряду с Конституцией, законами, иными нормативными правовыми актами, международными договорами и нормативными постановлениями Конституционного Совета). В России формально-юридически обязательность разъяснений пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ непосредственно из Конституции не следует, но может быть выведена из ст. 6 Федерального конституционного закона «О судебной системе РФ». Обязательность постановления Пленума ВАС РФ для арбитражных судов установлена ч. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской

¹³⁰ Никитин С. В. Понятие и формы судебного нормоконтроля. С. 564.

¹³¹ Там же. С. 562–563.

Федерации»¹³² и фактически была признана уже упоминавшимся Постановлением Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П.

Исторически появление данной формы судебного правотворчества в Советской России (а затем и в СССР) связывалось с установлением контроля за деятельностью судов сначала со стороны Народного комиссариата юстиции, потом Верховных судов РСФСР, СССР и союзных республик.¹³³ Одним из элементов этого контроля и были «руководящие разъяснения», которые высшие судебные органы давали нижестоящим судам. Обращение к такой форме руководства судами было обусловлено как невысоким уровнем общей и профессиональной подготовки судей, неизбежным в первые годы Советской власти, так и необходимостью обеспечить проведение ими при отправлении правосудия политики коммунистической партии. В определенном смысле здесь проявился и принцип централизации власти, лежавший в основе советской государственности. Свою роль сыграла и генетическая принадлежность России к континентальной системе права, где «к судьям относятся как к чиновникам, которые применяют закон под внимательным надзором вышестоящих судов. Высшие суды считаются воплощением высшей мудрости, и поэтому верховный суд наделен полномочиями издавать общие указания, которые являются обязательными для нижестоящих судов».¹³⁴

Прямое указание на обязательность для судов руководящих разъяснений Пленума впервые появилось в Положении о Верховном Суде СССР, утв. Законом СССР от 12 февраля 1957 г. «Об утверждении Положения о Верховном Суде СССР и внесении изменений и дополнений в ст. 104 и 105 Конституции (Основного Закона) СССР».¹³⁵ Согласно п. «в» ст. 9 Закона Пленум Верховного Суда СССР рассматривал материалы обобщения судебной практики и судебной статистики и давал руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства при рассмотрении судебных дел, а ч. 2 ст. 1 возлагала на Верховный Суд функции надзора за судебной деятельностью судебных органов Союза ССР и союзных республик и проведение проверки применения судебными органами союзных республик общесоюзного законодательства и исполнения постановлений Пленума Верховного Суда СССР.

Закон СССР от 30 ноября 1979 г. «О Верховном Суде СССР»¹³⁶ содержал специальную ст. 3 «Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР», согласно которой «Верховный Суд СССР изучает и обобщает судебную практику, анализирует судебную статистику и дает руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел. Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение. Верховный Суд СССР осуществляет контроль за выполнением судами руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР». Данное положение затем было воспроизведено в Законе РСФСР от 8 июля 1981 г. «О судостроительстве РСФСР»¹³⁷ применительно к Верховному Суду РСФСР (ч. 1 ст. 56).

На практике в советский период разъяснения пленумов верховных судов Союза ССР и союзных республик всегда рассматривались как имеющие обязательный характер (по меньшей мере, для судов), что удивительным образом сочеталось с абсолютным доминированием в советской доктрине (как в общетеоретических работах, так и в

¹³² Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» положения об обязательности для судов постановлений Пленума Верховного Суда РФ не содержит (п. 1 ч. 4 ст. 14).

¹³³ См., подробнее: *Верецагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 147–149.

¹³⁴ *Осятыньский В.* Парадоксы конституционного заимствования. С. 61.

¹³⁵ Ведомости Верховного Совета СССР. 1957. № 4. Ст. 84, 85.

¹³⁶ Там же. 1979. № 49. Ст. 842.

¹³⁷ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1981. № 28. Ст. 976.

отраслевых исследованиях) позиции, не признающей судебную практику в целом и разъяснения высших судов в частности источником права.¹³⁸

Сегодня ученые уже не отрицают нормативный характер разъяснений пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики и пытаются определить их место в системе источников права. Иногда они трактуются как прецедент («своеобразная форма судебного прецедента»),¹³⁹ но, думается, для этого нет оснований. Прецедент — это правовая позиция (вывод общенормативного характера), выраженная в решении по конкретному делу и ставшая моделью (образцом) для разрешения аналогичных дел. Разъяснения пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда по вопросам судебной практики, как правило, имеют в своей основе конкретные судебные решения, но формулирование содержащихся в них правоположений полностью отделено от анализа фактических обстоятельств какого-либо судебного дела.¹⁴⁰ Разъяснения являются результатом обобщения судебной практики по какому-либо вопросу, ее доктринальной переработки (в их подготовке всегда принимают участие научно-консультативные советы, действующие при Верховном Суде и Высшем Арбитражном Суде)¹⁴¹ и своего рода кодификации. Кроме того, в тексте «разъяснений» присутствуют положения, сформулированные посредством сугубо абстрактного толкования и правоустановления, в частности, дефиниции юридических понятий,¹⁴² указания организационно-процессуального характера, которые подчас тесно сопряжены с предлагаемым толкованием правовых норм. Нередко пленумы Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда дают судам разъяснения относительно законодательных актов, еще не вступивших в силу,¹⁴³ когда какая-либо судебная практика их применения полностью отсутствует. Даже если исходить из того, что такие разъяснения основываются на анализе судебной практики применения законодательства, ранее регулировавшего соответствующие отношения, данные акты, безусловно, представляют собой абстрактное толкование (прошлый юридический опыт всегда лежит в основе абстрактного правоустановления и толкования).

Наконец, все разъяснения пленумов высших судов по вопросам судебной практики принимаются по инициативе самого суда в рамках процедуры, не имеющей ничего общего с отправлением правосудия.¹⁴⁴ В данном случае оказывается нарушен принцип инцидентности деятельности суда, обеспечивающий гарантии его беспристрастности, а отсюда и правовой характер его решений, в том числе выраженных в них предписаний общенормативного характера.¹⁴⁵

Таким образом, нормативные положения, содержащиеся в разъяснениях пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда по вопросам судебной практики, не имеют с судебным прецедентом ничего общего.

¹³⁸ См., напр.: *Вышинский А. Я.* Очерк советского судостроительства. М., 1939. С. 8; *Зивс С. Л.* Источники права. М., 1981. С. 176–193; *Новицкий И. Б.* Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 125, 134.

¹³⁹ *Демидов В. П.* О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 3. С. 23–24.

¹⁴⁰ *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 141.

¹⁴¹ Их создание предусмотрено ст. 12 Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» и ст. 23 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации».

¹⁴² В литературе обращалось внимание на то, что определение юридических понятий не должно входить в компетенцию пленумов высших судов: *Бахрах Д. Н., Бурков А. Л.* Акты правосудия как источники административного права // Журнал российского права. 2004. № 2. С. 15–16.

¹⁴³ См., напр.: *Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие ГПК РФ» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 3. — ГПК РФ вступил в силу 1 февраля 2003 г.

¹⁴⁴ *Демидов В. П.* О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда. С. 21–24.

¹⁴⁵ Показательно, что в определенной мере принцип инцидентности реализуется даже при осуществлении абстрактного нормоконтроля и абстрактного толкования, так как инициатором соответствующего производства и судебного решения выступает не сам суд, а определенные заинтересованные или уполномоченные на то лица.

Наиболее распространенной позицией является признание разъяснений пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда по вопросам судебной практики своеобразным видом нормативных актов¹⁴⁶ («квазинормативными» актами),¹⁴⁷ что в общем верно, ибо это акты вторичного абстрактного нормоустановления, в том числе посредством абстрактного толкования. При этом очевидно, что ни конституцией, ни законом такие постановления пленумов высших судов не являются. Отсюда вполне логичным кажется рассматривать их как подзаконные акты,¹⁴⁸ а далее, следуя той же логике, ставится вопрос о необходимости проверки законности разъяснений пленумов высших судов.

Так, А. Н. Верещагин сетует на то, что «постановления Пленума Суда сохраняют свой двусмысленный и спорный статус, они оказываются в некой “серой зоне” неопределенности: не будучи безусловно обязательными, они фактически являются таковыми. Иначе говоря, имея на деле “права” нормативных подзаконных актов, они не несут той “ответственности” перед законом, с которой обычно сопряжены эти “права”... Пока не существует возможности оспаривания постановлений пленумов высших судов, они сохраняют привилегированное положение в российской правовой системе, направляя судебную практику, с одной стороны, и находясь вне зоны контроля — с другой».¹⁴⁹ По мнению автора, «остается неясным, кто должен проверять их законность».¹⁵⁰ Однако нет сомнения, что раньше или позже, но решение проблемы может быть найдено».¹⁵¹

На самом деле данная проблема в принципе не имеет и не может иметь решения. Ведь проверку законности подзаконных нормативных актов в контексте принципа разделения властей и системы «сдержек и противовесов» осуществляют именно суды. А само право издания подзаконных нормативных актов в целях конкретизации закона и на основе специального полномочия, предоставленного законом, принадлежит органам исполнительной власти и иным организациям, реализующим функции исполнительной власти, и осуществляется в целях эффективного публичного администрирования. Требование подзаконности судебного толкования закона и проверки его на соответствие закону делает такое толкование просто бессмысленным, ибо оно осуществляется, среди прочего, в целях корректировки закона с позиций права.

Таким образом, наиболее корректной опять оказывается точка зрения, согласно которой разъяснения пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики являются «дополнительным, вспомогательным источником права, нетрадиционным по происхождению и юридической силе».¹⁵² Причем эта их «нетрадиционность» обусловлена и в данном случае ненедлежащим способом позитивации права. В связи с этим достаточно противоречивой представляется позиция В. А. Четвернина и Г. Б. Юрко, которые, с одной стороны, утверждают, что нормотворческая деятельность

¹⁴⁶ См., напр.: *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 155–158; *Судебная власть* / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 360–361; *Бурков А. Л.* Статус постановлений Пленума Верховного Суда РФ... С. 172, 178.

¹⁴⁷ *Четвернин В. А., Юрко Г. Б.* Судебные источники права. С. 173, 177–180.

¹⁴⁸ *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 156–158; *Судебная власть*. С. 360–361; *Четвернин В. А., Юрко Г. Б.* Судебные источники права. С. 179; *Бурков А. Л.* Статус постановлений Пленума Верховного Суда РФ... С. 172, 178.

¹⁴⁹ *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 157–158.

¹⁵⁰ А. Н. Верещагин справедливо отмечает, что данные постановления пленумов высших судов подлежат косвенному конституционному контролю, поскольку Конституционный Суд РФ при проверке конституционности нормативных актов оценивает не только их буквальный смысл, но и смысл, придаваемый им официальным или иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой (ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ») (Там же. С. 154). См. также: *Бурков А. Л.* Статус постановлений Пленума Верховного Суда РФ... С. 181. — Уже неоднократно упоминавшееся Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П — наглядный тому пример. Делать такой контроль прямым (*Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 155) не только нет никакой необходимости, но и не является юридически корректным.

¹⁵¹ *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 158.

¹⁵² *Волленко Н. Н.* Источники и формы права. Волгоград, 2004. С. 84.

высших судов, осуществляемая посредством абстрактного нормативного толкования конституции или закона, противоречит принципу разделения властей и природе правосудия,¹⁵³ а с другой — признают «квазинормативные» акты абстрактного толкования одним из видов судебных источников права, при этом разъяснения пленумов высших судов рассматриваются ими как акты то конкретного (инцидентного) нормативного толкования, то абстрактного нормативного толкования.¹⁵⁴

К сожалению, в России и в некоторых других постсоциалистических государствах разъяснения пленумов высших судов по вопросам судебной практики «играют именно ту роль, которую в других правовых системах берут на себя прецеденты».¹⁵⁵ К не меньшему сожалению, активизировавшаяся в последнее время дискуссия о признании в России судебного прецедента в качестве источника права на деле сводится к стремлению утвердить общеобязательность «руководящих разъяснений» пленумов высших судов. При этом речь отнюдь не идет, как полагает А. Н. Верещагин, о сохранении на ближайшую перспективу существующего равновесия между разными формами судейского права.¹⁵⁶ Гораздо ближе к истине Л. В. Головкин, призывающий не путать «судебный прецедент» и элементарную политическую борьбу за обладание нормативными полномочиями, т. е. борьбу за дополнительный источник власти. За «теоретическими изысканиями» многих российских апологетов прецедента скрывается желание получить право издавать циркуляры и ничего более. Собственно, такие циркуляры и так уже существуют в достаточном количестве (постановления пленумов, информационные письма и др.), но какое отношение к ним имеет прецедентное право?».¹⁵⁷ «Судебный прецедент, — поясняет автор, — есть творческий поиск в чужом судебном решении теоретической квинтэссенции — *ratio decidendi*, т. е. той правовой конструкции, которую никто не “предлагает на блюдечке”. Иногда подобным поиском занимаются сами судьи, иногда — профессора права. Важно другое: судейское мнение является в такой ситуации *объектом анализа*, а не субъектом “послушания” вышестоящему начальству. Иначе говоря, мы столь трепетно относимся к позиции судьи, что готовы тратить время и силы на то, чтобы эту позицию понять и воспроизвести в собственном судебном решении, если, конечно, она подойдет нам *ad hoc*. Но нам и в голову не приходит давать судье какие-либо “руководящие указания”, т. е. обязывать его следовать нашей точке зрения, поскольку противное означает неуважение к судье и восприятие его в качестве рядового клерка».¹⁵⁸

Не кажется приемлемой и такая иногда выделяемая форма судебного правотворчества, как *судебный обычай*.¹⁵⁹ Под ним понимается правило, не выраженное в каких-либо официальных нормативных юридических текстах, в том числе и в судебных решениях в виде прецедента (положения нормативного характера, претендующего на то, чтобы стать прецедентом), но которому, тем не менее, суды неизменно следуют в своей практике.¹⁶⁰ Данные правила складываются «снизу» и в неявной форме поддерживаются вышестоящими судами, когда они не отменяют соответствующие решения судов низших инстанций.

Между тем собственно обычай — это правило, выработанное участниками соответствующих отношений в ходе их постоянного взаимодействия и определяющее их

¹⁵³ Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права. С. 173, 178.

¹⁵⁴ Там же. С. 173, 175–180.

¹⁵⁵ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 158. — В ряде постсоциалистических стран полномочия высших судов давать такие разъяснения были отменены «под лозунгом независимости судей» (Осатынский В. Парадоксы конституционного заимствования. С. 61).

¹⁵⁶ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 158.

¹⁵⁷ Головкин Л. В. Судебный прецедент... С. 34.

¹⁵⁸ Там же.

¹⁵⁹ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 179–182; Четвернин В. А., Юрко Г. Б. С. 180–182.

¹⁶⁰ Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 179.

взаимные права и обязанности.¹⁶¹ А так называемый судебный обычай — это правило, выработанное судами, которого они придерживаются при определении прав и обязанностей тяжущихся сторон, сами же стороны в его формировании никоим образом не участвуют. В литературе правильно обращается внимание на то, что появлению судебного обычая как «своеобразной формы судейского права» способствовало «отсутствие устоявшейся практики цитирования прецедентов в российских судах».¹⁶² По своей сути судебный обычай — это «скрытый прецедент», т. е. правило, явно не выраженное и не обоснованное в судебных решениях, в связи с чем «идентифицировать эти обычаи или проследить их происхождение бывает весьма трудно».¹⁶³

Судебный обычай весьма схож с прецедентом. Не случайно, когда в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде РФ» говорится об оценке Судом как буквального смысла рассматриваемого акта, так и смысла, придаваемого ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой (ч. 2 ст. 74), то применительно к судебной практике имеются в виду и судебный прецедент, и судебный обычай, и разъяснения высших судов. Фактически судебный обычай отличается от судебного прецедента именно своей неочевидностью: «Правовые позиции судебной власти, заключенные в этих обычаях, не являются достаточно определенными, четко и однозначно сформулированными. Когда же эти позиции, сложившиеся “снизу” или неизвестные по происхождению, формулируются авторитетным судом, то источником права выступает уже не обычай, а прецедент или нормативный (“квазинормативный”) акт».¹⁶⁴

Таким образом, на самом деле судебный обычай — это не обычай в собственном смысле слова, а неявный судебный прецедент, функционирующий в таком виде вследствие ненадлежащего осуществления судами своих функций, когда они нарушают требование мотивированности судебных решений и принцип правовой определенности.¹⁶⁵

Неудивительно, что под видом судебных обычаев часто поддерживается откровенно противоправная практика, которая просто не может быть открыто выражена и обоснована в судебных решениях. К таковым, в частности, можно отнести «обычай» определять место проживания ребенка с матерью при расторжении брака между родителями, за исключением

¹⁶¹ Таким же образом складываются и публично-правовые обычаи, в частности конституционные соглашения.

¹⁶² Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России. С. 179.

¹⁶³ Там же.

¹⁶⁴ Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права. С. 181.

¹⁶⁵ По мнению Европейского Суда по правам человека, принцип правовой определенности требует, чтобы положения действующего внутреннего права были доступны для заинтересованного лица и сформулированы с достаточной степенью точности и конкретности (Eur. Court H. R. *Kruslin v. France*, Judgment of 24 April 1990. Series A. N 176-A. § 27). Доступность предполагает, что граждане должны иметь соответствующую обстоятельствам возможность ориентироваться в том, какие правовые нормы применяются к данному случаю (Eur. Court H. R. *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. N 30. § 49). Доступность обеспечивается официальным опубликованием соответствующих актов или реальной возможностью ознакомиться с ними лиц, права и свободы которых они затрагивают. Кроме того, норма внутреннего права должна быть сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей лицу соотносить с ней свое поведение: лицо должно иметь возможность, получив при необходимости соответствующую консультацию, предвидеть в разумных пределах и применительно к конкретным обстоятельствам те последствия, которые может повлечь за собой данное поведение (Eur. Court H. R. *The Sunday Times v. the United Kingdom*, Judgment of 26 April 1979. Series A. N 30. § 49; *Olsson v. Sweden*, Judgment of 24 March 1988. Series A. N 130. § 61; *Grigoriades v. Greece*, Judgment of 25 November 1997. Reports. 1997-VII. § 37; *Larissis and Others v. Greece*, Judgment of 24 February 1998. Reports. 1998-I. § 40; *Rekvenyi v. Hungary*, Judgment of 20 May 1999. Reports. 1999-III. § 34; *Steel and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 23 September 1998. Reports. 1998-VII. § 54; *Baranowski v. Poland*, Judgment of 28 March 2000. § 52; *Jecius v. Lithuania*, Judgment of 31 July 2000. § 56; *Stasaitis v. Lithuania*, Judgment of 21 June 2002. § 67; *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Judgment of 13 February 2003. § 57). Аналогичных позиций придерживается и Конституционный Суд РФ. См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 13 декабря 2001 г. № 16-П по делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 16 Закона города Москвы «Об основах платного землепользования в городе Москве» в связи с жалобой гражданки Т. В. Близинской (п. 5 мотивировочной части) // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 2) Ст. 5014.

случаев, когда это абсолютно невозможно. Здесь имплицитно заложено нарушение принципа равноправия. Не только противоправной, но и очевидно незаконной является практика подачи так называемой краткой кассационной жалобы до составления судьей полного текста решения (включающего мотивировочную часть). Она позволяет судьям в нарушение закона чрезмерно затягивать составление мотивированного решения, причем заранее зная, что данное решение будет обжаловано (и учитывать это при подготовке текста решения).¹⁶⁶

Таким образом, только прецедент является для органов судебной власти надлежащей формой позитивации права, ибо он органически связан с осуществлением единственной возложенной на них функции правосудия — разрешения конкретных споров о праве. Так называемые нормативные акты органов судебной власти и судебные обычаи выступают лишь неудачными (точнее, неправовыми по своей сути) «заместителями» прецедента в странах с неразвитой культурой отправления правосудия.

Договор является исторически первичным способом позитивации права, изначально — индивидуальных правовых притязаний посредством их взаимного признания. Договор — результат свободного соглашения формально равных участников социального обмена. Поэтому основное требование к субъектам и процедуре заключения договора — свобода волеизъявления сторон. Это предполагает, во-первых, дееспособность субъектов (вменяемость применительно к физическим лицам или надлежащие полномочия представителей применительно к недееспособным и организациям), а во-вторых, отсутствие внешнего давления со стороны как контрагента, так и самой ситуации, объективных обстоятельств. Не случайно законодательство предусматривает недействительность сделок с пороками воли, т. е. совершенных с недееспособными или под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы, стечения тяжелых обстоятельств, в состоянии аффекта и т. п. (например, ст. 171–172, 175–179 ГК РФ).

Понимание нормативного договора как источника права должно иметь в своей основе общие признаки договора, но, безусловно, предполагает и определенную специфику, обусловленную его нормативным характером.

Нормативные договоры часто рассматривают как разновидность нормативных правовых актов.¹⁶⁷ Для этого есть некоторые основания. Во-первых, любой нормативный юридический текст можно представить как нормативный правовой акт. Но в данном случае, конечно, речь не об этом. Нормативный акт — это результат официально-властной (осуществляемой органами и лицами, наделенными публично-властными полномочиями) правотворческой деятельности, непосредственно направленной на установление абстрактных общеобязательных правил поведения. И в таком смысле нормативный договор — это нормативный акт. Но нормативный договор имеет и свою существенную специфику, которая не позволяет рассматривать его в одном ряду с традиционно выделяемыми видами нормативных актов. И утверждение, что «они “особенны” ровно настолько, насколько “особенны” законы, указы или совместные постановления»,¹⁶⁸ свидетельствует о непонимании такой специфики. Гораздо ближе к истине А. В. Поляков, который называет нормативные договоры автономными нормативными правовыми актами, т. е. установленными по воле тех субъектов, которым они адресованы, в отличие от гетерономных, устанавливающих правовые нормы, независимо от воли их адресатов¹⁶⁹ (к последним относятся традиционно выделяемые виды нормативных актов — конституции,

¹⁶⁶ См., подробнее: *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России. С. 181–182.

¹⁶⁷ См., напр.: *Поляков А. В.* Общая теория права. С. 669–670; *Четвернин В. А., Юрко Г. Б.* Судебные источники права. С. 160–161; *Иванов В.* Нормативный конституционно-правовой договор: теория и практика. К критике современной теории государства. М., 2008. С. 46–54; *Алексеев С. С.* Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 78.

¹⁶⁸ *Иванов В.* Нормативный конституционно-правовой договор... С. 54.

¹⁶⁹ В этом смысле В. А. Четвернин и Г. Б. Юрко пишут, что «нормативный акт — это не только официальный текст, в котором сформулирована норма права, но и *приказ о норме права*» (*Четвернин В. А., Юрко Г. Б.* Судебные источники права. С. 161). Правда, неясно, почему такое понимание нормативного правового акта распространяется ими и на нормативный договор.

законы, подзаконные акты).¹⁷⁰ Однако такое противопоставление не совсем корректно. Даже индивидуальный правовой договор иногда устанавливает права и обязанности не только для его сторон (например, договоры в пользу третьих лиц). А специфика нормативных договоров, собственно, и заключается в том, что они содержат предписания общенормативного характера, т. е. обязательные не только для сторон данного договора (субъектов, участвовавших в его заключении), но и для персонально неопределенного круга лиц. Вместе с тем специфика нормативного договора, заключающаяся в его производности от частноправового договора, направленного на установление взаимных прав и обязанностей, А. В. Поляковым подчеркнута верно.

Нормативный договор представляет собой согласованное волеизъявление двух или более субъектов права, направленное на принятие ими на себя взаимных обязательств, реализация которых, в свою очередь, предполагает установление правил поведения общеобязательного характера, т. е. распространяющих свое действие на персонально неопределенных лиц, в отношении которых субъекты (стороны) договора в силу своего публично-правового статуса обладают публично-властными (в том числе нормотворческими) полномочиями.¹⁷¹

Безусловно, при заключении нормативных (да и вообще любых публично-правовых) договоров принцип свободы договора действует весьма ограниченно (впрочем, и в частноправовых отношениях он давно уже не реализуется в полной мере), но требование свободы и согласованности волеизъявления сторон договора должно соблюдаться. Применительно к данному способу позитивации права это предполагает:

- отсутствие публично-властного принуждения к заключению договора;
- свободное (добровольное) согласование положений договора (содержания включенных в него нормативных предписаний);
- недопустимость одностороннего изменения положений договора, которое было бы обязательным для другой стороны.

Несоблюдение данных требований лишает нормативный договор его специфики и превращает в закамouflированный нормативный акт.¹⁷²

Указанные требования нашли выражение, например, в Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г.,¹⁷³ которая предусматривает, что международные договоры, заключенные в результате ошибки одного из государств (ст. 48), обмана (ст. 49), подкупа (ст. 50), принуждения действиями или угрозами (ст. 51) представителя государства, а также принуждения государства посредством угрозы силой или ее применения в нарушение принципов международного права, воплощенных в Уставе ООН, (ст. 52), могут быть признаны недействительными. Трудовой кодекс РФ в числе основных принципов социального партнерства, которым необходимо следовать при заключении коллективных договоров и соглашений о регулировании социально-трудовых отношений, называет равноправие сторон, полномочность их представителей, свободу выбора при обсуждении вопросов, входящих в сферу труда, добровольность принятия сторонами на себя обязательств (ст. 24).

* * *

¹⁷⁰ Поляков А. В. Общая теория права. С. 669–671.

¹⁷¹ В литературе и ранее обращалось внимание на то, что нормативные договоры выражают волеизъявление сторон по принятию на себя взаимных обязательств (Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. II. М., 1982. С. 236), а их нормативный характер обусловлен обладанием их субъектами «нормативной властью» (Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВШЭ. Вып. VI. М., 1946. С. 68).

¹⁷² В связи с этим вряд ли оправданно выделение таких видов нормативных договоров, как «принудительные» и «фиксирующие зависимость или подчинение одного субъекта другому» (Иванов В. Нормативный конституционно-правовой договор... С. 86).

¹⁷³ Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

Понимание источников права как единства нормативного юридического текста и адекватной ему процедуры позитивации права не позволяет говорить об иерархии различных их видов в зависимости от юридической силы. Установление «иерархической соподчиненности» возможно лишь в рамках одного вида источников права (исключая обычай и доктрину, хотя здесь можно сопоставлять по юридической силе санкционирующие их прецеденты или нормативные акты), причем однозначно — только в системе нормативных актов. Действие же источников права разных видов является взаимодополнительным и взаимокорректирующим, и определить их соотношение по юридической силе окончательно можно лишь в каждом конкретном случае правоприменения.¹⁷⁴

Опубликовано: Российский ежегодник теории права. № 4. 2011 / Под ред. д-ра юрид. наук А. В. Полякова. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2012. — 726 с. С. 84-127.

¹⁷⁴ В частности, абсолютно верно подмечено, что нормативные договоры отличаются «сложным соотношением с другими источниками права и, следовательно, специфическим положением в иерархии источников права» (*Лексин И. В.* Договор между органами государственной власти как источник конституционного права. Дис. ... к. ю. н. М., 2005. С. 35). Или еще точнее: «Каждый вариант соотношения нормативного договора с иной формой права характеризуется сложной нелинейной (иногда противоречивой и уникальной) взаимозависимостью» (*Кулакова Ю. Ю.* Нормативный договор в системе форм российского права. Дис. ... к. ю. н. М., 2005. С. 10). Аналогичное положение имеет место и применительно к иным источникам права.