



Судебные доктрины в российском праве: теория и практика

Ответственные редакторы
В. В. Лазарев, Х. И. Гаджиев



НОРМА
ИНФРА-М
Москва, 2020

УДК 34.037
ББК 67.0
С89



*Одобрено секцией публичного права Ученого совета
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Рецензенты:

Жуйков Виктор Мартенианович — заведующий отделом гражданско-го законодательства и процесса ИЗиСП, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации;

Курышева Наталья Сергеевна — судья Бабушкинского районного суда города Москвы, кандидат юридических наук.

Судебные доктрины в российском праве: теория и практика :
С89 монография / П. П. Серков, В. В. Лазарев, Х. И. Гаджиев и др. ;
отв. ред. В. В. Лазарев, Х. И. Гаджиев. — Москва : ИЗиСП :
Норма : ИНФРА-М, 2020. — 344 с.

ISBN 978-5-00156-110-1 (Норма)

ISBN 978-5-16-016571-4 (ИНФРА-М, print)

ISBN 978-5-16-109163-0 (ИНФРА-М, online)

Монография посвящена значимому в мировой правовой практике, но малоизученному в российском правоведении инструменту судебной деятельности — судебным доктринам, постепенно получающим внимание в отечественном дискурсе с учетом вопросов судебной защиты субъективных прав, методологии судебной интерпретации, судебных форм развития права. Актуальность работы определена необходимостью исследования судебного правоприменения в качестве «связующего функционального звена» между общим (абстрактным) предписанием и отдельным (конкретным) случаем, подлежащим правовому решению, позволяющим эффективно реагировать на правовые проблемы посредством судебной аргументации и оценки.

В работе изложены представления видных отечественных и зарубежных ученых, представителей судейского сообщества о судебной доктрине как об идее, понятии, явлении правовой жизни с учетом общих тенденций в развитии теоретической мысли и практики правоприменения.

Для юристов — ученых и практиков, судей, сотрудников правоприменительных органов, представителей правозащитных организаций, преподавателей, студентов и аспирантов юридических вузов и факультетов, а также для широкого круга читателей, заинтересованных в обеспечении справедливого урегулирования конфликтов, развитии судебных подходов в области защиты основных прав, а также приемов правовой оценки в рамках правоприменения.

УДК 34.037
ББК 67.0

© Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации, 2020

Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation

Judicial Doctrines in Russian Law: Theory and Practice

Executive editors
V. V. Lazarev, Kh. I. Gadжиеv



NORMA
INFRA-M
Moscow, 2020

*Recommended for publication by the Public Law Section
of the Academic Council of the Institute of Legislation
and Comparative Law under the Government of the Russian Federation*

Reviewers:

Zhuykov Victor Martenianovich — Head of the Department of Civil Legislation and Process of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of legal sciences, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation;

Kuryшева Natalya Sergeevna — Judge of the Babushkinskiy District Court of the city of Moscow, Candidate of legal sciences

Judicial Doctrines in Russian Law: Theory and Practice : monograph / P. P. Serkov, V. V. Lazarev, Kh. I. Gadjeiev; executive editors V. V. Lazarev, Kh. I. Gadjeiev. — Moscow : ILCL : Norma : INFRA-M, 2020. — 344 p.

The presented work is devoted to the judicial activity instrument that is significant in world legal practice but is little studied in Russian jurisprudence — judicial doctrines. They are gradually gaining attention in the domestic discourse, taking into account the issues of judicial protection of subjective rights, the methodology of judicial interpretation, and judicial forms of development of law. Its relevance is determined by the need for an optimal view of judicial enforcement as a “connecting functional link” between a general (abstract) order and a separate (specific) case subject to a legal decision, allowing to respond to legal problems through judicial reasoning and assessing effectively.

The work gives ideas about the judicial doctrine as an idea, concept, the phenomenon of legal life, first of all, from the experience of Russian law, but in the context of general trends in theoretical thought and practical sphere, which are examined by prominent domestic and foreign scholars, representatives of the judicial community, including the authors of this monograph.

For legal scholars and practitioners, judges, law enforcement officials, teachers, students, graduates of law schools and faculties, as well as for a wide circle of readers interested in the equitable resolution of conflicts, approaches of development of judicial protection of human rights and ways of the legal assessment.

© The Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation, 2020

Коллектив авторов

Серков Петр Павлович, доктор юридических наук, профессор, Первый заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации — предисловие.

Лазарев Валерий Васильевич, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Центра фундаментальных правовых исследований ИЖиСП, заслуженный деятель науки Российской Федерации (отв. редактор) — введение (в соавторстве с Х. И. Гаджиевым), § 1 гл. II, § 1 гл. III.

Гаджиев Ханлар Иршадович, доктор юридических наук, заведующий отделом судебной практики и правоприменения ИЖиСП, судья Европейского Суда по правам человека с 2003 по 2017 г. (отв. редактор) — введение (в соавторстве с В. В. Лазаревым), § 1 гл. I.

Блохин Павел Дмитриевич, кандидат юридических наук, советник судьи Конституционного Суда РФ, доцент юридического факультета НИУ «Высшая школа экономики», г. Санкт-Петербург — § 2 гл. I (в соавторстве с Г. А. Гаджиевым).

Варламова Наталия Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права РАН — § 2 гл. III.

Гаджиев Гадис Абдуллаевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, судья Конституционного Суда РФ, научный руководитель юридического факультета НИУ «Высшая школа экономики», г. Санкт-Петербург — § 2 гл. I (в соавторстве с П. Д. Блохиным).

Глазкова Мария Евгеньевна, кандидат юридических наук — § 1 гл. V (в соавторстве с М. А. Рожковой, Е. Е. Зотовой).

Грачева Светлана Александровна, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник отдела судебной практики и правоприменения ИЖиСП (отв. секретарь) — § 3 гл. III.

Дедов Дмитрий Иванович, доктор юридических наук, профессор, судья Европейского Суда по правам человека, избранный от Российской Федерации, — § 1 гл. VI.

Емельянов Александр Сергеевич, доктор юридических наук, главный научный сотрудник отдела административного законодательства и процесса ИЗиСП, доцент — § 4 гл. I (в соавторстве с Н. Н. Черногором).

Зотова Екатерина Евгеньевна, аспирант отдела гражданского законодательства и процесса ИЗиСП, юрист Коллегии адвокатов «Юков и партнеры» — § 1 гл. V (в соавторстве с М. А. Рожковой, М. Е. Глазковой).

Ибрагимова Юлия Эмировна, младший научный сотрудник отдела судебной практики и правоприменения ИЗиСП — § 3 гл. VI.

Капустин Анатолий Яковлевич, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, научный руководитель ИЗиСП, и.о. заведующего отделом зарубежного конституционного, административного и уголовного законодательства и международного права — § 3 гл. I, § 3 гл. II.

Ковлер Анатолий Иванович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий Центром зарубежного законодательства и сравнительного правоведения ИЗиСП, судья Европейского Суда по правам человека с 1999 по 2012 г. — § 2 гл. II.

Мартини Франсуа, адвокат апелляционного суда Парижа, преподаватель Национальной школы судей, бывший профессор методики аргументации в Школе подготовки адвокатов, почетный профессор факультета права и политических наук Лимы (Перу), эксперт Совета Европы — § 1 гл. IV.

Ранзони Карло, судья Европейского Суда по правам человека, избранный от Лихтенштейна, — § 2 гл. IV.

Рожкова Марина Александровна, доктор юридических наук, главный научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса ИЗиСП, президент IP CLUB — § 1 гл. V (в соавторстве с М. Е. Глазковой, Е. Е. Зотовой).

Сидоренко Андрей Игоревич, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела судебной практики и правоприменения ИЗиСП — § 2 гл. VI.

Фокин Евгений Анатольевич, научный сотрудник Центра зарубежного законодательства и сравнительного правоведения ИЗиСП — § 2 гл. V.

Черногор Николай Николаевич, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Центра фундаментальных правовых исследований ИЗиСП, профессор РАН — § 4 гл. I (в соавторстве с А. С. Емельяновым).

Collective of Authors

Serkov Petr Pavlovish, Doctor of Law, Professor, First Deputy Chairman of the Supreme Court of the Russian Federation, Honored Lawyer of the Russian Federation — Foreword.

Lazarev Valery Vasilievich, Doctor of Law, Professor, Honored scientist of the Russian Federation, Chief researcher of the Center of Fundamental legal research of the ILCL (Executive editor) — Introduction (in co-authorship with K. I. Gadjiev), chapter II § 1, chapter III § 1.

Gadjiev Khanlar Irshadovich, Doctor of Law, Head of the Department of judicial practice and enforcement of the ILCL, Judge of the European Court of Human Rights in 2003—2017 (Executive editor) — Introduction (in co-authorship with V. V. Lazarev), chapter I § 1.

Blokhin Pavel Dmitrievich, Candidate of legal sciences, Adviser to the Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Associate Professor of the Higher School of Economics in St. Petersburg School of Law — chapter I § 2 (in co-authorship with G. A. Gadjiev).

Varlamova Natalia Vladimirovna, Candidate of legal sciences, Leading researcher of the Department of Human Rights of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Associate Professor — chapter III § 2.

Gadzhiev Gadis Abdullaevich, Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, Judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Academic supervisor of the Higher School of Economics in St. Petersburg School of Law — chapter I § 2 (in co-authorship with P. D. Blokhin).

Glazkova Maria Evgenievna, Candidate of legal sciences — chapter V § 1 (in co-authorship with M. A. Rozkova, E. E. Zotova).

Gracheva Svetlana Aleksandrovna, Candidate of legal sciences, Senior researcher of the Department of Judicial practice and enforcement of the ILCL (Executive secretary) — chapter III § 3.

Dedov Dmitry Ivanovich, Doctor of Law, Judge of the European Court of Human Rights in respect of the Russian Federation, Professor — chapter VI § 1.

Emelyanov Alexander Sergeevich, Doctor of Law, Chief researcher of the Department of administrative law and process of the ILCL, Associate Professor — chapter I § 4 (in co-authorship with N. N. Chernogor).

Zotova Ekaterina Evgenievna, Graduate student of the Department of Civil Legislation and Procedure of the ILCL, Lawyer of the Law Office “Yukov and Partners” — chapter V § 1 (in co-authorship with M. A. Rozkova, M. E. Glazkova).

Ibragimova Yuliya Emirovna, Junior researcher of the Department of Judicial practice and enforcement of the ILCL — chapter VI § 3.

Kapustin Anatoly Yakovlevich, Doctor of Law, Professor, scientific supervisor of the ILCL, Head of the Department of Foreign Constitutional, Administrative, Criminal Law and International Law of the ILCL, Honored scientist of the Russian Federation — chapter I § 3, chapter II § 3.

Kovler Anatoly Ivanovich, Doctor of Law, Professor, Head of the Center of foreign legislation and comparative law of the ILCL, Honored Lawyer of the Russian Federation, Judge of the European Court of Human Rights in 1999—2012 — chapter II § 2.

Martineau François, Lawyer at the Paris Court of Appeal, Former professor of argumentative technique at the Bar Training School, Teacher at the National School of Magistrates, Honorary professor at the Faculty of Law and Political Science of Lima (Peru), an expert at the Council of Europe — chapter IV § 1.

Ranzoni Carlo, Judge of the European Court of Human Rights in respect of Liechtenstein — chapter IV § 2.

Rozhkova Marina Alexandrovna, Doctor of Law, Chief researcher of the Department of Civil Legislation and Procedure of the ILCL, President of the IP CLUB — chapter V § 1 (in co-authorship with M. E. Glazkova, E. E. Zotova).

Sidorenko Andrey Igorevich, Candidate of legal sciences, Leading researcher of the Department of Judicial practice and enforcement of the ILCL — chapter VI § 2.

Fokin Evgeny Anatolyevich, Scientific researcher of the Center of foreign legislation and comparative law of the ILCL — chapter V § 2.

Chernogor Nikolay Nikolaevich, Doctor of Law, Professor, Chief researcher of the Center of Fundamental legal research of the ILCL, Professor of the Russian Academy of Sciences — chapter I § 4 (in co-authorship with A. S. Emelyanov).

Предисловие

Развитие правовой теории всегда сопровождалось и обуславливалось созданием, появлением правовых доктрин, под которыми условно можно понимать обобщенное (комплексное) научно-правовое отношение к общим и конкретным вопросам правового регулирования, в частности как «авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций»¹ или как «выработанную наукой систему взглядов на проблемы правового регулирования общественных отношений, выраженных в форме принципов, презумпций, аксиом и т. д.»². Также ее соотносят с системой идей и воззрений, определяющих развитие конкретной отраслевой сферы правового регулирования. Например, выделяют доктрину конституционного права, доктрину международного права, доктрину частного (гражданского) права, доктрину экологического права и т. д. В свою очередь, под доктриной международного права в широком смысле понимается система взглядов и концепций о сущности и назначении международного права в конкретных исторических условиях, в узком смысле — научные труды юристов-международников³.

Однако систему взглядов и подходов, представленную в виде теоретико-правовых обобщений, можно выявить не только в научной (как общеправовой) мысли, но также с помощью практико-ориентированных приемов анализа, прежде всего в формате судебного правоприменения, которое давно находится в фокусе внимания в связи с поиском способа «перекинуть мост» между общим (абстрактным предписанием правовой нормы) и отдельным (конкретным жизненным случаем, подлежащим правовому решению)⁴.

Помимо этого, динамика современного правового регулирования, определяемая не только национальными тенденциями, но и общемировыми (региональными) процессами по сближению пра-

¹ Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 23.

² Малько А. В., Гайворонская Я. В. Доктринальные акты как основной инструмент правовой политики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 13.

³ См.: Большая юридическая энциклопедия / сост. А. Б. Барихин. М., 2010. С. 219—220.

⁴ См.: Пиголкин А. С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 2005. С. 27.

вовых систем, увеличению числа межгосударственных связей и обязательств, повышению «унифицирующей» роли межгосударственной судебной деятельности, диктует необходимость более дифференцированной оценки правовой доктрины как идеи и инструмента правового развития.

В связи с этим правовую доктрину как некое родовое понятие можно определять по меньшей мере в двух значениях. В широком значении правовая доктрина представляет собой самостоятельный элемент юриспруденции, включающий обоснование вопросов, имеющих научно-прикладное значение. В более узком (методологическом) ракурсе речь идет о системе юридически значимых взглядов, представлений о должном регулировании явлений общественной жизни, основанном на наборе правовых аргументов, позволяющих, по представлению носителей этих взглядов, приблизиться к желаемому результату или оценить возникшую ситуацию¹. При этом методологическое содержание определяется прежде всего функциями рационализации юридической логики, содействия универсализации качественного правообразования, что в большей мере присуще идее «практико-ориентированных» доктрин и, в первую очередь, судебных доктрин.

Таким образом, можно констатировать, что правовая доктрина является ключевым элементом познания динамики правовой действительности, современный этап которой сопряжен с развитием форм и уровней судебной защиты, и соответственно предполагает особое внимание к судебному правоприменению. Значение данной темы в российском научно-правовом осмыслении также актуализировано изменениями «судебного» законодательства последнего времени и конституционными поправками 2020 г.², обозначившими проблематику судебной власти как знаковой составляющей конституционализации правового пространства. Рационально согласиться с наблюдением, что современное правовое регулирование во многом развивается на основе судебного правоприменения из-за объективного усложнения правовой действительности и увеличения конфликтных ситуаций.

¹ См.: Тиунов О. И., Морозов А. Н. Влияние решений Международного Суда ООН на национальные правовые доктрины // *Международное право и национальное законодательство* / ИЗиСП. М., 2009. С. 360; Батурина С. В. Правовая доктрина как элемент российской правовой системы // *Юристъ-Правоведъ*. 2008. № 4.

² См. Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти».

Общие правовые доктрины (как теоретико-правовые обобщения, получающие признание, легитимацию в том числе на законодательном уровне) служат основой формирования и обогащения судебной практики и, следовательно, судебных доктрин, когда факты конкретного дела требуют обновления доктринальной интерпретации, без чего невозможно подобрать «ключ» к разрешению возникшего конфликта. Тем самым предполагается связь (прямая и обратная) между общими правовыми доктринами и судебной практикой, ставшей предметом правового анализа. Взаимопроникновение и взаимосвязь указанных процессов служат эволюции правовой науки и правоприменения. Закономерно, что в юридической литературе правовую доктрину иногда рассматривают действенным посредником, промежуточной ступенью между теорией и практикой в «трехмерной цепи правовой аргументации» («the three-dimensional chain of legal reasoning»)¹.

Несмотря на то что практической стороне развития и функционирования правовых доктрин в российском правоведении не уделяется заметного внимания (редкие работы, которые содержат такой анализ, характеризуют их не в контексте правообразования, а как материал, на основе которого познается право), проблематика судебных доктрин в современном правовом дискурсе получает все большее распространение. Это можно связывать с активизацией обсуждения таких вопросов, как место и роль судебной деятельности в правовой практике, сущность судейского усмотрения и принятия судебного решения. Уместно подчеркнуть, что среди правовых доктрин нередко встречаются те, которые имеют собственно судебное происхождение, что особенно распространено в процессуальной области.

В числе причин «судебного» развития правового регулирования можно оправданно назвать стремление судов эффективно реагировать на правовые проблемы посредством судебной аргументации в процессе рассмотрения конкретных дел и выработки на этой основе универсальных подходов, способных оказывать влияние на осуществление правосудия в последующих аналогичных случаях, что является способом достижения казуальной определенности правового регулирования на этапе судебной деятельности.

В связи с этим важным является судебный поиск баланса абстрактного и конкретного, общего и отдельного в познании и развитии правового регулирования, поэтому судебную доктрину мож-

¹ См.: Barnett R. E. Foreword: Why We Need Legal Philosophy // *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 1985. No. 1. Vol. 8. P. 10.

но считать своего рода инструментом судебной гармонизации правоприменительных и правотворческих начал, реализуемых в мерах современной правовой политики. Эволюционные изменения в этом плане являются заметными как в правоведении, так и в правовой философии, поэтому повлекли оценку процесса как соответствующую логике о принадлежности будущего судебному правотворчеству¹.

В представленной работе предложен в целом «модельный» взгляд на проблему судебной доктрины прежде всего по опыту российского права, но в контексте общих тенденций в теоретической мысли и практической сфере, на которые обращают внимание в том числе представители судейского сообщества, выступающие авторами настоящей монографии.

Последовательно анализируется широкий спектр концептуальных и практических вопросов судебной деятельности, ее материальных и процессуальных аспектов, с разных сторон проливающих свет на заявленную проблему и в целом позволяющих дать ей комплексное научное обоснование. В их числе: ценностные аспекты обоснования судебных доктрин в правовом регулировании, правотворческие концепты судебной деятельности, воззрения на суд в контекстах модели правового реализма, риторические (аргументационные) основания судебных решений, процессуальные условия формирования судебных доктрин, практические вопросы их влияния на российское правовое регулирование.

Проведенная работа по соответствующему анализу проблематики судебных доктрин позволила также сосредоточить внимание на вопросах, не столь «популярных» в отечественной правовой аналитике, но весьма значимых для уяснения и обоснования роли суда и судебной деятельности в мерах правовой политики. В частности, в фокусе внимания находятся цели и ценности судебного правоприменения, по сути обосновывающие судебное усмотрение при формировании судебной позиции, методы (приемы) судебной аргументации с учетом опыта различных судебных юрисдикций.

Как представляется, жанр предисловия допускает возможность кратко обозначить один ракурс, не получивший достаточного освещения. Не в порядке критики изложенных в монографии важных научных идей, а в качестве предложения путей дальнейшего развития судебной доктрины авторами настоящей монографии и другими исследователями, желающими погрузиться в далеко не простую мате-

¹ См.: *Koopmans T. Legislature and Judiciary — Present Trends. Leiden, 1978. P. 309.*

рию правосудия. Речь идет о единстве судебной практики и поиске однозначно устойчивых способов решения этой задачи. Важно подчеркнуть, во всем многообразии конфликтов, разрешаемых органами судебной власти, особая актуальность обозначенного ракурса не вызывает сомнения. В монографии акцент делается на значимости деятельности Верховного Суда РФ¹. Такой подход является правильным, но он недостаточно задействует внутреннюю юридическую логику, присущую правосудию в контексте функционирования судебной системы.

Представляется, что таким идейным потенциалом отмеченной логики обладает категория правоотношения, а точнее механизм правоотношений. Его неизменная логическая конструкция убедительно форматирует методологию универсальной правосудной аналитики, в то время как понятие «правоотношение» в монографии использовано недостаточно (несколько раз) и лишь на понятийном уровне. Впрочем, эта уязвимость правовых доктрин полностью присуща и зарубежной правовой мысли.

В результате деятельность правосудия реально обретет свойство прогнозируемых результатов в материальных и процессуальных аспектах. Как следствие, возрастут гарантии судебного обеспечения определенности и стабильности правовых связей, т. е. эффективности всего правового регулирования.

В целом проблема судебных доктрин довольно важная для судебных правоотношений, обладающих собственным циклом развития и функционирования — охватывающих не только «технический» период от обращения в суд до разрешения конкретного дела, но также динамику правовой оценки и аргументирования в рамках судебного правоприменения.

Повышение качества и определенности судебной оценки (на что в основном направлена выработка судебных доктрин прежде всего при участии высших судебных органов), очевидно, служит развитию устойчивых гарантий осуществления правосудия, обеспечению прав и законных интересов его участников.

Настоящая книга представляет собой важный вклад в научно-правовое обоснование судебной деятельности в системе современных правоотношений с акцентом на российский опыт ее правового обеспечения и применения к ней средств правового анализа (аргументирования). Ее уникальность определена самим заявленным предметом исследовательского внимания: тематика судебных

¹ См., например, § 1 гл. V.

доктрин находится только на начальном этапе своего комплексного осмысления в отечественной правовой мысли, при этом обладая серьезным потенциалом для методологического обогащения права и правоприменения.

Несомненно, данная работа найдет широкую аудиторию заинтересованных читателей и ее ждет счастливая судьба.

П. П. Серков,
Первый заместитель Председателя
Верховного Суда РФ,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ

Введение

Предлагаемая читателю книга является продолжением творческих планов ИЗаСП по исследованию проблем законодательства в тесной связи с практикой его применения. Издание коллективной монографии, посвященной судебной практике¹, внимание к тому, какой взгляд на право и законодательство принимается в процессе судебной оценки и судебного аргументирования, с неизбежностью ведут к необходимости обращения к судебным доктринам. Судебные доктрины концентрированно соединяют в себе теоретические и практические аспекты механизма правового регулирования, наиболее полно отражая роль суда в нем.

Представляется, что именно суд, призванный обеспечивать защиту прав путем преодоления разногласий социального, морального или этического характера, служит надежным институтом, способным казуально отражать особенности конкретного времени и его социальный контекст, в котором обозначились вопросы, ставшие предметом судебных дел. Судебные доктрины являются уникальным инструментом суда, благодаря которому он способен не просто быстро и эффективно реагировать на социальные изменения, но и соединять в масштабе рассмотрения конкретных дел прогрессивные достижения правовых систем, чему, в частности, способствует судебное освоение интегративных свойств права, применение сравнительно-правовой интерпретации. Несомненно, от развития представлений о суде в целом и о судебных доктринах в частности может зависеть эволюция права и в итоге правоотношений.

Обращение к проблематике судебных доктрин (по их выработке, развитию, использованию) не предполагается одинаково реализуемым судами различных юрисдикций. При этом немаловажен дискуссионный вопрос — выявление при судебном анализе потребности правовой практики в модернизации положений законодательства и в связи с этим наличие возможностей «судебного ответа» на вопросы такой модернизации. Для этого в отечественном правоведении принято обращаться к идее формы судебного права, опосре-

¹ См.: Судебная практика в современной правовой системе России / под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: Норма: ИНФРА-М, 2017.

дованной судебным прецедентом, судебной правовой позицией, судебной практикой.

Мы исходим из того, что содержание настоящей работы дает комплексный и обстоятельный анализ заявленной темы, многоаспектно охватывая вопросы, связанные с осуществлением судебной деятельности в части ее идейно-ценностных оснований, методологических и процессуальных факторов развития, практических проблем судебного аргументирования и усмотрения. Авторам не только удалось представить (отразить) в довольно гибкой и сдержанной манере наиболее «болевые точки» осуществления судебной функции в российском правоприменении (в связи с вопросами прецедентности права, рационализации судебных позиций, условий и возможностей не только «буквального» толкования законов, эффективности судопроизводства), преодоление которых по сути и позволяло бы вести речь о развитии судебной власти, но и показать значение и подходы к судебному функционированию в довольно нетривиальном и интересном ключе — с точки зрения внимания к «судебному» развитию права и значению в связи с этим практики судебного толкования и аргументирования, опосредуемых обозначением и раскрытием проблемы судебных доктрин.

Монографию характеризует масштабный подход к заявленной теме — уже в первой главе книги авторы на довольно глубоком межотраслевом уровне прорабатывают концептуальное обоснование идеи судебных доктрин в праве, рассматривая их с философско-гносеологических позиций, конституционно- и международно-правовых оснований оценки, общей характеристики применительно к отечественному правовому опыту. Далее исследуются: правотворческие концепты судебной деятельности, судебная проблематика в контексте модели правового реализма, риторические основания судебных решений, процессуальные аспекты выработки судебных доктрин, практические вопросы их влияния в российском праве. Редакторам книги льстит, что их усилия в процессе глубокого анализа проблемы объединены с деятельностью коллег — известных отечественных и зарубежных правоведов, теоретиков и видных представителей судейского сообщества — судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева, судей Европейского Суда по правам человека Д. И. Дедова, К. Ранзони, А. И. Ковлера (с 1999 по 2012 г.), эксперта Совета Европы и адвоката апелляционного суда Парижа Ф. Мартино и др.

Разумеется, за пределами монографии еще остаются вопросы для научной полемики. Но уже то, что представляется вниманию читателя, можно презентовать как серьезный вклад в современную оте-

чественную дискуссию о содержании и существе судебной функции, ее правоинтерпретационной характеристике, концептуальных координатах, формах воплощения и последствиях для правоотношений. Значение данной работы определено нарастающей естественной потребностью в развитии новых рациональных подходов, способных активизировать судебную составляющую правового механизма за счет обращения к концепции, способной раскрыть ее потенциал, придавая новый смысл судебному усмотрению и правотворчеству, открывая путь для прогрессивных способов и методов регулирования.

В. В. Лазарев,

главный научный сотрудник Центра
фундаментальных правовых исследований ИГиСП,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ,
постоянный представитель Государственной Думы
в Конституционном Суде РФ (1998—2003 гг.)

Х. И. Гаджиев,

заведующий отделом судебной практики
и правоприменения ИГиСП, доктор юридических наук,
судья Европейского Суда по правам человека (2003—2017 гг.)

Глава I. Концептуально-ценностные аспекты обоснования судебных доктрин в праве

§ 1. Судебные доктрины как результат общенаучного и конкретного познания права

Правовая гносеология требует рассмотрения права в движении, с охватом динамики его развития за счет новых идей, концепций и подходов, подверженных постоянному обновлению и уточнению. Необходимо учитывать эволюцию научного познания в целом, сдвиги, происходящие под влиянием накопленного опыта, наблюдений и воздействующие на существующие и, казалось бы, устоявшиеся взгляды, понятия. Такое движение от накопленных знаний к новым, с уважением преемственности, требует эмпирического подхода к правовому развитию, получения систематических импульсов от правоприменителя. В этом вечном познавательном процессе право нуждается в надежном институте, который формировался бы на стыке теории права и практики его применения, был бы способен вырабатывать современные и устойчивые методы решения конкретных правовых споров. Развитие права связано с необходимостью разрешения противоречий между традиционным пониманием сущности права и теми современными исследованиями, которые требуют регулярной корректировки. Можно согласиться, что «правопонимание — это, без преувеличения, центральный вопрос теории права. От того, как понимается право, каково его общее понятие и определение, в конечном счете зависит решение всех других проблем и вопросов, входящих в предмет теории права, а в некоторой степени и теории государства»¹.

В связи с этим заслуживает внимания точка зрения, согласно которой «нет оснований отказываться от понимания права как выражения справедливости (*id quod justum est*) и от возложения на суд задачи поиска этой справедливости»². Обоснованно отмечается, что именно благодаря подходу, при котором содержание права устанавливается в

решениях судов, выстраивается мостик от нормативистского понимания права к социологическому, когда право (правопорядок) отыскивается непосредственно в жизни, в реальных отношениях людей, в решениях властных структур, разрешающих конфликты¹.

Взаимодействие и взаимовлияние правовой науки и судебной практики способствует эмпирическому развитию национально-го права, что стимулируется и обогащается благодаря достижениям различных правовых систем. Этому же содействуют исследования, особенно последних лет, в которых все большее внимание уделяется эволюции права ввиду взаимообогащения правовых систем. Интересны в связи с этим взгляды Н. А. Власенко на проблему преобразований в праве, согласно которым речь, по существу, должна идти об актуальности и адекватности содержания правовых систем в силу влияния на них множества различных факторов. Приведение правовой системы в соответствие с общемировыми тенденциями в области развития права, испытывающего влияние естественных и общественных наук, справедливо именовать «модернизацией права»².

Важно подчеркнуть, что развитие самого права всегда сопровождалось формированием правовых доктрин, под которыми понимается авторитетное мнение, выраженное в форме принципов, теорий, концепций³. Общие правовые доктрины складывались благодаря прогрессу исследовательской мысли, сопровождающему процесс правообразования и правотворчества, исходящих из отношения к праву как динамично развивающемуся явлению. На такой процесс понимания права влияет способность восприятия его в движении, без оглядки на исторически сложившиеся различия правовых школ, систем общего и континентального права. В 1947 г. в статье «*Integrative Jurisprudence*» Дж. Холл ввел в научный оборот термин «интегративное правопонимание». По его мнению, каждая норма права изначально являет собой не только определенную структуру, но и процесс. Понятие «процесс», соответственно, должно наложить отпечаток на интерпретацию всех социоправовых комплексов, которые включают создание и действие Конституции, законодательства, вынесение судебных решений и т. д.⁴ Можно сказать, что такая широкая трактовка права обязывает сочетать анализ законодательства с его действием, совершающимся не автоматически, а благодаря ини-

¹ См.: Лазарев В. В., Фурсов Д. А. Указ. соч. С. 7.

² Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2015. С. 38.

³ См.: Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции. С. 34.

⁴ См.: Hall J. *Integrative Jurisprudence* // *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in honor of Roscoe Pound* / P. Sayre (ed.). Oxford, 1947. P. 313.

¹ Варьяс М. Ю. Правопонимание: опыт интегративного подхода. М., 1999. С. 5.

² Лазарев В. В., Фурсов Д. А. Установление содержания права в судебных решениях // Журнал российского права. 2016. № 5. С. 7.

циативе. Как же происходит действие права и что способствует его эффективному влиянию на социальные явления, обогащению для движения? Право реализуется через общие правовые доктрины, в которых воплощаются совокупные достижения. На их формирование влияет общее состояние правовой культуры, правовой науки, традиции правовой школы, способность национальной правовой системы к интегративности и генерированию новых прогрессивных идей, способность предвидения тенденций социального развития. Правовая доктрина, отражая реальное состояние научной мысли, достижения которой проникают и влияют на законодательство и правоприменение, обязана не просто постоянно обновляться, но и служить своеобразным источником вдохновения для тех, кто разрабатывает современные методы решения правовых вопросов. Эволюция человеческой мысли привела к примечательному сдвигу в определении приоритета и предпочтений в движении от общего и особенно к более частным и конкретным проблемам. Таким образом, общие правовые доктрины стремятся проникать в правоприменение, наполняя его концепциями, идеями и теоретическими моделями эффективного подхода к разрешению конкретных правовых споров.

Правовая доктрина является неотъемлемой частью любой правовой системы. Она позволяет развивать концептуальные основы правопорядка и его правовую методологию. В то же время в триединой цепи, состоящей из теории права, правовых доктрин и правоприменения, мы нуждаемся в инструменте, который мог бы не просто внедрять достижения права в правоприменение, но и обеспечивать эмпирическое развитие права, обогащая правовые доктрины и позитивно влияя на теорию права. Представляется, что таким инструментом могла бы служить **судебная доктрина**. Основное свойство судебной доктрины заключается в том, что она *выводится эмпирически, путем применения норм права судом к конкретным правоотношениям, с использованием различных методов толкования права и правовой аргументации, и требует от суда владения необходимым уровнем правотворческой техники для реализации судебного усмотрения с целью справедливого разрешения конфликта сторон судебного разбирательства правовыми средствами*.

Среди факторов, влияющих на создание судебной доктрины, следует указать уровень научной исследованности подлежащего разрешению судом вопроса в теории права и отраслевых юридических науках (т. е. в правовой доктрине), правильное и объективное установление фактов, уровень допустимой законом свободы судебного усмотрения, непосредственно воздействующих на совершение правотворческих функций. Следует подчеркнуть, что степень незави-

симости судей влияет на осуществление судебных функций. В свою очередь, разработанность названных функций и уровень их воплощения оказывает воздействие на формирование судебной доктрины.

Какие же судебские функции представляются важными для разработки судебной доктрины? К ним относятся: судебное усмотрение, судебное правотворчество, толкование, аргументация и уважение к предыдущим решениям при аналогичных фактах в целях последовательности в осуществлении правосудия, что необходимо также в отношении к полученному в результате толкования смыслу. Прежде чем остановиться отдельно на каждой из названных судебных функций, хотелось бы отметить, что их совокупное применение в ходе рассмотрения дел необходимо для своевременного переосмысления общих доктрин права и их адаптации к требованиям времени.

Общая логика развития заключается, во-первых, в дальнейшем *сближении правовых систем и тенденции использования достижения каждой из них*. Изложенное было отмечено еще в середине прошлого столетия известным немецким ученым Дж. Эссером, подметившим, что «большая близость обеих правовых систем (общей и континентальной) проявляется в ускоренном переходе судей континентальной правовой системы от дедуктивного мышления к решению дел при обнаружении новых проблем к более активному использованию англо-американской практики и концепций в качестве основы для построения правовых конструкций и интерпретаций»¹. Изложенное особо актуально для своевременного реагирования судей на социальные и экономические преобразования. Для этого необходимо не просто независимое осуществление правосудия, но и способность носителей данной профессии создавать на основе существующих общих доктрин судебные доктрины, в которых отражаются также их представления о социальных ценностях. Во-вторых, *обогащение национального права и эффективность его применения предполагает овладение и использование доктрины правового плюрализма*. Обращение к данной доктрине возможно не в полном соответствии с идеями Н. Мак-Кормика, который обозначил ее как «правовой плюрализм в соответствии с международным правом, основанный на идее взаимного признания автономного существования национальных и наднациональных образований, подчиняющихся общим правилам и принципам и предусматривающих оценку пропорциональности требований властей»². Правовой плюрализм не противоречит

¹ Esser J. Grundsatz und Norm in Der Richterlichen Fortbildung // Des Privatrechts. 223 (1956).

² MacCormick N. Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth. Oxford, 1999. P. 117–121.

суверенитету, основанному на верховенстве национальной конституции, а предлагает активное обращение к концепциям гармоничного толкования и диалога судов, особенно национальных и международных. Точное установление смысла применяемой нормы предполагает наличие возможности рассмотрения ее с различных точек зрения, когда в итоге определение индивидуального права становится результатом совместного действия двух положений — национального и международного. Применение изложенных подходов служит также выработке наиболее эффективного метода решения судебных дел. Однако судьи не наделены властью изобретать доктрины, которые могут исказить либо необоснованно изменить правовую норму. Выработка судебной доктрины происходит на протяжении всего судебного процесса, и она окончательно формируется с точки зрения права решениями вышестоящих судебных инстанций. В этом движении судьи соотносят свои действия с двумя важными принципами: судейской сдержанностью и судейским активизмом.

Очевидно, что любое правоприменение имеет пределы, которые зависят в определенной мере как от требований законодательства, так и от способности руководствоваться одновременно здравым смыслом, т. е. опираться не просто на судейский профессионализм, но и на судейскую мудрость. Общее стремление правоприменителя заключается в поддержании надежного баланса между стремлением к всеобъемлющей защите фундаментальных прав человека и охраной общего правопорядка. Следование доктрине текстуализма на основе существующего ограничения, связанного с формулировкой текста закона, не означает, что нужно ее строго придерживаться. Текстуализм приравнивает буквальный смысл закона к его единственному значению¹. Противоположна ему германская доктрина, которая хотя и выступает за реабилитацию семантического аргумента в правовой интерпретации, но одновременно представляет развитие права как отдельный правовой метод, допускающий далеко идущие действия со стороны судей. Пределы судебной деятельности не могут быть ограничены формулировками правовой нормы. Федеральный конституционный суд Германии признал «развитие права»² в качестве отдельного метода правовой аргументации в известном постановлении по делу *Princess Soraya*. Суд подчеркнул, что «справедливость не всегда тождественна совокупности письменных законов. При определенных обстоятельствах право может существовать вне

тех позитивных норм, которые принимает государство... Задача судьи не сводится к установлению и исполнению законодательных решений. Ему, возможно, придется сделать оценочное суждение (акт, который обязательно имеет волевые элементы); то есть выявлять и реализовывать в своих решениях те ценностные концепции, которые присущи конституционному порядку, но которые не выражены или не адекватно выражены на языке письменных законов... (...) Там, где письменный закон содержит дефекты, решение судьи восполняет существующий пробел, используя здравый смысл и концепции справедливости, поддерживаемые обществом»¹. В. Д. Зорькин справедливо указывает на принцип соразмерности ограничения прав тем конституционно значимым целям, ради достижения которых вводится ограничение. Соответственно, и меры, направленные на защиту (охрану) конституционных ценностей или публичного интереса, должны быть соразмерны этим ценностям. Установление такой меры ограничения, которая, как он считает, позволяет, с одной стороны, защищать права и свободы других лиц, публичный интерес и т. п., а с другой — не является чрезмерной и не приводит к отмене или искажению существа права, подвергающегося ограничению, выступает условием сбалансированности правового регулирования².

Тема судейского активизма в последнее время часто обсуждается в правовой литературе, особенно в связи с развитием практики Европейского Суда по правам человека. Между тем не секрет, что ЕСПЧ обязан своим успехам именно активной позиции судей и обоснованно гордится решениями на основе доктрины эволютивного толкования Европейской конвенции по правам человека. В то же время следует учесть аргументы исследователей, призывающих к большей сдержанности в вопросах соблюдения пределов судейского усмотрения. Отношение к Конвенции как к живому организму способствует развитию права прав человека, усилению защиты основных прав. ЕСПЧ строго придерживается ограничений, которые предусмотрены в самой Конвенции (см. ст. 8—11, 17, 18), а также принципа субсидиарности и доктрины консенсуса. Вместе с тем такие достоинства верховенства права, как стабильность, предсказуемость и определенность, зависят также и от пределов формулировок норм³. Правовое суждение может быть оценено должным образом только в том слу-

¹ BVerfGE 34, 269 (Soraya) at 287. Cf. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd ed. Durham NC, 1997. P. 125.

² См.: Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика. М., 2017. С. 87—88.

³ См.: MacCormick N. *Arguing About Interpretation // Rhetoric and Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* / N. MacCormick (ed.). Oxford, 2005. P. 126.

¹ См.: Stojlar N. Survey Article: Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in the Philosophy of Law // *Journal of Political Philosophy*. 2003. 11. P. 480.

² См.: Klatt M. *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*. European Academy of Legal Theory Series. Vol. 7. Oxford, 2008. P. 5—7, 240—241, 274—275.

чае, если применение закона сопровождается толкованием с прицелом на развитие, которое не может противоречить духу и букве закона. Остановимся вновь на общей оценке практики Федерального конституционного суда Германии, которая повлияла на доктрину основных прав в применении Суда ЕС, продемонстрировав огромный потенциал судейского активизма. Основные права, как и многие аспекты конституционного права, сформулированы в общей, абстрактной форме. В этом они имеют черты, сходные со многими международными договорами, включая упомянутую Конвенцию. Они оспариваются не в качестве положений, гарантирующих свободы, а в отношении их значения в современном обществе, поскольку только интерпретация может дать реальный эффект. Такая дихотомия превращает фундаментальные права в сильный инструмент для любой формы правотворчества, включая судебную, что не просто обеспечивает легитимность решения, но и открывает творческий потенциал свободы, который предлагается текстом. Таким образом, активизм стимулируется не просто текстом, но и социальным запросом, представляя лучшие примеры судебного правотворчества.

Судейское усмотрение, понимаемое как свобода действий в определенных рамках, играет важную роль во всех правовых культурах, представляя собой значимый и обязательный элемент существующих правовых систем. Правильно подмечено, что само усмотрение актуально для всех трех ветвей власти¹. При рассмотрении проблемы судейского усмотрения важно учитывать, что оно тесно связано с вопросами обязательности для судей текста законов, различия между сложными и легкими делами, отдельного рассмотрения аргументации и интерпретации от правотворчества. Р. Алекси подчеркивает, что адекватная теория судейского усмотрения служит необходимым условием, базисом для легитимности решений и предположением правильности каждого из них². Судейское усмотрение имеет ключевое значение для формирования судебной доктрины, и, приступая к этому роду деятельности, судья сначала определяет подлежащую применению норму права. Как автор концепции структурного усмотрения, Р. Алекси заметил, что в иерархии норм определение более высокого порядка никогда не завершается, что оставляет диапазон для усмотрения, иногда более широкий, иногда более узкий. Сам закон оставляет открытым выбор между разными, но равными правовыми возможностями. Структурное усмотрение ограничивается пределами того, что закон определенно предписывает и запрещает³. Как

видно, судебное усмотрение рассматривается как отдельная и важная часть судейской функции. Такое понимание судейского усмотрения объясняет правотворческое значение деятельности судьи.

Концепция судейского усмотрения включает интерпретацию норм, уравнивание правовых принципов и развитие права. В качестве методологического инструмента используют также аналогию, к которой обращаются при обнаружении пробела в праве и в случае, когда путем интерпретации восполняется образовавшийся вакуум в правовом регулировании, преследуя цель разрешения возникшей правовой проблемы. Пробелы в праве относятся к области строгого судейского усмотрения, когда правоприменитель должен сделать выбор между альтернативами. Большинство исследователей рассматривают пробел в широком смысле. Это объясняется отсутствием нормативного решения для конкретного правового вопроса. В этом смысле пробел в праве означает не более чем случай отсутствия правильного ответа. По мнению Р. Дворкина, пробел возникает, когда предложенный вариант правового регулирования, как он образно выражался, «не является ни правдой, ни ложью»¹. В любом случае судебные решения призваны исправлять недостатки закона. Преодолению пробела служит строгое судейское усмотрение и реализация правотворческих функций. Одновременно с вынесением судебного решения пробел не просто восполняется, но этим актом инициируется формирование новой судебной доктрины. Интересно, что восполнение пробелов происходит не только в национальном праве. Суд ЕС не рассматривает в качестве препятствия то обстоятельство, что в договорах не все упомянуто либо отдельные вопросы не полностью охвачены. Он восполняет недостатки в правовом регулировании. Существует консенсус в правовой доктрине по поводу того, что Суд ЕС путем интерпретации положений договоров обоснованно восполняет пробелы и такой вид деятельности не следует относить к судейскому активизму.

В последние три десятилетия судебная аргументация, которая никогда не теряла своей актуальности, получила особое признание. При этом справедливо подчеркивается ее роль в формировании права, а равно значение в этом процессе разумной интерпретации, защищенной аргументами. Каждый обращающийся в суд пытается представить свое отношение к фактам, видение возможной интерпретации правовых норм, информацию о похожих делах, предлагая одновременно конкретное обоснование своей позиции. Судьи

¹ См.: Barak A. Judicial Discretion. New Haven, CN, 1989. P. 12.

² См.: Alexy R. Law and Correctness. In Current Legal Problems. Oxford, 1998. P. 205—221.

³ См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford, 2002. P. 393.

¹ Dworkin R. Law's Empire. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1986. P. 127—128.

обычно при рассмотрении дел также интерпретируют нормы и применяют их к конкретным обстоятельствам дела, разрешая при этом конфликты норм, вопросы сходства и различия дела, приводя многочисленные аргументы с целью справедливого разрешения дела. Заметим, что изложенное отношение связано, по существу, с эмпирическим подходом к праву, который необходим для своевременного переосмысления правовых доктрин.

Судебная аргументация используется также в качестве характеристики мыслительных процессов, которые ведут к принятию юридического решения. Ряд аргументов в этом механизме сосредоточивается на правильном установлении как самого события, так и фактов, послуживших основанием для рассмотрения вопроса, и касается отождествления ситуации, оценки фактов и интерпретации. Другие аспекты правового обоснования включают в себя поиск законов и выбор между правовыми нормами и аргументами. Данный процесс охватывает также постоянную оценку возможных решений и формализацию действий. Правовая аргументация является одной из главных задач, поскольку причины, которые сформулированы, сделанный в ходе процесса выбор будут использоваться в качестве аргументов в пользу принимаемого решения. Поверхностное обоснование и анализ могут привести к слабым аргументам и ошибочным либо неубедительным решениям.

Однако основной интерес к юридической аргументации связан в большей мере с трансформацией взглядов на деятельность судьи. На это же воздействовали идеи, влияющие на преобразование задач, стоящих перед законодателем. Стремительное развитие жизни требовало от законодателя быстрого реагирования путем реализации различных моделей регулирования. Между тем сложно предвидеть все последствия принимаемых законодательных решений и грядущих изменений, что вызвало необходимость ограничиваться порой общим формулированием правовых норм, имеющих не совсем определенный, ясный и точный характер. Поэтому Г. Харт в работе «The Concept of Law» пишет о том, что смысл правовой аргументации заключается в обосновании проблем толкования при применении правовых норм¹. Требование аргументации судебного решения накладывает дополнительную практическую обязанность подобно постоянному напоминанию о необходимости сдержанности, предостерегающей от неосновательного правотворчества.

Последовательность в исследовании правовой аргументации выражена в трех измерениях: логическом, риторическом и диалогиче-

¹ См.: Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford, 1961.

ском. Логический подход требует, чтобы лежащий в основе обоснования аргумент был логически обоснованным для построения правовых конструкций. Логическая обоснованность служит правильному выводу о том, что решение основано на фактах и вынесено в соответствии с применяемой правовой нормой. Риторический подход включает содержательную часть аргументов и контекстно зависимые аспекты приемлемости, которые, в свою очередь, подчинены эффективности аргументации для лиц, которым они адресованы. Интересно в связи с этим отношение к данному вопросу Х. Перельмана, отраженное в его работе «Logique Juridique. Nouvelle rhétorique». По его мнению, определяются исходные точки и методы аргументации, используемые в праве для убеждения аудитории в приемлемости юридического решения. Автор описывает, как этим приемом пользуются судьи. А примерами исходных точек являются такие правовые принципы, как справедливость, беспристрастность, добросовестность, свобода и т. д.¹

Яркие представители диалогического подхода правовой аргументации (Р. Алекси, Н. Мак-Кормик и др.) рассматривают его с точки зрения процедуры обсуждения, когда правовая позиция защищается в соответствии с определенными правилами обсуждения. Основные вопросы, на которых названные авторы заостряют внимание: как должна быть проведена рациональная реконструкция правовой аргументации и как она должна быть обоснована, какие процессуальные нормы должны применяться при правовом обсуждении и какие стандарты следует применять. Названные авторы считают, что в анализах правовой аргументации следует различать простые и сложные дела. В первых нет различия во мнениях о фактах и для защиты решения может быть использован единственный аргумент. Н. Мак-Кормик называет этот простой аргумент дедуктивным обоснованием. В сложных делах, в которых оспариваются вопросы факта и права, обоснование требует целую цепь аргументов. Тот же Н. Мак-Кормик называет такую цепочку аргументов, в которой толкование нормы защищается, обоснованием второго порядка².

Правоприменитель, интерпретируя подлежащую применению норму права, не просто использует различные методы толкования для определения ее точного смысла, прояснения целей и намерений законодателя. Он преследует цель эффективного правового воздействия, стремится в соответствующих случаях следовать доктринам

¹ См.: Perelman Ch. Logique Juridique. Nouvelle rhétorique. P., 1976.

² См.: Feteris E., Kloosterhuis H. The Analysis and Evaluation of Legal Argumentation: Approaches from Legal Theory and Argumentation Theory // Studies in Logic, Grammar and Rhetoric. 2009. 16 (29). P. 312–315.

динамичного и эволютивного толкования для развития права, демонстрации современной модели регулирования, наилучшим образом отвечающего требованиям времени. Выполнению названных задач способствует приведение убедительных аргументов, основанных как на общих доктринах и принципах права, так и на особенностях рассматриваемого дела, с целью обоснования правовой позиции. Обогащению предлагаемой модели интерпретации служит и обращение к судебной практике международных судов, особенно ЕСПЧ.

В юридической литературе отмечалось, что в современной правовой науке не сложилось единого мнения по вопросу о том, что понимать под правовой позицией суда. Подчеркивается, что анализ имеющихся литературных источников говорит в пользу следующих мнений: судебная правовая позиция — это оценка актов и действий, имеющих правовой характер, так называемые общеобязательные предписания, нормативные начала или принципы построения решения по делу (Н. С. Бондарь, Г. А. Гаджиев и др.); система правовых аргументов, интерпретация правовых принципов и норм (В. В. Лазарев и др.); логический вывод из посылок по юридическому делу (Е. А. Николаев и др.) и др.

Обобщивший изложенные идеи Н. А. Власенко считает, что в большинстве случаев правовую позицию суда справедливо связывают с правоприменительным решением и понимают как систему аргументов мотивационного характера при вынесении окончательного решения. По его мнению, ее следует понимать как мыслительный акт, представляющий собой текстовое системное изложение суждений судебной инстанции (судьи) о мотивах целесообразности применения той или иной юридической нормы или норм¹. Соглашаясь с автором, отметим, что правовая позиция образуется благодаря судебной аргументации и интерпретации подлежащей применению нормы права, становясь впоследствии важной частью, ядром судебной доктрины как главного аргумента в пользу избранного итогового метода разрешения рассматриваемого дела. Решение суда может изобиловать разнообразными правовыми позициями, касаясь автономно материально- и процессуально-правовых вопросов, вписываясь тем не менее в цепочку аргументов окончательной оценки фактов при формировании судебной доктрины. Задача и цель правоприменителя — определить из обозначенных позиций те, которые лягут в обоснование избранного и предполагаемого им метода разрешения дела. Добавим, что правовая позиция суда по своей природе более всего близка к правовым подходам, которые выраба-

¹ См.: Власенко Н. А. Указ. соч. С. 113—114.

тываются международными судами, в частности ЕСПЧ, при обосновании своих решений.

Отдельно хотелось бы остановиться на роли разъяснений Верховного Суда РФ, которые в силу Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» даются по вопросам судебной практики в целях обеспечения единообразного применения законодательства Российской Федерации (п. 4 ст. 19). Известно, что судьи нередко в обоснование избранного правового подхода ссылаются на постановление Пленума Верховного Суда РФ, в действительности ставшее важным фактором, направленным на единообразное применение законодательства. Несмотря на отсутствие общего определения понятия судебной практики, под которой имеется в виду прежде всего правоприменительная деятельность судов различных инстанций по рассмотрению и разрешению конкретных дел, постановления Пленума Верховного Суда РФ считаются средством обеспечения ее единообразия¹.

В. В. Момотов сообщает о наметившейся тенденции, когда разъяснения Пленума Верховного Суда РФ не реагируют на судебные ошибки, а упреждают их, заранее представляя судам толкование новых правовых норм². Действительно, постановление Пленума Верховного Суда РФ хотя и не носит обязывающего характера для судей, однако судьи в повседневной работе соблюдают его положения и ссылаются на них в качестве имеющих значение аргументов в обоснование определенных выводов. Между тем изобретенная в недрах советской доктрины права и традиционно продолжающая влиять на позицию судей концепция постановления пленума высшей судебной инстанции не совсем вписывается в правовую систему, основанную на культуре плюралистического общества и требующую особой роли конкретного судьи в создании права.

Г. Кельзен в книге «Чистое учение о праве» подчеркивал, что «суды создают право — как правило, индивидуальное право; но в том порядке, где создан законодательный орган или признается обычай в качестве правотворящего фактического состава, суды применяют уже заранее созданное законом или обычаем общее право. Судебное решение является продолжением, но не началом процесса создания права»³. В. Д. Зорькин вполне обоснованно замечает, что в

¹ См.: Ильютченко Н. В. Авторитет судебной практики в уголовном процессе // Закон. 2018. № 3. С. 113.

² См.: Момотов В. В. Роль судебной практики в правовой системе: российский опыт в мировом контексте // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 5. С. 46.

³ Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб., 2015. С. 316.

странах бывшего социалистического блока традиционно была сильна роль верховных судов общей юрисдикции в поддержании жесткой вертикали судебной системы. Свое воплощение это явление получило, в частности, в издании руководящих разъяснений пленумами или иными высшими органами верховных судов. Во многом это явление сохранило свою силу и в настоящее время. По его мнению, иерархичность судебных систем выражается в неукоснительном следовании нижестоящими судами указаниям вышестоящего и невозможности отступления от них, даже при наличии иной оценки обстоятельств. Другой проблемой В. Д. Зорькин считает то, что из-за этого фактически складывающаяся практика зачастую изменяет смысл, дух закона и изначальный замысел законодателя. Задачу конституционных судов он видит в обеспечении реализации такого изначального замысла законодателя в его конституционно-правовом контексте, и происходить этот процесс может, когда *de facto* сложившаяся правоприменительная практика при определенных условиях может стать предметом анализа Конституционного Суда РФ¹. Думается, что высказанные идеи в отношении разъяснений Пленума Верховного Суда РФ вполне справедливы. В то же время нам представляется, что отечественная правовая система не готова отказаться от дискутируемого правового явления, да и В. Д. Зорькин не призывает к этому, а лишь дает объективную оценку. С развитием права судебная доктрина способна вполне эффективно выполнять ту роль, которая возлагается законодателем на разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, но переход к утверждению нового правового метода должен быть размеренным, когда разъяснения Пленума Верховного Суда РФ будут продолжать играть роль фактора, влияющего на аргументационно-интерпретационную деятельность судьи. Мы не останавливаемся особо на дискутируемой в юридической литературе правовой природе публикуемых Верховным Судом РФ обзоров судебной практики, сущность которых нуждается в дальнейшем уточнении. Отметим только, что указанные обзоры важны для информирования судей всех уровней с точки зрения высказанных в них правовых позиций.

Интерпретацию порой не без основания характеризуют как выдвигаемую гипотезу о значении нормы, добавляя, что концепция систематизации права предлагает теорию для формулирования таких гипотез. Разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, как и другие правовые аргументы, играют ключевую роль в выборе основной и, по мнению судьи, главной гипотезы, которая и ляжет в основание со-

¹ См.: Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика. С. 32.

зданной судебной доктрины. ЕСПЧ, развивая доктрину независимости правосудия и права на справедливое судебное разбирательство, в деле *Salduz v. Turkey*¹ выработал судебную доктрину по вопросу права защищать себя лично или посредством защитника по своему выбору, заключающемуся в праве доступа лица к защитнику с момента первого допроса в полиции в качестве подозреваемого.

В дискуссиях о юридических аргументах часто встречается признанное в правовой сфере стремление к последовательности в правовом регулировании и судебной практике. Актуальность проблемы заключается в том, что правовое регулирование должно идти в ногу со временем, иначе закон может блокировать социальное и особенно технологическое развитие, внедрение инноваций, что может привести к нежелательным результатам. Однако указанный процесс в целом должен осуществляться в условиях правовой стабильности и определенности. Именно в контексте таких разумных ожиданий стороны в судебном разбирательстве надеются, что суд будет проявлять уважение к предыдущим своим решениям и не подвергать их правовое положение различному обращению. Такое же ожидание люди имеют в отношении законодательства, надеясь, что оно будет учитываться избранными ими представителями в процессе законотворчества. Отход от прежних правил без серьезных обоснований можно рассматривать как признак нестабильной, непоследовательной правовой системы. Вместе с тем то же развитие может потребовать неодинакового обращения, и для этого необходимо серьезное обоснование. Суд в таких случаях значительно обременен сложной задачей правовой аргументации отклонения от прежнего подхода в решении рассматриваемого дела. В то же время вопрос последовательности судебной практики непосредственно связан со сложившимися традициями правовых школ, которые развивались параллельно, преодолевая сопровождавшее историю науки противоречие между конкретным и абстрактным.

Общее право предлагало по сравнению с системой континентального права менее развитую правовую доктрину. Преобладающая традиция общей системы опиралась на выводы, сделанные на основе фактов, от дела к делу обогащая подходы, которые были к тому же пронизаны чувством справедливости судей. Континентальная система отличалась заметным стремлением к систематизации и обобщению общих правовых принципов. Различая в своем развитии используемые им методы индукции и дедукции, правоприменитель на современной стадии извлекает преимущества из комбинированного

¹ Постановление от 27 ноября 2009 г. № 36391/02.

применения названных методов мышления. Присущая общему праву доктрина прецедента строилась на основе принципа: аналогичные дела должны решаться одинаково. Это, естественно, эмпирическая правда, что в любой юрисдикции можно наблюдать тенденцию к склонности судей решать схожие дела одинаково. Любой суд, особенно если речь идет о высших судебных инстанциях, выполняя присущие ему функции и главным образом решая вопрос права на основе фактов, наводит мосты между прошлым, настоящим и будущим. Отдавая дань преемственности, не теряя чувства реальности и желания предвидеть перспективы общественного развития, судья, движимый также необходимостью поддержания справедливости, демонстрирует приверженность стабильности и предсказуемости, соответствующим идеям верховенства права. Последовательность в осуществлении правосудия служит повышению его авторитета. В странах общего права суд не связан целым решением, а только правилами и принципами, на которых оно основано. Это то, что называется *ratio decidendi*, т. е. обязательная часть прецедента, содержащая авторитетное утверждение и юридическое обоснование. Уважение к такому пониманию права сохранилось в правовой системе Англии, несмотря на все увеличивающееся количество принятых парламентом законов. Одновременно верно и то, что судьи не используют это право произвольно, поскольку существуют законы, которые они должны применять. Таким образом, судьи в сегодняшней английской правовой системе могут использовать взаимодополняющие преимущества обеих правовых школ.

В континентальной правовой традиции существует четкое разделение между полномочиями законодательной власти по принятию законов и судебной власти, применяющей их. Однако ясно, что законодательный орган не может своевременно реагировать на каждый волнующий общество вопрос, предлагая соответствующую регламентацию. С этим связаны проблемы правовой определенности и точности в правоприменении, а также проявления судебного правотворчества. В контексте континентального права решение видится в ясном методе интерпретации правовых норм и в определенности. Поэтому важнейшим фактором является единообразие интерпретации, что обеспечивает функциональность и эффективность судебной системы. Изложенное означает, что вопрос об обоснованности прецедента в смысле *ratio decidendi* относится к области правового метода. Верховный суд Германии, в частности, относит его к правовому методу, поскольку речь идет о единообразном толковании и развитии права¹. В этом отношении юрисдикция Верховного суда

¹ См.: § 132 Abs. 4GVG.

Германии гарантирует точную степень правовой определенности и равное отношение к одинаковым делам. Кроме того, доктрина последовательности в толковании норм проливает некоторый свет на роль национальных высших судов в их отношениях с наднациональными судебными органами в целом¹. Таким образом, правовая определенность во многом результат единообразного толкования, которое достигается на основе принципа равенства перед законом.

Обсуждаемая нами доктрина последовательности рассматривается в свете правового метода, применяемого на основе предусмотренных Конституцией РФ полномочий судебной власти, но при условии, что применяемые последующие решения не являются формально источником права. Следует подчеркнуть, что принципу равенства отведена традиционная роль в поддержании единообразного толкования и применения права². На наш взгляд, нет противоречия между тем, что судебная власть приобретает легитимность благодаря следованию в своих решениях букве закона, и тем, что в контексте конституционно признанного правопорядка правовая определенность становится требованием для ясности и рациональности в процессе принятия решений. Думается, что доктрине последовательности в интерпретации правовых норм, как и в целом судебной практики, отведена значительная роль, заключающаяся в минимизации различий между правовыми системами. Можно согласиться с обоснованным мнением, что если в англоязычных государствах повысилась роль закона, кодификации, то в континентальной Европе формирование более абстрактных норм вызвало закономерную встречную тенденцию: усиление роли судебного права и судебных органов в процессе юридического регулирования, развитие их индивидуально-правотворческой деятельности³. М. Каппеллетти справедливо отмечал, что европейские конституционные суды по многим своим характеристикам имеют сходство с верховными судами стран общего права, особенно в тех юрисдикциях, где полностью внедрена система судейского контроля. Он также считал, что не все высшие суды европейских стран готовы выполнять в полном объеме правотворческие функции ввиду их громоздкости и чрезвычайной загруженности⁴. Конституционные суды активно вовлечены в осуществление

¹ См.: Müller F., Christensen R. *Juristische Methodik*. Bd. 2. Berlin, 2003. P. 359—415.

² См.: MacCormick N., Bankowski Z. *On Method and Methodology // Interpreting Statutes. A Comparative Study* / ed. N. MacCormick. Aldershot; Brookfield, 1991 (1996). P. 9.

³ См.: Судебная практика в современной правовой системе России / под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. М., 2017. С. 17.

⁴ См.: Cappelletti M. *The Law-Making Power of the Judge and Its limits: A Comparative Analysis // Monash University Law Review*. 1981. Vol. 8. P. 62—64.

правотворческих функций, с уважением относясь к последовательности не только решений, но и вырабатываемых ими правовых позиций. Обязательность правовых позиций конституционных судов для судов давно признана учеными¹.

В Италии Кассационный суд наделен полномочиями по надзору за единообразным применением закона. Указанное положение закона долгое время характеризовалось как концепция «живого права». Решение № 3 от 1956 г. было одним из первых, в котором Конституционный суд Италии подчеркнул, что «Суд, даже если он должен самостоятельно интерпретировать конституционную норму, которая, по его мнению, нарушена, а также правовую норму, которая, как он считает, не соответствует конституционной норме, не может игнорировать существующее судебное толкование, придающее положению законодательства настоящую ценность в правовой жизни». Живое право вытекает из устоявшейся судебной практики, хотя возможны исключения². Современным конституционным судам многих европейских стран присущи элементы кассации. Отчасти такая логика развития конституционного правосудия выглядит вполне естественной. Конституционные суды нуждаются в судах общей юрисдикции, которые непосредственно имплементируют решения первых, и это достаточно важный аргумент. Имплементация требует большей консолидации, тем более сами суды обычной юрисдикции иницируют запросы по вопросам судебной практики. Названные и другие элементы преобразовали кельзенскую модель конституционного правосудия. Конституционные суды, усилив влияние на общее состояние правоприменения, одновременно ослабили воздействие на формирование законодательства. Среди конституционных судов меньше всего к режиму сотрудничества был приспособлен Конституционный совет Франции, однако в последние годы ситуация изменилась. Только неформальный обмен сотрудниками между тремя высшими судами страны способствовал гармонизации процедур и самих решений³.

¹ См.: Лебедев В. М. Практика применения решений Конституционного Суда Российской Федерации судами общей юрисдикции при осуществлении правосудия // Проблемы исполнения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации решений Конституционного Суда Российской Федерации и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации: матер. Всероссийского совещания. М., 2001. С. 49.

² См.: Civitarese S. A European Convergence Towards a Stare Decisis Model? // Revista Digital De Derecho Administrativo. No. 14. Julio-Diciembre de 2015. P. 178.

³ См.: Ginsburg T., Garoupa N. Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences // Arizona Journal of International and Comparative Law. 2011. Vol. 28. No. 3. P. 551, 567.

В предлагаемой модели судебной доктрины, создаваемой путем реализации судьей необходимых при рассмотрении судебных дел естественных функций, последовательность становится важным элементом, обеспечивающим правовую стабильность и правопорядок. Основанием последовательности в следовании судебным доктринам служит авторитет высших судебных инстанций, которые не просто одобряют правовой подход судов обычной юрисдикции при рассмотрении конкретного дела, но и участвуют в окончательном формировании судебной доктрины с точки зрения национального и международного права, предлагая его в качестве современного метода разрешения определенной категории дел. Названные методы, как мы уже отмечали, касаются вопросов как материального, так и процессуального права. Изложенное гарантирует эмпирическое развитие права, обеспечение которого требует от судей особых знаний, особенно в области общих правовых доктрин. Роль Интернета, особенно веб-сайта Верховного Суда РФ, в оптимизации работы судьи постоянно возрастает. Судья путем введения ключевых слов сможет получать готовые и систематически обновляющиеся судебные доктрины, чтобы соотносить их с фактами рассматриваемого дела. От судьи требуется творческое отношение к предлагаемому в лаконично изложенной форме методу решения правового спора. Он свободен в своем выборе, но обязан обосновать, что критерии рассматриваемого дела иные и он, по существу, избирает путь формирования абсолютно нового метода либо отличающегося от предложенных. Учитывая обычно большую загруженность судей делами, предлагаемая концепция будет важным вкладом в осуществление правосудия в разумные сроки. Судьи будут стремиться на основе фактов, общих доктрин и уже предлагаемых судебных доктрин формулировать новые либо применять испытанные временем. Достижение общей определенности в функционировании правовой системы преобразует судебную доктрину в важный инструмент своевременного реагирования на социальные изменения. Эволюция права свидетельствует о постоянном развитии общественного сознания и его воздействии на модернизацию правовой системы. Право, изменяясь и развиваясь, систематически указывает, что эффективность даже самой совершенной судебной доктрины связана с постоянным повышением профессионального и мировоззренческого уровня судей. Они не только должны быть готовы к необходимым изменениям, касающимся правовых явлений, но и должны уметь корректировать и расширять понимание методологических и формальных аспектов правоприменения.

§ 2. Конституционная модель развития судебных доктрин в современном мире

1.1. Понятие «судебная доктрина» относится к числу малоизученных не только в русскоязычной юридической литературе: во всемирно известном юридическом словаре «Black's Law Dictionary» есть статьи о судебной дискреции, судебном решении, судебных ошибках, но нет статьи о *judicial doctrines*, хотя есть рубрики, посвященные отдельным примерам таких доктрин. Впрочем, в науке США это понятие достаточно популярно и имеется целый ряд публикаций о судебных доктринах. Так, в конституционно-правовых исследованиях дано определение этого феномена: «...правило, выработанное на основе прежних дел, в каком-то смысле получающее самостоятельную жизнь и применяемое в последующих делах без учета того фактического контекста, в котором оно изначально появилось». Были определены и предпосылки этого явления: поскольку «конституционные принципы часто сформулированы на высоком уровне обобщенности — столь высоком, что прямое их применение обычно затруднительно... они выполняют роль промежуточных установлений, которые применяются к конкретным ситуациям для разрешения реальных дел»¹. Как видно, эта дефиниция позволяет разграничить понятие «судебная доктрина» и смежное с ним понятие «правовая позиция», которая может существовать и находить применение лишь с учетом фактических обстоятельств конкретного дела.

В исследованиях отраслевых была выстроена система этих доктрин, особенно востребованных в налоговом праве: доктрины «деловой цели», «приоритета содержания над формой», «фиктивной сделки» и др.²

В отечественной литературе проблематика судебного правотворчества, правовых позиций судов, обеспечения единообразия судебной практики, сопредельная проблеме судебных доктрин, разрабатывалась в работах Н. С. Бондаря, В. Д. Зорькина, Н. А. Власенко, П. А. Гука, В. В. Лазарева, Х. И. Гаджиева, Т. Я. Хабриевой, С. В. Напалкова и др. Как пишет профессор Х. И. Гаджиев, судебная доктрина представляет собой «подтвержденный авторитетом судебной власти испытанный подход к решению конкретных судебных дел в контексте достижений правовой науки и судебной практики, временно направленный на их развитие». Такая доктрина оформля-

ется решением вышестоящего — Конституционного или Верховного — суда, который окончательно в завершающей манере одобряет и формулирует ее или может отвергнуть как необоснованную. В обоих случаях решение путем всеобщего опубликования преобразуется в рекомендуемый образец, метод решения дела. Таким образом, высшие суды страны подчеркивают свою роль в качестве самостоятельной ветви власти, поддерживая демократический диалог со всеми ветвями власти, что важно с точки зрения юридической безопасности¹. Как видно, это определение содержательно перекликается с тем, что дано американскими коллегами.

Также доктрины Конституционного Суда и иных высших судов в сфере налогообложения последовательно изучались в работах Д. В. Тютина, а также А. А. Рябова и Е. В. Тарибо.

1.2. Напомним теперь об эпизоде, когда Конституционный Суд РФ, разрешая, казалось бы, рядовое дело о проверке конституционности закона, превратился в дискуссионную площадку, на которой, по существу, официально разрешался и вопрос о двух разновидностях (типах) правопонимания. В постановлении Конституционного Суда РФ по делу о проверке ряда норм Арбитражного процессуального кодекса РФ в связи с жалобами ряда организаций было высказано суждение о том, что «в российской судебной системе толкование закона высшими судебными органами оказывает существенное воздействие на формирование судебной практики. По общему правилу, оно фактически — исходя из полномочий вышестоящих судебных инстанций по отмене и изменению судебных актов — является обязательным для нижестоящих судов на будущее время»². Только в такой правовой среде и возможно говорить о реальном влиянии судебных доктрин на общественные отношения.

Вскоре после принятия этого постановления на Сенатских чтениях прозвучала «Речь о прецеденте» А. А. Иванова, в которой он предложил различать два способа влияния судебных актов на социальные отношения. «Первый состоит в том, что судебные решения влияют только на то правоотношение, по поводу которого они состоялись. Судебные акты в таком узком понимании — это индиви-

¹ См.: Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения // Журнал российского права. 2019. № 6.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Производственное объединение «Берег», открытых акционерных обществ «Карболит», «Завод «Микропровод» и «Научно-производственное предприятие «Респиратор»». Здесь и далее судебные решения приводятся по СПС «КонсультантПлюс».

¹ Denning B. P. and Kent M. B. Judicial Doctrine as Risk Regulation // Tennessee Law Review. 2015. Vol. 82. No. 2.

² См.: Schneider D. M. Use of Judicial Doctrines in Federal Tax Cases Decided by Trial Courts, 1993—2006: A Quantitative Assessment // 57. Clev. St. L. Rev. 35 (2009).

дуально-правовые (ненормативные) акты. Данной доктрине в значительной мере соответствует континентально-правовой подход. Хотя сразу же следует оговориться, что высшие суды многих стран континентальной правовой семьи весьма близки к созданию прецедентов...»; «второй способ влияния судебных актов на социальные отношения предполагает более широкое и многообразное воздействие, чем просто решение конкретного дела. Это влияние касается и таких общественных отношений, которые не были предметом судебного разбирательства, а возможно, никогда и не будут предметом такого разбирательства. Данный подход более соответствует англосаксонской системе права, но не только ей...»¹.

В то же время, как отмечалось учеными, немедленная реализация «прецедентной революции» в России невозможна. В. Д. Зорькин объяснил возникшие сложности прежде всего когнитивными причинами: «...различия между этими системами права не только глубоко формальные. Эти различия отражаются в специфике мышления юристов — от законодателя до правоохранителя и от адвоката до прокурора. Эти различия требуют предварительного создания (и организации сложных систем использования) прецедентных доказательных баз. Эти различия требуют принципиально иной организации всего юридического процесса — от разработки законов до их повсеместного применения. И эти различия требуют немалого времени»².

С точки зрения метафизической юриспруденции — юриспруденции понятий понятие «судебная доктрина» отграничивается от смежных теоретико-правовых понятий «прецедент», «сложившаяся правоприменительная практика», «правовая позиция», о чем сказано выше. Но сегодня уже не отрицается, что судебные доктрины, как и правовые позиции высших судов, являются реально существующим феноменом, зафиксированным в теории и онтологии права. Сам Конституционный Суд прямо признал этот факт, в одном из своих постановлений указав, что «опыт государств, имеющих многолетнюю практику противодействия уклонению от уплаты налогов», демонстрирует «особую роль судебных доктрин» в этом процессе³.

¹ Иванов А. А. Речь о прецеденте // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2.

² Зорькин В. Д. Экономика и право: новый контекст // Российская газета. 2014. Федеральный выпуск № 113 (6385).

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 г. № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу “ОАО «Нефтяная компания “ЮКОС” против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации».

Однако общее состояние российской государственности, довольно слабое влияние судов на процессы регулирования общественных отношений, на действия других структур власти свидетельствуют о том, что эти механизмы недостаточны, они нуждаются в оптимизации, развитии, более полном и эффективном использовании. В связи с этим представляется необходимым вырабатывать доктринальные подходы российской науки как к возможному развитию юридического источниковедения (включая признание источником права судебных доктрин), так и к оптимальному содержанию этих доктрин в отдельных отраслях права. В социологической и экономической литературе, более того, говорят о необходимости, как писал Р. Паунд, «командной игры с другими социальными науками»¹.

Судебные доктрины обладают свойствами, характерными для глубоко научных доктрин, что объясняет двустороннее движение между юриспруденцией как наукой и практической юриспруденцией. Н. С. Бондарь считает, что Конституционный Суд РФ может рассматриваться и как весьма специфическая (организованная на государственно-властных началах) научно-исследовательская лаборатория, которая тесно соотносится с научным сообществом через доктринальные идеи по актуальным проблемам конституционного права России. Деятельность его «необходимо связана с экспертно-аналитической оценкой как проверяемых норм права, так и состояния и динамики развития правовой системы в целом», что «позволяет охарактеризовать Конституционный Суд как своеобразное порождение и генератор доктринальной энергии науки конституционного права»².

И наоборот, участие юридической науки в появлении судебных доктрин очень точно описывает А. Корбин: «...самую важную роль в развитии нашей правовой системы играли судьи. Роль, которую играли присяжные, адвокаты и законодатели, также не следует недооценивать. Равно как и роль профессоров. Профессора выполняют нужную работу, и, возможно, ее значение продолжает расти. ...Мы слепни, кусающие судей, побуждая их совершенствоваться. Если необходимо, мы сами делаем обобщения и критикуем обобщения, которые делают судьи, обосновывая свои решения. Но судьи принимают решения. Профессора решений не принимают. Если профессора начинают свысока смотреть на работу судей, зачастую это ошибочное высокомерие. Это беспечная и, возможно, глупая надменность.

¹ Цит. по: Калабреззи Г. Будущее права и экономики. Очерки о реформе и размышления / пер. с англ. И. В. Кушнарева; под науч. ред. М. И. Одинцовой. М., 2016. С. 27.

² Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011.

За нами последнее слово в наших юридических журналах и учебных аудиториях. Мы сильны задним умом. Мы лишь наблюдаем за жизненно важной работой других людей, и мы не несем груза ответственности за жизнь и богатство клиентов, в отличие от практикующих юристов и судей»¹. Трудно лучше описать аналитическую и критическую функцию юридической науки, ее значение для доктринального оформления судебной доктрины.

2.1. В последние годы все активнее формируется судебная доктрина добросовестности. В ряде решений КС РФ провозглашено, что принцип добросовестности является конституционным принципом². Мы разделяем мнение о том, что он находит применение и в публичном (в частности, административном) праве³, но особо важное значение этот принцип имеет для частного права, доказательством чего служит закрепление его в п. 3 ст. 1 ГК РФ в качестве «царствующего принципа».

Как отмечали К. Цвайгерт и Х. Кётц, «хотя западный мир привержен принципу свободы договоров, все правопорядки признают недействительным договор, если он противоречит законам, или добрым нравам, или публичному порядку. Нормы, согласно которым договор признается недействительным по вышеназванным причинам, в основном везде одинаковы, независимо от того, являются ли они нормами писаных законов или неписаными нормами прецедентной правовой системы... Повсеместно судебная практика стремится свести понятие добрых нравов, или публичного порядка, к наглядным принципам, выделить его в особую группу прецедентов, разработать специальные критерии для определения этого понятия, чтобы максимально избежать неконкретного и иррационального в его содержании, что неизбежно присуще любой общей оговорке»⁴.

Поэтому судебная доктрина добросовестности существует практически во всех странах мира, что будет показано далее на конкретных примерах. При этом в каждой стране на вопрос о том, что собой представляет критерий добросовестности, суды отвечают по-разно-

му, так как, согласно свойству идентичности¹, национальные представления о добрых нравах находятся в контексте исторически сложившихся традиций, «культурного кода».

Однако целесообразность, рациональность, практичность новой интерпретации и являются причиной появления судебной доктрины. В большинстве случаев вновь найденное решение по своему внутреннему содержанию есть акт оптимизации при коллизии равноценных правовых принципов в споре между субъектами, являющимися носителями равноценных, но противоположных интересов. Новые правила и принципы, обнаруженные судом в процессе разрешения дела, — независимо от того, являются ли они политическими, экономическими или сугубо юридическими, — всегда представляют собой результат балансирования интересов. Этот результат нормативно предопределяется и ч. 3 ст. 17 Конституции РФ о том, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.

Равноценность интересов, отсутствие между ними заранее установленной иерархии предполагают, что решаемая судом (или другим органом) задача по оптимизации является не только актом волеизъявления, но и актом творческого юридического мышления. Как писал А. Корбин, надежда на человеческое счастье и благополучие станет сильнее, если мы осознаем наши ограничения, если перестанем искать абсолюта, если признаемся, что есть только относительная и человеческая справедливость, и возведем наш храм мира на фундаменте, прочность которого обеспечит искусный баланс интересов, обусловленный тщательным и полным изучением человеческого опыта².

2.2. Показательна история появления в российской правовой системе судебной доктрины необоснованной налоговой выгоды в результате принятия Конституционным Судом РФ определения³ по ходатайству МНС России о разъяснении постановления Конституционного Суда РФ от 12 октября 1998 г. по делу о проверке консти-

¹ Цит. по: *Калабреззи Г.* Указ. соч. С. 295—296.

² См., например, постановление Конституционного Суда РФ от 13 февраля 2018 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ»».

³ См.: *Шайо А.* Злоупотребление основными правами, или Парадоксы преднамеренности / пер. с англ. *Д. Сичинавы* // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2.

⁴ *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. М., 1998. С. 79—80.

¹ См., например: *Гаджиев Г. А.* О судебной доктрине конституционной идентичности // Судья. 2017. № 12; *Блохин П. Д.* Судебная доктрина конституционной идентичности: генезис, проблемы, перспективы // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 6.

² См.: *Калабреззи Г.* Указ. соч.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 г. № 138-О «По ходатайству Министерства Российской Федерации по налогам и сборам о разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 12 октября 1998 года по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»».

туционности п. 3 ст. 11 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации».

В ходатайстве заявителя указывалось, что при применении названного постановления возникает вопрос о том, может ли налог считаться уплаченным, если его сумма реально не перечисляется в бюджет из-за фактического отсутствия денежных средств на расчетном счете налогоплательщика — юридического лица, а также из-за отсутствия денежных средств на корреспондентском счете банка, но при формальном зачислении ее банком на счета налогоплательщика (в том числе с использованием так называемых вексельных схем, осуществляемых, как правило, «проблемными» банками).

По мнению заявителя, отсутствие в постановлении указания на неправомерность признания налога уплаченным в рассматриваемой ситуации допускает злоупотребления со стороны банков и налогоплательщиков, поскольку позволяет уклоняться от уплаты налогов путем формального перечисления платежей через неплатежеспособные банки.

Конституционный Суд РФ определил, что по смыслу положения, содержащегося в п. 7 ст. 3 НК РФ, в сфере налоговых отношений действует презумпция добросовестности налогоплательщиков. Исходя из этой презумпции, в п. 3 мотивировочной части постановления специально подчеркивается, что конституционные гарантии частной собственности нарушаются повторным списанием налогов в бюджет с расчетного счета только добросовестного налогоплательщика. Следовательно, на недобросовестных налогоплательщиков не распространяются те выводы, которые содержатся в его мотивировочной и резолютивной части, и принудительное взыскание в установленном законом порядке с недобросовестных налогоплательщиков не поступивших в бюджет налогов не нарушает конституционные гарантии права частной собственности.

Арбитражные суды приняли несколько тысяч решений со ссылкой на это «нормозамещающее» определение Конституционного Суда РФ еще до появления постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ о необоснованной налоговой выгоде¹, на которое, в свою очередь, только в 2019 г. суды указали в своих актах более 3700 раз. Впоследствии в НК РФ появилось правовое регулирование необоснованной налоговой выгоды — соответствующие положения ст. 54¹ НК РФ, установившие пределы осуществления прав

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды».

по исчислению налоговой базы и (или) суммы налога, сбора, страховых взносов. Это пример такого известного науке явления, как «кодификация судебных доктрин» в сфере налогообложения¹. Введение в НК РФ этого положения подтверждает, «что ранее имел место законодательный пробел, восполненный Постановлением № 53. В отсутствие федерального закона его положения заменили, по существу, законодательные нормы»². Итак, судебная доктрина необоснованной налоговой выгоды являлась, выражаясь в терминах философии права, онтологическим нормативным фактом, ее принципы лежали в основе принимаемых многочисленных судебных решений.

3. Формулировка темы настоящей главы побуждает нас рассмотреть феномен судебных доктрин более детально в двух его конкретных измерениях — временном и пространственном. Как будет показано, во-первых, формирование судебной доктрины — это продолжающийся процесс, не исчерпывающийся моментом принятия судебного решения по конкретному делу³; во-вторых, сформированная в рамках одной правовой системы судебная доктрина часто заимствуется или создается совершенно независимо судами другой⁴. Полагаем, что проиллюстрировать обе указанные закономерности возможно на примере совершения незаконных действий сотрудником (должностным лицом) от имени организации (государственного органа) в отношении иного лица, действующего осмотрительно и добросовестно.

Как указывал Ж. Ведель в фундаментальном труде «Административное право Франции», одним из оснований для оспаривания правового акта выступает так называемая узурпация власти, когда этот акт, намеренно совершенный не уполномоченным на то чиновником, признается несуществующим (ничтожным). Однако из этого общего правила существует важное в практическом плане исключение, получившее наименование доктрины фактических служащих (*théorie des fonctionnaires de fait*). Одно из обоснований этой теории — потребность в «защите третьих лиц, которые, добросовестно заблуждаясь, могли предполагать наличие у узурпатора присвоенных им полномочий»⁵.

¹ См.: *Schneider D. M.* Op. cit.

² *Зарунов В. М.* Можно ли оспаривать постановления пленумов высших судов? // Закон. 2020. № 1. С. 135.

³ Подробное обоснование тезиса см.: *Denning B. P. and Kent M. B.* Op. cit.

⁴ См., например, определение Конституционного Суда РФ от 4 июля 2017 г. № 1440-О, где подробно анализируется широко известная в зарубежном праве «доктрина деловой цели».

⁵ *Ведель Ж.* Административное право Франции / пер. с фр. *Л. М. Энтина*; под ред. *М. А. Крутоголова*. М., 1973. С. 364.

Как отмечает ученый и вслед за ним другие авторы, впервые эта доктрина была сформулирована в области гражданского права Кассационным судом Франции еще в 1883 г. в решении по делу, известному как «дело о свадьбах в Монруже». Суть его сводилась к тому, что мэр Монружа делегировал функции по регистрации браков в помещении городской ратуши муниципальному советнику, который не мог быть на это уполномочен. Нижестоящий суд по требованию прокурора аннулировал эти браки, однако палата по гражданским делам суда кассационной инстанции признала их действительными¹.

В дальнейшем эта же, по существу, идея была воспринята и Государственным советом, в частности, в деле Ассоциации служащих Центрального управления почты и телеграфа в 1923 г. На этот раз рядом должностных лиц оспаривались решения, принятые комиссией с участием служащего, назначение которого на должность впоследствии было признано незаконным. Высший административный суд Франции указал: до тех пор, пока назначение не отменено, должностное лицо государственного органа, даже если оно назначено незаконно, обоснованно выполняло действия, вытекающие из его функции. Согласно одному исследователю, эта позиция отражает «общую идею доверия», которым должна сопровождаться деятельность публичной власти, и может быть резюмирована словами «несправедливость лучше беспорядка»².

По всей видимости, совсем недавно эта доктрина получила новое преломление при рассмотрении Государственным советом в 2018 г. дела о статусе писем генерала де Голля. В основе его лежал спор между государством и частным музеем о том, следует ли относить к публичным архивам 313 телеграмм, направленных де Голлем в 1940—1942 гг. в адрес представителей «Свободной Франции». Суд счел, что это движение, руководителем которого был генерал, выражало собой «национальный суверенитет» и «сохранение преемственности» Республики, а следовательно, все документы, исходящие от его лидеров, рассматриваются как публичные. Не отменяет этого и тот факт, что государство несет ответственность за действия Правительства режима Виши под руководством маршала Петена, представлявшего в этот период «фактическую власть» (*autorité de fait*) в стране и потому также являвшегося носителем публичных документов³. По сме-

¹ См.: *Deroussin D.* L'apparence, le juge et la doctrine après 1804: manifestations et fondements. URL: <https://books.openedition.org/putc/276>.

² *Ghezou B.* Le renouvellement du contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. Droit. Université Bourgogne Franche-Comté, 2017.

³ См.: Conseil d'État, Assemblée, 13/04/2018, 410939, Publié au recueil Lebon. Ср. с этим утверждением: «Даже в условном юридическом смысле России незачем навлекать на

лему мнению комментаторов, это решение обозначило «распространение теории фактических служащих на все институты французского государства»¹.

3.1. Как отметил Р. Кросс в выдающемся труде «Прецедент в английском праве», хорошей иллюстрацией «необходимости интерпретации *ratio decidendi* прецедента в свете самых ранних и последующих решений по аналогичным делам» служат дела *Barwick v. English Joint Stock Bank* 1886 г. и *Lloyd v. Grace and Co.* 1912 г. В первом из этих решений Казначейская палата постановила, что «хозяин отвечает за любые неправильные действия своего работника либо агента, допущенные ими во время работы и к выгоде хозяина, даже если не было доказано, что они совершены по его указанию или с его ведома». Во втором деле Палата лордов расширила действие прецедента — «наниматель несет ответственность за обманные действия, совершенные служащим в период работы по найму», — тем самым не придав правового значения тому, кто получает выгоду из незаконных действий².

Как было впоследствии отмечено в литературе, указанные судебные решения послужили основой для формирования английской доктрины субсидиарной, или «замещающей», ответственности (*vicarious liability*), в рамках которой принципал несет ответственность за вред, причиненный мошенническими действиями своего агента в рамках осуществления им трудовой функции (*in the course of employment*)³.

Указанная доктрина была положена в основу решения будущего Верховного суда Соединенного Королевства по делу *Dubai Aluminium Company Limited v. Salaam*, принятого в 2002 г. В данном деле стоял вопрос о том, может ли фирма Amhurst нести ответственность за убытки, причиненные Dubai Aluminium в результате мошеннических действий, совершенных партнером указанной фирмы в интересах третьих лиц путем составления им фиктивного соглашения. В своем решении лорд-судья отметил прежде всего, что ни сам мошенник, ни его партнеры по фирме Amhurst не получили финансовой выгоды

свою государственную личность вину в советских репрессиях и замешать собою государство победоносного и павшего затем социализма» (мнение К. В. Арановского к постановлению Конституционного Суда РФ от 10 декабря 2019 г. № 39-П).

¹ *Rassafi-Guibal H.* Une histoire de France par le Conseil d'État. À propos de la qualification d'archives publiques des télégrammes du Général de Gaulle. URL: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/08/10/une-histoire-de-france-par-le-conseil-detat-a-propos-de-la-qualification-darchives-publiques-des-telegrammes-du-general-de-gaulle>.

² См.: Кросс Р. Прецедент в английском праве / под общ. ред. Ф. М. Решетникова; предисл. Ф. М. Решетникова, Т. В. Апаровой. М., 1985. С. 61—63.

³ См.: *Murphy J.* Street on Torts. Oxford, 2007. С. 613—614.

из этого сговора; очевидно также, что он не был уполномочен всеми партнерами на совершение таких противоправных действий. В связи с этим «противоправное поведение должно быть так тесно связано с действиями, на которые партнер или работник уполномочен, что для целей субсидиарной ответственности фирмы или работодателя перед иным лицом противоправное поведение должно разумно и справедливо рассматриваться как находящееся в рамках деловой практики или трудовой функции»¹. В данном деле суд признал наличие достаточных оснований для такой ответственности.

В решении по делу *J. J. Coughlan Ltd v. Ruparelia and others*, где солиситор предложил истцу инвестиционное соглашение, содержащее заведомо для сторон ложные утверждения и обещавшее «невероятную» прибыль в размере 6000% годовых, суд, напротив, счел, что оснований для субсидиарной ответственности ответчика не имеется, так как даже если истец считал, что такое поведение солиситора входит в «обычную деловую практику», то с объективной точки зрения это было явно не так². В этом деле, как и во многих последующих, суды широко процитировали приведенные выше прецеденты.

3.2. Наконец, российский Конституционный Суд в 2015 г. принял постановление относительно п. 1 ст. 836 ГК РФ в связи с жалобами ряда граждан³, в котором сформулировал правовую позицию, заметно обогащающую доктрину добросовестности. Он указал: «...если из обстоятельств дела следует, что договор банковского вклада, одной из сторон которого является гражданин, был заключен от имени банка неуполномоченным лицом, необходимо учитывать, что для гражданина, проявляющего при заключении договора необходимые разумность и добросовестность, соответствующее полномочие представителя может явствовать из обстановки, в которой он действует... Например, когда договор оформляется в кабинете руководителя подразделения банка, то у гражданина имеются основания полагать, что лицо, заключающее этот договор от имени банка, наделено соответствующими полномочиями. Подобная ситуация имеет место и в случае, когда договор банковского вклада заключается уполномоченным работником банка, но вопреки интересам своего работодателя, т. е. без зачисления на счет по вкладу поступившей от гражданина-вкладчика денежной суммы...».

¹ *Dubai Aluminium Co. Ltd v. Salaam* [2002] UKHL 48.

² См.: *J. J. Coughlan Ltd v. Ruparelia & Ors* [2003] EWCA Civ 1057.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 октября 2015 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 836 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И. С. Билера, П. А. Гурьянова, Н. А. Гурьяновой, С. И. Каминской, А. М. Савенкова, Л. И. Савенковой и И. П. Степанюгиной».

С одной стороны, наличные средства у клиентов принимало лицо, располагавшееся в офисе банка, выдавая о том соответствующие документы; с другой стороны, это лицо не имело законных оснований принимать деньги, а такие документы не отвечали установленным требованиям. Поскольку средства на счете в банке не отражались, клиентам отказывалось в возврате их вкладов и процентов по ним. Можно утверждать, таким образом, что Конституционный Суд РФ в целях защиты добросовестных клиентов выработал своего рода «доктрину фактических служащих», синтезировав ее с «теорией замещающей ответственности».

В последующей судебной практике сформулированный Конституционным Судом РФ подход получил содержательное наполнение в свете обстоятельств конкретных дел. Так, в подтверждение отсутствия со стороны клиента банка разумной добросовестности и осмотрительности указывалось: «Б. при заключении договора вклада с Г. не потребовал доказательств того, что Г., заключая договор банковского вклада с завышенной процентной ставкой, наделена банком соответствующими полномочиями», причем «денежные средства у истца были приняты не кассиром банка в кассе, а единолично директором дополнительного офиса в своем рабочем кабинете, не отвечающем требованиям...»¹; «документов, в тексте которых отражен факт внесения денежных средств, истцом представлено не было», «представленная истцом выписка сама по себе не является... доказательством, с бесспорностью свидетельствующим о внесении Б. денежных средств на счет»²; «Б. длительное время являлся клиентом банка, имел вклады, совершал различные финансовые операции, соответственно не мог не знать об установленном порядке оформления и документирования операций, в том числе порядке открытия счета вклада», а также «осуществлял вход в личный кабинет... соответственно он не мог не знать, что данные операции не отражались в данной системе»³.

Представляется, что в основе рассмотренных здесь трех доктрин, невзирая на их различия, лежат общие теоретико-правовые и экономико-правовые соображения.

Их происхождение относится, видимо, к самой идее юридического лица: согласно И. Покровскому, хотя «до самого конца римское право остается на той точке зрения, что за деликты своих предста-

¹ Определение Краснодарского краевого суда от 5 мая 2016 г. № 4Г-2745/2016.

² Апелляционное определение Московского городского суда от 14 августа 2017 г. по делу № 33-31872/2017.

³ Апелляционное определение Самарского областного суда от 18 апреля 2018 г. по делу № 33-4532/2018.

вителей община не отвечает», но все же «в конце республики — в начале империи в качестве юридических лиц были признаны муниципии и частные корпорации», в результате чего «самые разнообразные социальные образования могли быть введены в нормальную жизнь гражданского общества»¹. С практической же точки зрения они лишь развивают «принцип предотвращения ущерба с наименьшими затратами» (the cheapest cost avoider principle), сформулированный Г. Калабрези: когда обе стороны могли бы принять меры предосторожности для предотвращения или минимизации вреда, это бремя следует возложить на ту из них, которая находится для этого в лучшем положении².

В своем постановлении Конституционный Суд РФ «приписывает» вредоносные действия некоторого лица (de facto служащего кредитной организации) в отношении клиента самой этой организации. При этом бремя негативных последствий должен нести именно банк, «не осуществивший должный контроль за действиями своих работников или наделивший полномочиями лицо, которое воспользовалось положением работника банка в личных целях, без надлежащей проверки»³. Такая же мысль лежала и в основе упомянутого решения Государственного совета Франции: у действующих добросовестно третьих лиц обычно нет возможности узнать о законности назначения служащего или о правовых пределах его компетенции; «тяжущиеся не знают своих судей, граждане не знают своих полицейских и т. д.»⁴.

§ 3. К вопросу о международно-правовой модели судебной доктрины

Использование судебных средств в форме третейского разбирательства для урегулирования международных споров зафиксировано в исторических источниках еще в древние времена, а также в Средневековье⁵. Однако сколько-нибудь значимых специальных правил организации и проведения международных третейских разбирательств не было сформулировано. Соответственно, историю зарождения первоначальных прообразов международного правосудия принято

отсчитывать с конца XVIII в. Исторически первой моделью международного правосудия с этой точки зрения можно рассматривать международный арбитраж по договору 1794 г. между Великобританией и США. Арбитражное решение 1872 г. по делу судна «Алабама» стало началом реализации идеи международного межгосударственного арбитража в международных отношениях и ее закрепления в международном договоре между государствами¹. По решению Гаагской мирной конференции 1899 г. была создана Постоянная палата третейского суда (ППТС) в качестве постоянно действующего арбитражного суда². В отличие от предыдущего прецедента ППТС учреждалась на основе многосторонней конвенции, но сохраняла все особенности третейского разбирательства. Тем самым эту процедуру третейского разбирательства также можно отнести к одной из разновидностей первой модели.

Первый постоянный международный судебный орган — Постоянную палату международного правосудия (ППМП) можно признать второй моделью международного правосудия. Она была учреждена уже в XX в. после завершения Первой мировой войны как судебный орган Лиги Наций. С учетом того, что саму Лигу Наций можно рассматривать как первый опыт институционализации системы международной безопасности на универсальном уровне, включение в эту систему отдельного постоянно действующего органа, наделенного судебными функциями, соответствовало складывавшейся со времен проведения Гаагских мирных конференций 1899 и 1907 гг. философии международной безопасности, включавшей в основные инструменты ее обеспечения наряду с иными мирными средствами международные судебные органы³. Вместе с тем

¹ Термин «модель» широко применяется в научных исследованиях, в том числе правовых. Не ставя задачи подробного анализа различных институтов международного правосудия и их институционных и правовых особенностей, в данной работе категория «модель международного правосудия» вводится для демонстрации исторической эволюции механизмов международного судебного разбирательства. Этот подход позволяет выделить наиболее важные характеристики международно-правового статуса различных исторических форм международных судебных органов.

² ППТС учреждена на основе Конвенции о мирном решении международных столкновений 1899 г., текст см.: 100-летие инициативы России: от Первой конференции мира 1899 г. к Третьей конференции мира 1999 г.: сб. матер. / сост. и науч. ред. В. С. Иваненко; предисл. С. А. Малинина и В. С. Иваненко. СПб., 1999. С. 53—67. На 2-й Гаагской конференции мира 1907 г. данная Конвенция была подтверждена и усовершенствована, тем самым была сохранена возможность урегулирования международных споров путем третейского разбирательства, учреждаемого на многосторонней основе.

³ Однако нельзя не отметить, что в Гаагской конвенции о мирном решении международных столкновений упоминалась твердая воля государств-участников со-

¹ Покровский И. А. История римского права, 2004. Доступ из СПС «Консультант-Плюс». Серия: Классика российской цивилистики.

² См.: Calabresi G. The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven, 1970.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 октября 2015 г. № 28-П.

⁴ Цит. по: Ghezzi B. Op. cit.

⁵ См.: Камаровский Л. А. О международном суде. М., 2007. С. 84—100; Институты международного правосудия: учеб. пособие / под ред. В. Л. Толстых. М., 2014. С. 51—121; Толстых В. Л. Международные суды и их практика: учеб. пособие. М., 2015. С. 121—180.

сама ППМП в соответствии с положениями Статута Лиги Наций и своего Статута склонялась больше к рассмотрению споров юридического характера¹.

После окончания Второй мировой войны эта модель международного правосудия получила развитие в Международном Суде ООН, ставшем основным судебным органом данной универсальной международной организации безопасности². Наряду с Международным Судом ООН в XX в. было создано несколько судебных органов универсального характера, в той или иной степени ассо-

действовать сохранению всеобщего мира и убеждение в том, что учреждение среди независимых государств постоянного, всем доступного третейского суда может служить действительным средством для достижения этой цели. Они сознавали преимущества единообразной и правильной организации третейского судопроизводства и разделяли мысль о том, что необходимо закрепить международным соглашением начала права и справедливости, на коих зиждется безопасность государств и преуспевание народов. В Статуте Лиги Наций государства-члены согласились для развития сотрудничества между народами и для гарантии их мира и безопасности принять некоторые обязательства не прибегать к войне. Эта повинчатость в отношении *jus ad bellum* явилась миной замедленного действия, приведшей к краху самой Лиги Наций. Вместе с тем в положениях Статута Лиги Наций основным средством разрешения международных споров, способных вызвать войну между государствами (могущих повлечь за собой разрыв отношений между ними), признавались переговоры, а также либо третейское разбирательство, либо рассмотрение Советом Лиги Наций. Они согласились не прибегать к войне до истечения трехмесячного срока после решения третейских судей или доклада Совета. На дополняющий характер ППМП указывает ст. 1 ее Статута, где предусматривалось, что этот суд является дополнением к Арбитражному суду, организованному в соответствии с Гаагскими конвенциями 1899 и 1907 гг. (ППТС), и к специальным арбитражным трибуналам, в которые государства всегда могут передавать свои споры для урегулирования. Хотя развитие международного правосудия не пошло по траектории, заданной Лигой Наций, в дальнейшем международные судебные органы лишь в исключительных случаях обращались к политическим вопросам (применения силы или угрозы силой).

¹ В Лиге Наций в 1927 г. был создан еще один вид международного судебного органа — Административный трибунал, который имел весьма специализированный характер. Он был призван разрешать споры между самой международной организацией и ее персоналом, что было необходимо для обеспечения ее функционирования и поддержания международного характера персонала. В 1946 г. данный судебный орган был передан Международной организации труда (МОТ) и получил соответствующее наименование — Административный трибунал МОТ.

² В 1949 г. в ООН был учрежден Административный трибунал ООН, в 2009 г. произошла реформа этого органа. Была создана двухинстанционная система рассмотрения трудовых споров персонала: Трибунал по спорам ООН и Апелляционный трибунал ООН. В настоящее время в мире насчитывается более 40 международных административных трибуналов, функционирующих в рамках различных международных межправительственных организаций (универсальных, региональных и т. д.). См.: *Бекяшев Д. К.* Новая система рассмотрения трудовых споров в ООН. URL: <https://base.garant.ru/57516816>.

цированных с данной международной организацией, предметная юрисдикция которых имеет специальный характер¹. К такого рода международным судебным органам относится Международный трибунал по морскому праву, учрежденный на основе Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., а также международные уголовные трибуналы, которые можно отнести к третьей модели международного правосудия. Их возникновение обусловлено коренными изменениями в международной обстановке после окончания Второй мировой войны, оказавшими влияние на международное правосознание². Тем самым в международном праве был установлен принцип индивидуальной международной уголовной ответственности за совершение международных преступлений особо тяжкого характера, что позволило преодолеть длившуюся около столетия дискуссию о возможности криминализации международных уголовных преступлений.

В конце XX столетия Совет Безопасности ООН учредил еще два международных уголовных трибунала — Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 г. (сокращенно — Международный трибунал для бывшей Югославии, МТБЮ), и Международный уголовный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 янва-

¹ Близко к судебным органам примыкает учрежденный на основе Марракешского соглашения о Всемирной торговой организации (ВТО) Орган по рассмотрению споров ВТО, который иногда называют квазисудебным органом.

² Первой попыткой реализации идеи индивидуальной уголовной ответственности за международные преступления следует признать включение в Версальский мирный договор 1919 г. ст. 227, в положениях которой бывшему германскому императору Вильгельму II предъявлялось обвинение в преступлении против международной морали и содержалось требование о предании его суду как военного преступника. Но королева Вильгельмина (королева Нидерландов) отказалась выполнить требования союзников о выдаче бывшего немецкого императора. А из 896 немецких солдат и офицеров осуждено было только шесть человек. Попытка оказалась явно неудачной. См.: *Полторак А. И., Савинский Л. И.* Вооруженные конфликты и международное право. М., 1976. С. 366—367; *Арибасов И. Н., Егоров С. А.* Вооруженный конфликт: право, политика, дипломатия. М., 1989. С. 185. После окончания Второй мировой войны были учреждены два международных уголовных суда: Международный военный трибунал для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси (Нюрнбергский трибунал) и Международный военный трибунал для Дальнего Востока, более известный как Токийский процесс.

ря 1994 г. по 31 декабря 1994 г. (сокращенно — Международный трибунал по Руанде, МТР)¹.

Наконец, в 1998 г. в Риме был подписан Статут Международного уголовного суда (МУС), на основе которого был учрежден постоянный международный уголовный судебный орган, уполномоченный осуществлять юрисдикцию в отношении лиц, ответственных за самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества. Составы данных серьезных преступлений указаны в Статуте МУС, а сам данный постоянный международный уголовный судебный орган дополняет национальные системы уголовного правосудия. МУС, в отличие от международных уголовных трибуналов, учрежден на основе отдельного международного договора и является самостоятельной международной организацией по отношению к ООН.

Международные уголовные суды можно выделить в самостоятельную исследовательскую модель международных судебных органов по следующим причинам. Прежде всего, они осуществляют уголовную юрисдикцию, в отличие от предыдущих моделей международных судов, которые рассматривали споры между государствами. Международные уголовные суды осуществляют международное уголовное правосудие, т. е. привлекают к международной уголовной ответственности физических лиц, виновных в совершении серьезных международных преступлений. И следующее важное отличие состоит в том, что они не исключают национальную уголовную юрисдикцию, а создаются в дополнение к ней, исправляя возможные ситуации уклонения от уголовной ответственности.

Вторая половина XX в. ознаменована появлением еще двух моделей международных судебных органов, имеющих две отличительные характеристики: они создавались на региональной или субрегиональной основе и имели узкую специализированную компетенцию. Так, в начале 50-х гг. XX в. вслед за созданием международных уголовных трибуналов происходило дальнейшее развитие моделей международного правосудия, стали создаваться региональные суды по правам человека и региональные интеграционные суды. В 1950 г. была принята Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), вступившая в силу 3 сентября 1953 г. На основе данной Конвенции был учрежден Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ), работающий на постоянной основе, в целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых на себя государства-

¹ Наряду с этим Советом Безопасности ООН были созданы Специальный суд по Сьерра-Леоне, чрезвычайные палаты в судах Камбоджи и Специальный трибунал по Ливану.

ми-участниками по ЕКПЧ и Протоколам к ней. В ведении ЕСПЧ находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений ЕКПЧ и Протоколов к ней. Никакой другой международный суд не может толковать ЕКПЧ, кроме ЕСПЧ. ЕСПЧ, таким образом, является конвенционным органом, интегрированным в институционально-правовую систему Совета Европы. Но главное его отличие состоит в юрисдикции, закрепляющей за ним монопольное право толкования и применения ЕСПЧ. Следовательно, к четвертой модели международного правосудия относятся специализированные международные судебные органы ограниченного (регионального) состава.

В апреле 1951 г. было создано межгосударственное объединение пяти западноевропейских государств — Европейское объединение угля и стали (ЕОУС). Это было первое объединение, основанное на принципах наднациональной интеграции, обязательным элементом которой стал межгосударственный судебный орган — Суд ЕОУС. Позднее, в 1957 г., в дополнение к ЕОУС были созданы еще две наднациональные интеграционные организации — Европейское экономическое сообщество (ЕЭС) и Европейское сообщество по атомной энергии (Евратом), в которых также были предусмотрены судебные органы, ставшие затем единым Судом Европейских Сообществ. После очередной реформы Сообществ в 2008 г. был образован Европейский Союз (ЕС), одним из основных институтов которого стал Суд ЕС. Суд обеспечивает соблюдение права в ходе толкования и применения учредительных договоров¹. Международную судебную модель межгосударственных интеграционных объединений можно рассматривать в качестве пятой модели международного правосудия.

В последующем интеграционные процессы стали развиваться во многих регионах планеты, включая Евразию. В настоящее время в институциональной структуре Евразийского экономического союза (ЕАЭС), являющегося международной организацией региональной интеграции, действует Суд ЕАЭС, который является постоянно действующим судебным органом данной международной организации. Целью его деятельности является обеспечение единообразного применения государствами-членами и органами ЕАЭС учредительного договора, международных договоров в рамках ЕАЭС, международных договоров ЕАЭС с третьей стороной и решений органов ЕАЭС.

Таким образом, особенностями пятой модели международного правосудия является специализированный характер компетенции

¹ К учредительным договорам относятся Договор о ЕС, Договор о функционировании ЕС и Договор о Евратоме.

международных судебных органов (обеспечение толкования и применения учредительных договоров и иных актов межгосударственных интеграционных организаций) и ограниченный состав государств-участников.

Рассмотрение моделей международного правосудия явным образом подтверждает тенденцию к пролиферации международных судебных органов во второй половине XX в. и в первые два десятилетия XXI столетия, которую можно объяснить особенностями развития системы международного права в целом. Более того, этот процесс приводит к международной судебной фрагментации, т. е. созданию условий для коллизий или конкуренции юрисдикций — ситуации, при которой одни и те же дела могут быть предметом рассмотрения в различных международных судах. Несложно понять, что подобные ситуации допускают принятие не только не совпадающих, но и противоречащих друг другу решений, а это с очевидностью несет риски целостности международного права и последовательности практики его применения. В таких условиях невозможно говорить о формировании единой системы международного правосудия¹. Такого рода международная судебная фрагментация способствует значительному своеобразие судебной практики различных международных судебных органов и разрабатываемых ими правовых принципов и позиций². С формально-юридической точки зрения правовые принципы и позиции, разрабатываемые международными судебными органами, нередко носят автономный характер. Международные суды не несут обязанности следовать собственной практике³, тем более практике других международных судов, что вытекает, среди прочего, из принятия различных доктринальных подходов к роли международных судов в соответствующих правопорядках (интеграционных, правозащитных и др.).

¹ На это указывают многие зарубежные исследователи. См.: *Shany Y. The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford, 2003. P. 104—115; *Webb Ph. International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford, 2013. P. 5—12.

² Основные черты и особенности, присущие международным судам, и их отличие от национальных судов см.: *Правосудие в современном мире* / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. 2-е изд. М., 2018. С. 357—361.

³ Исключение составляет МУС, п. 2 ст. 21 его Статута допускает, что он может применять принципы и нормы права в соответствии с тем, как они были истолкованы в его предыдущих решениях. Строго говоря, норма сформулирована лукаво. С одной стороны, он *может*, а следовательно, *не обязан*. Такая формула создает возможность неопределенной или противоречивой судебной практики. С другой стороны, речь идет не о решениях, а только об отдельных положениях решений, в которых толкуются принципы и нормы права, т. е. о правовых позициях, которые он, очевидно, может в последующем корректировать.

Международная судебная фрагментация и множественность моделей международного правосудия обуславливают потребность в унификации представлений о понятии международного судебного органа, что облегчит концептуализацию интеллектуального вклада международных судов в понимание международного права. Заметим, несмотря на то, что международные суды в их современном понимании как институт международного права и международных отношений существуют уже более 100 лет и в доктрине международного права им посвящается достаточно большой объем исследований, универсального или общепризнанного определения понятия «международный суд» до настоящего времени не выработано¹. Как правило, предлагаются различные теоретические конструкции, описывающие те или иные признаки международного суда, характерные для отдельных конкретных международных судебных учреждений. Несмотря на то что простейшая интеллектуальная операция сложения таких признаков в единый цельный образ позволяет сформировать представление о предмете, множасьее разнообразие форм международного правосудия способствует появлению различий или несовпадений в содержании понятия. Однако, видимо, это не должно останавливать творческие поиски.

Чаще всего в качестве самых значительных характеристик указывают наиболее очевидные². В их числе учреждение международного суда на основе международного права (международного договора) государствами или международными межправительственными организациями (далее — ММПО) с целью разрешения споров между государствами, международными организациями между собой и их споров с частными лицами. В состав международных судов входят граждане государств — участников учредительных актов суда или соответствующей ММПО. Процедура рассмотрения споров и вынесения обязатель-

¹ В связи с этим К. Фокарелли подчеркивает, что не существует универсально признанного критерия для определения международного характера какого-либо суда или трибунала. См.: *Focarelli C. International Law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*. Oxford, 2012. P. 319.

² Так, в новом Оксфордском юридическом словаре дается обобщенное понятие международных судов и трибуналов, что объясняется разнообразием в названии отдельных международных судебных органов. Там говорится: «Международные суды и трибуналы создаются государствами на глобальном и региональном уровнях. Этот термин включает в себя международные или региональные суды, которые создаются государствами на постоянной основе (такие как Международный Суд ООН или Европейский Суд по правам человека), и суды, которые создаются на ограниченный период и для выполнения определенного мандата (такие как международные уголовные трибуналы для бывшей Югославии и для Руанды). Термин может также охватывать международные арбитражные трибуналы, создаваемые для решения конкретных споров» (*The New Oxford Companion to Law* / ed. by P. Cane, I. Conaghan. Oxford, 2008. P. 601).

ных для спорящих сторон решений должна определяться заранее в международно-правовом порядке. При вынесении решений международных суды применяют международное право. Международные суды функционируют на постоянной основе, входящие в их состав судьи не имеют права совмещать осуществление судебных функций с иными видами деятельности (за незначительным исключением допускается научная и педагогическая деятельность). Судьи при осуществлении своих функций независимы. Решения международных судов носят обязательный характер для спорящих сторон. Они не входят в какую-либо национальную судебную систему и осуществляют свои функции в межгосударственных отношениях¹.

Вместе с тем необходимо принимать во внимание некоторые детали, характеризующие либо общие свойства международных судов, либо индивидуальные характеристики отдельных судов. К общим качественным характеристикам международных судов относится неприменимость принципа *litis pendis* (отказ от рассмотрения жалобы, если она находится в производстве другого суда) в отношении национальных судов, за редким исключением. Так, ЕСПЧ и договорные органы по правам человека ООН одним из условий приемлемости жалобы для принятия ее к рассмотрению называют правило исчерпания внутренних средств защиты. В тех случаях, когда отдельные международные суды создаются в качестве комплементарных по отношению к национальным системам юстиции, ярким примером которых является МУС, они при определении приемлемости принятия дела к производству обязательно учитывают возможность его расследования и возбуждения уголовного преследования на национальном уровне, а также принимают во внимание решение национального суда о невозбуждении уголовного преследования или, наоборот, о вынесении приговора в отношении обвиняемого лица на-

¹ В. Л. Толстых считает, что «международный суд представляет собой орган, созданный и разрешающий споры на основе международного права» (Толстых В. Л. Указ. соч. С. 43). В то же время Ц. Романо предлагает следующие признаки: суды должны быть постоянными, состоять из независимых судей, решать споры между двумя или более образованиями, одно из которых является государством или ММПО, работать на основе ранее определенных правил процедуры и принимать обязательные решения. См., например: *Romano C. PICT Synoptic Chart. An International Judiciary in Context*. URL: <http://www.pict-pecti.org>. Однако следует иметь в виду, что автор разработал данное определение в рамках исследовательского проекта (проект по международным судам и трибуналам — The project on international court and tribunals, PICT), с тем чтобы помочь ученым и практикам ориентироваться в пестрой картине международных органов, рассматривающих споры между государствами и другими субъектами. Он проводит различие между международными судебными органами и международными квазисудебными органами, органами по контролю за имплементацией и другими органами по урегулированию споров.

циональным судом за поведение, являющееся предметом заявления в МУС (п. 1 ст. 17 Статута МУС)¹. В отношении применения к высшим должностным лицам государств, против которых выдвигаются обвинения в совершении международных преступлений в национальных судах государств, иных, чем государство гражданства обвиняемого, Международный Суд ООН в 2002 г. в решении по делу «Ордер на арест» пришел к выводу, что выдача и распространение бельгийскими властями ордера на арест (11 апреля 2000 г.) не обеспечили уважения иммунитета действующего министра иностранных дел Конго и, в частности, был нарушен иммунитет от уголовной юрисдикции и неприкосновенность, которой в то время он пользовался по международному праву. В то же время, отметив, что вопрос уважения судебного иммунитета носит процедурный характер, Суд установил, что юрисдикционный иммунитет не будет препятствием для привлечения к индивидуальной международной уголовной ответственности в определенных международных уголовных судах, если они обладают соответствующей юрисдикцией².

Анализируя категорию «международный суд», очевидно, можно допустить обобщение и рассматривать его в качестве одной из разновидностей органов, осуществляющих функцию урегулирования социальных конфликтов (внутригосударственных судов, негосударственных органов по урегулированию споров, межгосударственных органов). В связи с этим встает закономерный вопрос, имеет ли право на существование понятие суда как единой категории общественного института или органа, выполняющего судебную функцию³, или же международный суд и внутригосударственный суд следует вос-

¹ Данная особенность МУС порождает следующее его отличие от иных универсальных международных судебных органов, применяющих для разрешения дел исключительно нормы международного права. В качестве применимого права МУС: если невозможно применить его Статут, ст. 9 «Элементы преступлений» и ст. 51 «Правила процедуры и доказывания», применимые международные договоры и иные нормы и принципы международного права, МУС вправе применять общие принципы права, взятые из национальных законов правовых систем мира, включая, соответственно, национальные законы государств, которые при обычных обстоятельствах осуществляли бы юрисдикцию в отношении данного преступления, при условии, что эти принципы не являются несовместимыми с его Статутом, с международным правом и международно-признанными нормами и стандартами (п. 1 ст. 21 Статута МУС).

² См.: ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment of 14 February 2002 [2002] ICJ Rep.

³ Первичность судебной функции иногда гипертрофируется, на что обращает внимание К. Фокарелли, считающий ошибочным часто встречающееся утверждение о том, что международные суды и трибуналы работают приблизительно так же, как и национальные суды. Этот вывод вытекает из предположения о том, что «судебная функция» является сущностью любой судебной деятельности, поэтому она не может меняться

принимать как две совершенно самостоятельные категории, при том что между ними можно найти много общего.

Ключевое различие между национальным и международным судами состоит в том, что они действуют в разных социальных средах: первый — в национальном обществе, второй — в международном сообществе. Соответственно, они занимают различные места и играют различную социальную роль. С конца XVIII в. на конституционном уровне в целом ряде государств устанавливается принцип разделения властей, согласно которому судебная власть вручалась национальным судам, которые становились независимыми от законодательной и исполнительной власти¹. Международное сообщество, в отличие от государственно-организованного общества, не имеет властных органов, оно опирается на принцип уважения государственного суверенитета и носит децентрализованный характер. Соответственно, ни международные организации, ни международные органы, включая судебные, не могут осуществлять властные полномочия в отношении государств и иных акторов международного сообщества. Отдельно следует сказать о наднациональных межгосударственных организациях, которые берут начало со второй половины XX в. Однако, несмотря на впечатляющую эволюцию концепции наднациональности за истекшие десятилетия, «рубикон», отделяющий межгосударственную организацию от государства, ими еще не перейден. Государства-члены таких организаций в ряде случаев (особенно в ЕС) согласились на значительные ограничения своего суверенитета, однако полностью от него не отказались.

Если продолжить сравнение важнейших национальных и международных судов и соответствующих видов судопроизводства (национального и международного), то можно указать на такие признаки (черты), которые не только отличают их от национальных судов, но и демонстрируют их более ограниченные судебные возможности.

Осуществление властных полномочий внутригосударственными судами закрепляется, как правило, на конституционном уровне, то же относится и к видам судопроизводства. Кроме того, принимая во внимание огромный потенциал судебного правоприменения, государства на законодательном уровне закрепляют основы судебной системы, а также подробно регулируют соответствующие процессуальные формы судопроизводства. Иное дело — международные су-

(или по меньшей мере значительно меняться) в зависимости от правового контекста. Это убеждение порождает ряд необоснованных выводов. См.: *Focarely C. Op. cit.* P. 319.

¹ См.: Правосудие в современном мире / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. 2-е изд. С. 59; Лебедев В. М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб., 2001. С. 12—35.

ды, международно-правовые основы деятельности которых на универсальном уровне не сформулированы в отсутствие какого-либо международного конституционного акта и, соответственно, логично следующего из этого отсутствия единой системы международного правосудия (децентрализации этой системы). Действительно, каждый международный суд создается на каузальной основе, он неповторим, а его важнейшие судебные характеристики формируются на основе соглашения заинтересованных государств, вынужденных учитывать и адаптировать свои устремления с существующими закономерностями развития международного сообщества. Это приводит к тому, что международно-правовое регулирование статуса и функций каждого международного судебного органа, а также регламентация его процедуры имеют автономный характер. По мнению К. Фокарелли, подобная «самодостаточность» разрозненных правовых режимов отдельных международных судов «вместо того, чтобы способствовать единству системы, на деле может усилить фрагментацию за счет заботы об укреплении своего собственного приоритета и судебной практики»¹.

К особенностям международных судов, отличающим их от внутригосударственных судов, относится, в дополнение к отмеченным, сравнительно незначительный круг вопросов международного права, которые могут становиться предметом международного судебного разбирательства. Именно по этой причине в учебниках по международному праву иногда международное судебное разбирательство по-прежнему рассматривается как одно из средств мирного урегулирования международных споров. Для большинства международных судов определенной проблемой является отсутствие у них и в международном сообществе в целом специальных органов, способных обеспечить принудительное исполнение их решений на международном уровне². Особенности имеет формирование судейского корпуса для международных судов, которое не только отличается от внутри-

¹ *Focarely C. Op. cit.* P. 321. Хотя в данном случае речь идет о фрагментации международной системы правосудия, встречаются мнения, что подобное состояние приводит и к фрагментации международного права и несет угрозу единству его системы. Кстати, идея «самодостаточности» каждого международного суда берет начало из решения Международного трибунала по бывшей Югославии по делу Тадича, в котором утверждалось, что «в международном праве каждый трибунал является самодостаточной системой (если не предусмотрено иное)» (*ICTY, Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction Decision of 2 October, 1995, Case no. ICTY-94-1, para. 11.f).

² В некоторых международных судах (МУС, ЕСПЧ) созданы механизмы реализации или контроля за исполнением приговоров и постановлений, но проблема неисполнения решений тем не менее этим не устраняется.

государственной судебной практики, но и сохраняет своеобразие в каждом отдельном случае, хотя нельзя не признать наличие некоторых общих принципов комплектования.

Отсутствие системной организации международного судопроизводства приводит к тому, что каждый международный суд обладает ограниченной юрисдикцией, в отличие от внутренних судов государств, системная организация которых характеризует их как обладающих «полной юрисдикцией», позволяющей гражданам и иным субъектам внутреннего права обращаться с исками в тот или иной суд государства для защиты своих прав¹. Более того, даже при наличии предметной юрисдикции (*ratione materiae*) без согласия одной из сторон дело в международных судах рассматриваться не будет².

Для того чтобы проанализировать особенности международной судебной практики и ее составляющие (доктрины, концепции, категории), следует принять во внимание, что по количественным показателям (может быть, за исключением ЕСПЧ или Суда ЕС) практика универсальных международных судебных органов серьезно отличается от практики судов отдельных государств или судов стран общего права.

Соответственно, такой фактор, как появление большого количества прецедентов (или однотипных решений в судах континентальной системы права), характерный для практики национальных су-

¹ См.: *Focarely C.* Op. cit. P. 320. В п. 1 ст. 36 Статута Международного Суда ООН установлено, что «к ведению Суда относятся все дела, которые будут переданы ему сторонами». Это положение можно воспринять как «полную юрисдикцию» Суда, однако ее действие в значительной степени может быть ослаблено тем обстоятельством, что вначале сторона должна достичь согласия на передачу дела, что редко удается сделать. Иногда п. 6 ст. 36 данного Статута называют «компетенцией компетенций», так как в нем говорится о том, что «в случае спора о подсудности дела Суду вопрос разрешается определением Суда». Это одно из «тонких» мест в международно-правовом регулировании статуса и функций данного органа. Суд, как показывает его практика (например, его решение по делу «О применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия против России)»), не обладает абсолютным усмотрением, а принимает во внимание действующие нормы международного права. В деле Ноттебома Суд установил, что п. 6 ст. 36 его Статута «просто воспроизводит норму, последовательно подтверждаемую общим международным правом в отношении международного арбитража» (*Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* (Preliminary Objection) 1953, ICJ Reports, 1953. P. 119).

² В разных международных судах процедура определения согласия сторон различна, она определяется международно-правовыми актами, регулирующими их деятельность. Так, в Статуте Международного Суда ООН способы выражения согласия государствами на рассмотрение дела урегулированы в п. 1–5 ст. 36, а также в ст. 37. В случае Европейского Суда по правам человека согласие государств быть стороной спора закрепляется путем ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

дов, выглядит малоприспособленным для анализа процессов, протекающих в судебной деятельности международных судов. В самом деле, понятие сложившихся устойчивых подходов к разрешению отдельных категорий дел сложно применить к деятельности постоянных международных судебных органов, например Международного Суда ООН. Даже с учетом объединения результатов деятельности ППМП и работы Международного Суда ООН количество рассмотренных дел не столь велико, как в национальных судах государств, особенно крупных¹. Вместе с тем это не следует рассматривать как непреодолимое препятствие для исследования и обобщения международной судебной практики.

Прежде чем сформулировать понятие судебной доктрины международных судов, следует ответить на вопрос о применимости соответствующей дефиниции, сформулированной на основе практики национальных судов государств. В литературе отмечается, что понятие судебной доктрины вначале сложилось в судебной практике США, что носило закономерный характер. За годы существования суды США накопили огромное количество судебных прецедентов, разобраться в которых было не просто даже профессионалам. Соответственно, судьи при рассмотрении однотипных дел в целях обобщения прецедентного массива вырабатывают типовые подходы, которые и получили название судебных доктрин. По мнению Е. В. Тарибо, именно судебные доктрины исполняют роль эффективного средства обобщения судебной практики. В этом случае судебная доктрина понимается одновременно и как правовой принцип, и как принцип (метод) решения однотипных судебных дел².

Категория «судебная доктрина» используется в практике судов иных стран системы общего права (Австралия) и даже российских судов³, а также в практике ЕСПЧ⁴, но также при отсутствии точного

¹ Если в совокупности рассмотреть итоги деятельности ППМП и Международного Суда ООН, суммарно за 91 год работы обоих судов вынесено 144 решения по спорам и 45 консультативных заключений. Всего было принято 189 решений и заключений. Иными словами, в среднем эти суды выносили чуть больше двух актов в год. Разумеется, нужно иметь в виду, что по одним и тем же делам могло выноситься несколько судебных решений (решения по вопросу о приемлемости жалобы или решения о применении временных мер), однако в любом случае сопоставлять загруженность международных и национальных судов довольно сложно.

² См.: *Тарибо Е. В.* Судебный конституционный нормоконтроль: осмысление российского опыта. М., 2018; *Он же.* Судебные доктрины и практика Конституционного Суда Российской Федерации // Право и политика. 2005. № 2. С. 118.

³ См. постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 г. № 1-П.

⁴ На это указывает Е. В. Тарибо, приводя в качестве примера постановление ЕСПЧ от 14 февраля 2006 г. «Дело “Турек” против Словакии». По его наблюдениям, данный

определения следует рассматривать и практику международных судов, которая, повторимся, по количественным показателям (может быть, за исключением ЕСПЧ, или Суда ЕС) серьезно отличается от практики судов государств системы общего права.

Соответственно, такой фактор, как появление большого количества прецедентов (или однотипных решений в судах континентальной системы права), в практике национальных судов выглядит малопригодным для формирования дефиниции судебной доктрины международных судов на основе критериев сложившихся устойчивых или типовых подходов и методов разрешения споров. В самом деле, понятие сложившихся устойчивых подходов сложно применить к деятельности постоянных международных судебных органов, например Международного Суда ООН.

Вместе с тем это не следует рассматривать как препятствие для исследования международно-правовой концепции судебных доктрин. Международные суды при анализе конкретных дел используют не только имеющийся опыт практической работы (многие из их членов работали судьями высших судебных инстанций в судах своих государств или в других международных судах и арбитражах), но и определенный научный потенциал в исследовании иных вопросов международного права (часть судей работали преподавателями или занимались научной деятельностью). Само обсуждение и выработка судебных постановлений по конкретным делам требуют толкования норм международного права применительно к рассматриваемым правоотношениям. Важно отметить, что чаще всего в международных судах происходит коллективная выработка проекта постановления между судьями, которые получили национальное образование и имеют опыт работы в различных национальных культурах. Такое сочетание или социальную настройку различных правовых культур нельзя игнорировать или недооценивать, она играет важную роль в понимании содержания принимаемых судебных решений не только в спорящих государствах, являющихся сторонами спора, но и в иных государствах, юристы-практики и ученые которых также будут анализировать и исследовать данные решения. Следовательно, международные суды формулируют свое собственное концептуальное видение различных вопросов международного права. Это дает основание выделить некоторые особенности «доктринальной» активности международных судов и попытаться сформулировать ее международно-правовую концепцию.

термин чаще используется в особых мнениях судей ЕСПЧ. См.: *Тарибо Е. В.* Судебные доктрины и практика Конституционного Суда Российской Федерации.

В связи с этим нельзя не посочувствовать тому, что специальных международно-правовых исследований, посвященных данной теме, ни в отечественной, ни в зарубежной международно-правовой науке не проводилось, а это в определенной степени осложняет методологическое обеспечение работы. В то же время следует заметить, что как в отечественной, так и в зарубежной науке международного права сложились достаточно крупные направления исследований деятельности международных судов и тенденций их развития, что стимулирует поиски научных решений, обобщающих представления о познавательной деятельности, осуществляемой в процессе международного судебного разбирательства.

Если за исходную точку взять понятие «доктрина», то его можно встретить в Статуте Международного Суда ООН, в ст. 38 которого отмечается, что Суд применяет «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». Данное положение неоднократно подвергалось научному толкованию. В общем, многие ученые сходятся во мнении, что доктрина наиболее квалифицированных специалистов «не квалифицируется как источник международного права, но она может внести вклад в выявление норм международного права»¹. Нельзя не обратить внимание и на то, что в той же ст. 38 Статута Международного Суда ООН к вспомогательным средствам для определения правовых норм отнесены и судебные решения, в том числе решения международных судебных органов. Таким образом, оба правовых средства являются однопорядковыми явлениями для использования в практике рассмотрения дел международными судами.

Как правильно отмечают исследователи практики внутригосударственных судов, сам термин «доктрина» чаще ассоциируется с исследовательской деятельностью специалистов-ученых по выработке и систематизации знаний об обществе², в случае международной социальной сферы — о международном праве и международном со-

¹ *Focarely C.* Op. cit. P. 308.

² Е. В. Тарибо в связи с этим указывает, что «под доктринальным толкованием права понимается такое толкование, которое делается учеными-юристами в монографиях, статьях, комментариях к закону и т. д.; оно является результатом научного поиска, характеризуется использованием существующих научных методов, теорий или же дается в процессе разработки и обоснования новой теоретической концепции и, следовательно, отличается достаточной глубиной проникновения в объект познания и умелым синтезом теории и практики юриспруденции. Результаты доктринального толкования не являются обязательной для исполнения нормой, его нормативность заключается в неоднократности использования широким кругом практических ра-

обществе¹. Предметом исследовательской деятельности может быть практика международного правоприменения, в том числе практика международных судебных органов, в ходе которой может производиться толкование отдельных судебных решений.

Как и в юриспруденции в целом, в международном праве наряду с другими общепризнанными способами толкования норм международного права и судебных решений применяется научное, или доктринальное, толкование, которое относится к разновидности неофициального толкования². Наряду с этим в дипломатической и внешнеполитической практике встречается использование термина «доктрина» для обозначения той или иной внешнеполитической позиции государства, группы государств или международной организации. Широко известны доктрины признания правительств, на которые в своих трудах ссылаются юристы-международники (доктрина Тобара, доктрина Эстрады и т. д.). Однако под доктринами иногда подразумевают стратегическую внешнеполитическую позицию какого-либо государства (доктрина Рейгана, доктрина Брежнева³ и т. д.).

ботников в процессе применения правовых норм» (Тарибо Е. В. Судебные доктрины и практика Конституционного Суда Российской Федерации).

¹ Роль доктрины международного права не всегда встречает понимание. Так, К. Фокарелли иронично замечает, что «образ международного права неумолимо создается и разрушается учеными. Новые теории демифологизируют прошлые во имя новых подходов, которые ремифологизируют международное право в другом направлении» (Focarelli C. Op. cit. P. 93). Р. А. Мюллерсон, напротив, считает «неизбежным теоретизирование международного права, без поддержки методов естествознания» (Mullerson R. A. Ordering Anarchy: International Law in International Society. The Hague, 2000. P. 9).

² См.: Перетерский И. С. Толкование международных договоров / отв. ред. С. Б. Крылов и Г. И. Тункин. М., 1959. С. 70—72; Талалаев А. Н. Право международных договоров. Т. 2: Действие и применение договоров. Договоры с участием международных организаций / отв. ред. Л. Н. Шестаков. М., 2011. С. 91—92; Лукашук И. И. Современное право международных договоров: в 2 т. Т. 1: Заключение международных договоров. М., 2004. С. 651—652; De Velasco M. D. Instituciones de derecho internacional publico. Madrid, 2006. P. 195.

³ Так, американский ученый и судья Международного Суда ООН С. М. Швобел в труде по международному праву «Юстиция в международном праве» обращает внимание на советско-американскую декларацию «Основные принципы взаимоотношений», которая, по его мнению, означала отказ СССР от известной на Западе доктрины Брежнева, провозглашенной Л. И. Брежневым в ноябре 1968 г. в Варшаве, суть которой состояла в притязании на право социалистического содружества использовать силу для защиты социализма в одной из стран этого содружества. Попутно Швобел вспомнил о доктрине Монро, которая была провозглашена США в XIX в. См.: Schwobel M. S. Justice in International Law. Selected Writings of Judge Stephen M. Schwobel. Cambridge, 1994. P. 526—528.

Для нахождения отправной точки анализа международной судебной доктрины как обобщения практики международных судебных органов следует вспомнить, что в основе самой концепции международного правосудия лежит несколько если не презумпций, то основополагающих идей, наполняющих смыслом само существование данных органов. Прежде всего, международные судебные органы создаются для обеспечения мирного развития международных отношений, обращение к правовым средствам урегулирования межгосударственных споров решает двудединую задачу — не допустить перерастания спора в международный вооруженный конфликт и не только создать условия для применения тех или иных норм международного права, но и предоставить дополнительный стимул для его развития. Это достигается двумя путями. Во-первых, укрепление доверия у государств к международному праву и международным институциональным средствам его реализации побуждает их к дальнейшему развитию международного права. Во-вторых, толкование норм международного права, к которому неизбежно прибегают международные судебные органы, также укрепляет его авторитет¹. Понятный субъектам международного права «язык международного права» позволяет им в дальнейшем руководствоваться в своем поведении на международной арене нормами, разъясненными и интерпретированными специально для данной цели созданными международными судебными органами.

Само международное право также нельзя признать идеальным. Как и в любой другой правовой системе, в нем встречаются противоречия и неопределенности, затрудняющие его восприятие и единообразное применение субъектами международного права. Это обстоятельство, среди прочего, объективно обуславливает потребность в упорядочении представлений о международно-правовом регулировании отдельных вопросов и предложении государствам соответствующих обоснованных правил поведения, что в наибольшей степени присуще судебной функции. Как справедливо указывает К. Фокарелли, «международные суды и трибуналы разрешают споры, применяя международное право, но, какое точно международ-

¹ Разумеется, это идеальная картина, это верх ожидания всех миролюбивых государств. Необходимо, чтобы международные судебные органы исполняли свою функцию добросовестно, а отдельные судьи не поддавались соблазну быть пленеными политическими или идеологическими предпочтениями, с чем, к глубокому сожалению, приходится сталкиваться России в условиях «гибридной войны». Но это отдельная тема, к которой следует вернуться специально. Поддержание стандартов правосудия самими международными судебными органами также весьма актуальная проблема.

ное право они, как ожидается, применят, часто непонятно»¹. С этим трудно не согласиться. Даже сама ст. 38 Статута Международного Суда ООН в перечень возможных средств разрешения спора между государствами включает не только общепризнанные источники международного права (договор и международный обычай), но и иные нормы (общие принципы права) и вспомогательные средства (доктрины и судебные решения), которые к источникам международного права не относятся. Разумеется, международные суды, как и национальные судебные органы, при разрешении переданных им споров должны стремиться к беспристрастному и точному применению норм международного права. Но международное право и его нормы, являясь результатом взаимных компромиссов государств, не всегда сформулированы достаточно детально и конкретно. Нельзя исключать ситуации, и это происходит на практике с завидным постоянством, когда нормы международного права не содержат четких правил о регулировании поведения спорящих сторон в отдельных вопросах. Разумно предположить, что для обеспечения социальной гармонии и достижения целей международного правосудия судебные органы, опираясь на свои дискреционные полномочия и оставаясь в рамках международного права, таким образом истолковывают его нормы, что это позволяет предложить сторонам соответствующее урегулирование вопроса.

В международном судебном разбирательстве, так же как и в национальном, в случае возникновения неясности относительно наличия применимой нормы² перед международным судом может встать дилемма: либо принимать решение *non liquet*, либо попы-

¹ *Focarelli C.* Op. cit. P. 321. Применительно к Международному Суду ООН имеется в виду ст. 38 его Статута, в п. 1 которой Суд обязывается решать переданные ему споры на основании международного права. Аналогичные положения имеются в учредительных актах иных международных судов (п. 1 ст. 293 Конвенции по морскому праву ООН 1982 г. и ст. 23 Статута Международного трибунала по морскому праву (приложение IV к данной Конвенции)). Однако в Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, возникающих между государствами — членами ВТО, не указывается применимое право, как это сделано в учредительных актах иных международных судов. На практике третейские панели и Орган по разрешению споров истолковали это таким образом, что соглашения ВТО не могут применяться в «клинической изоляции от международного публичного права» (WTO. United States — Standards for reformulated and conventional Gasoline. Report of 29 April 1996, WTO Doc. WT/DS2/AB/R). С этим трудно не согласиться хотя бы потому, что невозможно истолковать какой-либо международный договор (соглашение ВТО), не прибегая к помощи правил Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.

² Речь не идет о процедурных основаниях отказа в рассмотрении дела, таких как отсутствие компетенции для рассмотрения спора, неприемлемость дела и т. д.

таться, опираясь на основные или отраслевые принципы международного права или на общие принципы права, найти приемлемое для сторон правовое решение. В зарубежной доктрине международного права широко распространено мнение о том, что «суды должны воздерживаться от принятия решений *non liquet*»¹. К. Фокарелли отмечает двоякость подоплеки неприятия таких решений. Первое соображение заключается в том, что *non liquet* несовместима с судебной функцией (эта точка зрения, очевидно, присуща скорее судам правовых систем общего права), так как этот принцип позволяет суду уклониться от обеспечения правосудия в ходе судебного разбирательства. Второе соображение носит концептуальный характер, оно исходит из предположения о том, что международное право является целостной правовой системой, таким образом, международный суд всегда может найти подходящую для решения дела норму². Противники такого подхода считают, что недостаток легитимности международных судов должен предостерегать их от решения квазизаконодательных задач заполнения пробелов в праве. Это вытекает прежде всего из того, что в отличие от национального права, где суд выступает властным государственным органом, международный суд не наделен государствами средствами для исправления недостатков международно-правового регулирования. Нарушение этого запрета грозит обвинением во вмешательстве в политические вопросы.

Хотя, по мнению К. Фокарелли, «в международной практике принцип *non liquet* довольно непопулярен»³ и еще со времен ППМП разрабатываются меры по его недопущению⁴, его применение в международном судебном разбирательстве вряд ли можно признать стабильным. Так, в решении Административного трибунала МОТ в 1953 г. по делу «Десгранжес» (*Desgranges*) отмечалось, что «одним из фундаментальных принципов всех правовых систем было правило о том, что суд не может воздержаться от вынесения решения на основании того, что право молчит или расплывчато»⁵. Аналогично в деле о континентальном шельфе Северного моря 1969 г. решение

¹ *Focarelli C.* Op. cit. P. 327.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Включение в ст. 38 Статута ППМП, а затем Статута Международного Суда ООН ссылки на общие принципы права преследовало цель дать судам соответствующее средство для его недопущения.

⁵ *ILOAT Desgranges v. International Labor Organization*, Judgement of 12 August 1953 no. 11 (1957), 20 ILR 523, 530.

Международного Суда ООН было принято в отсутствие каких-либо конвенционных или обычно-правовых норм на основе принципа справедливости¹. Иначе Международный Суд ООН поступил в консультативном заключении по вопросу «О законности угрозы или использования ядерного оружия» в 1996 г. Суд в этом случае отказался сделать вывод о том, могут ли быть угроза применения или применение ядерного оружия правомерными или неправомерными в обстоятельствах самообороны, когда возникает угроза самому существованию государства².

Возвращаясь к концепции «судебной доктрины» международного правосудия, отметим, что, на наш взгляд, ее следует понимать как совокупность принципов, правовых позиций, применяемых различными международными судебными органами в своей практике, которые иногда именуют международными судебными прецедентами³. Не стоит ожидать полного единообразия в отношении применения различными международными судами указанных правовых средств, позволяющих аргументированно и правомерно разрешать международные споры или выносить приговоры. Однако это обстоятельство определяется основными особенностями современного международного правосудия. Преодоление различий в подходах международных судов к толкованию содержания и применению одних и тех же принципов и правовых позиций будет способствовать преодолению судебной фрагментации и усилению ее интегративных качеств.

Разумеется, при выработке судебных доктрин международные судебные органы должны руководствоваться не только личным опытом, правосознанием, правовыми средствами, признанными в качестве вспомогательных для определения норм международного права, но и основными принципами международного права и императивными нормами (нормами *jus cogens*) общего международного права, которые устанавливают границы допустимого международно-правового регулирования, в том числе индивидуального.

¹ Подробнее см.: *Вылегжанин А. Н.* Решения Международного суда ООН по спорам о разграничении морских пространств. М., 2004. С. 49—52.

² См.: *JCI, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996* [1996] ICJ Rep. 226, para. 105.

³ Так, Е. В. Тарибо, ссылаясь на мнения Г. А. Гаджиева, С. Г. Пепеляева и Б. С. Эбзеева, отмечает, что, например, решения Конституционного Суда РФ приобретают характер прецедента, хотя таковыми по своей природе не являются. См.: *Тарибо Е. В.* Судебные доктрины и практика Конституционного Суда Российской Федерации. Это замечание справедливо и по отношению к понятию прецедента международных судов.

§ 4. Развитие судебных доктрин в российском правовом порядке: от идеи к практике проявления

1. Обращение в юридической науке к той или иной категории требует строгого определения соответствующего понятия, которое, собственно, и отражает ее роль и место в соответствующей правовой системе, раскрывает специфику взаимодействия с другими правовыми феноменами. Не является исключением и судебная доктрина. Ее включение в понятийно-категориальный аппарат современной российской юриспруденции, обращение к соответствующей проблематике в различных исследованиях обуславливают установление ее места и значения в российском правовом порядке.

Наиболее общим образом понятие «судебная доктрина» раскрывается в сравнительном правоведении, представители которого часто фактически отождествляют «судебную практику», «судебный прецедент» и «судебную доктрину», рассматривая их в качестве единого источника права¹. С позиции данной области знаний такой подход оправдан, поскольку обеспечивает необходимый уровень унификации понятийно-категориального аппарата в контексте одновременного постижения различных правовых систем и правовых порядков. Однако с ним нельзя согласиться при исследовании конкретного правового порядка, своеобразии генезиса и функционирования которого налагает более жесткие требования на отображение его особенностей на понятийном уровне.

В контексте установления места и значения судебной доктрины в рамках российского правового порядка соответствующее понятие выступает точкой пересечения двух понятийных рядов: «правовая идея» — «правовая ценность» — «правовая доктрина»; «судебная практика» — «судебный прецедент» — «судебная доктрина». Первый из них отражает содержательное наполнение судебной доктрины, а второй — ее формальное воплощение.

Содержательное наполнение любой юридической категории начинается с правовой идеи, которая должна рассматриваться как грань, в которой сходятся правовая мысль и философия, методология научного познания и политическая идеология. Сам механизм объективации правовых идей в конкретном правовом порядке достаточно реалистичен: правовые идеи как бы аккумулируют, т. е. переводят на язык юридических категорий и понятий, представляют в концентрированном виде материальные и духовные начала соответствующей

¹ См., например: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М., 2019.

щего общества, а также проявляют заложенные в его строе интеллектуально-ценностные установки и традиции¹.

Правовые идеи не возникают из воздуха, их развитие происходит в строгом соответствии с реальной действительностью, определяющей их социальную ценность, направляется правовыми традициями, правовым опытом и юридическими практиками.

Первые неразрывно связаны с социальными ценностями. Обратная связь между ними состоит в том, что правовые традиции², формируясь на основе социальных ценностей, приносят их в правовое пространство через правосознание и правовую культуру. В целом же именно традиции имеют значение мощнейшего регулятивного инструмента, исполненного большого гуманистического и практического смысла, подкрепленного сложившимся этнокультурным основанием.

Правовые традиции обеспечивают единство правового порядка, определяют его качественное своеобразие, самовоспроизводимость, самостоимость. Они, являясь синтетическим выражением продолжительного правового опыта, становятся общепринятым стереотипом поведения, на основе которого складываются поведенческие модели и безусловные поведенческие реакции. Именно через правовые традиции складывается конкретная правовая культура.

Вместе с тем правовые традиции также не возникают сами по себе. Они представляют собой результат взаимодействия социальных ценностей и правового опыта, выступая своеобразной коллективной социально-правовой памятью, опосредующей движение во времени некой совокупности сведений о юридических практиках, содержанием наполнителем которых правовой опыт и является. Он, в свою очередь, формируется в процессе отбора наиболее социально полезных и эффективных юридических практик. Содержательно он представляет собой совокупность правовых позиции авторитетных правоприменительных инстанций, а также представителей научного сообщества. Соответственно, правовые практики есть те технологии (протоколы, алгоритмы), которые используются в юридической деятельности. Правовой опыт накапливается в процессе их реализации. Однако и сами эти технологии есть результат накопления правового опыта.

¹ См.: Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 391.

² О правовой традиции см., например: Пашенцев Д. А., Черногор Н. Н. Правовая традиция и правовой порядок: соотношение и взаимовлияние // Правозащитник. 2017. № 1. URL: <http://pravozashitnik.net>.

Под воздействием различных обстоятельств, в которых выражается трансформация существующего общественного уклада, накопившийся массив правовых идей совершает качественный переход, превращаясь в правовые ценности, которые, в свою очередь, определяют направление модернизации конкретного правового порядка, которая может осуществляться в различных формах, затрагивая как нормативную, так и институциональную сторону последнего.

Базовой идеей, лежащей в основе современного правового порядка и являющейся предпосылкой зарождения системы судебных доктрин, выступает идея правового государства, которая пришла на смену существовавшей до этого идеи полицейского государства, отражавшей специфику переходной модели правового порядка, характерного для преиндустриального неконституционализованного общества¹. При этом представители отечественной правовой науки справедливо указывают на то, что для различных национальных правовых порядков характерен акцент на различных качествах правового государства².

В немецкой правовой доктрине базовыми признаками правового государства признаются разделение властей на институциональном уровне, правовые и организационно-правовые гарантии прав и свобод личности, верховенство закона (в формальном смысле). При этом на конституциональном уровне (ст. 20 Основного закона ФРГ) осуществлено размежевание «закона» (позитивного права) и собственно права, под которым понимаются неписанные модели поведения, непосредственно выводимые из основных принципов демократического правового государства, такие как подчиненность государства праву, судебная защита прав, свобод и законных интересов, в том числе от противоправных действий государства, ответственность государства за причиненный им вред, презумпция невиновности и др. Позитивное закрепление перечисленных принципов происходит на конституционном уровне, а также в федеральном законодательстве и законодательстве земель³.

Между французским и немецким доктринальными подходами к пониманию правового государства много общего. По мнению Ж. Шевалье, сама идея правового государства во французской юриспруденции начала складываться во времена Великой французской

¹ О специфике современного правового порядка см.: Общее учение о правовом порядке: восхождение правового порядка. Т. 1 / отв. ред. Н. Н. Черногор. М., 2019.

² См., например: Хабриева Т. Я. На путях создания российской модели правового государства // Доктрины правового государства и верховенства права в современном мире: сб. ст. / отв. ред. В. Д. Зорькин, П. Д. Баренбойм. М., 2013. С. 96.

³ См., например: Маунц Т. Государственное право Германии (ФРГ и ГДР). М., 1959. С. 112—128.

революции. Однако отражение в позитивном праве она нашла несколько позднее, на что существенное влияние оказал как раз немецкий правовой опыт¹. Вместе с тем еще в начале прошлого века в рамках французского правового дискурса высказывалось мнение о невозможности отождествления французского и немецкого подходов в силу излишней политизированности последнего, что было обусловлено формированием единого немецкого национального государства². Фактически целый ряд исследователей (Б. Констан, Р. Карре де Мальберг, Л. Дюги и др.) отрицали ставший к тому времени классическим принцип разведения властей, указывая, что правовое государство характеризует не он, а противоположная идея — координации властей. Так, Р. Карре де Мальберг исходил из того, что власть едина и субординирована. Она может реализовываться во множестве форм, как нормативных, так и институциональных, вносящих вклад в общее дело — достижение единой неделимой воли, институционально организованной иерархично под руководством парламента³.

Для англосаксонского юридического дискурса особое значение имеет верховенство права в контексте законов не только применения, но и формирования судебных прецедентов, а также сохранения правовых обычаев. При этом уровень плюрализма в вопросе понимания правового государства в США и странах Содружества, пожалуй, самый высокий в мире. Так, одни исследователи разрешают его через выделение таких базовых принципов, как принцип разделения властей, принцип народовластия, принцип ограничения исполнительной власти, принцип федерализма, принцип судебной защиты прав как основного механизма проведения законов в жизнь и др.⁴ В других источниках акцент делается на необходимость материализации верховенства права в целях ограничения судебного произвола. Подчеркивается, что не только исполнительная власть, но и судебная должны быть ограничены принципами верховенства права⁵.

В России, несмотря на то, что проблематика правового государства представителями юридического сообщества рассматривает-

¹ См.: *Chevallier J.* L'Etat de Droit // *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*. 1988. No. 2. P. 313—380; *Idem.* L'Etat de Droit. P., 1994.

² См., например: *Дюги Л.* Конституционное право: Общая теория государства. М., 1908.

³ См.: *Carré de Malberg R.* Contribution a la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français. Vol. 1. P., 1920; *Idem.* La loi, expression de la volonté générale, étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. P., 1931.

⁴ См., например: *Waldron J.* The Rule of Law and the Importance of Procedure // *Getting to the Rule of Law* / ed. by *J. E. Fleming*. N. Y., 2011. P. 3—32.

⁵ См., например: *Dicey A. V.* Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 8th ed. Indianapolis, 1982. P. 110.

ся еще с дореволюционного периода, общепризнанная концепция в данной сфере еще не сложилась. На данное обстоятельство с сожалением указывают различные авторы¹. Вместе с тем в российском позитивном праве признается принцип разделения властей, выделяемый большинством зарубежных исследователей как базовый признак правового государства. Последовательность в применении данного принципа предполагает наличие у судебной ветви власти самостоятельной роли в процессе модернизации отечественного правопорядка, его адаптации к новым вызовам и изменению общественного уклада.

2. Сравнительно новой для России формой участия судов в формировании (развитии) отечественного правопорядка является судебная доктрина. Изначально в России функция судопроизводства не выделялась среди общих функций монарха. Только Петр I, находясь под влиянием различных европейских концепций государственного устройства, в первую очередь Г. В. Лейбница, начал выделять судопроизводство из иных направлений деятельности государства. Однако до революции 1917 г. главой судебной власти в Российской империи продолжал оставаться монарх. Одновременно он также был главой законодательной и исполнительной власти², что не позволяло сформироваться такому правовому феномену, как судебная доктрина. Вместе с тем судебная реформа Александра II заложила основы судебного правотворчества.

В первые годы советской власти появился ряд исследований еще дореволюционных ученых, в которых обосновывалось «свободное судейское правотворчество»³, в основу которого и могли лечь судебные доктрины. Однако в дальнейшем данная идея не получила развития. Только во второй половине прошлого века отечественные исследователи вернулись к проблематике влияния суда на нормативную основу правопорядка.

В рамках советской юридической науки идея судебной доктрины возникнуть не могла в силу непризнания советским правоведением и позитивным правом принципа разделения властей. Только признание суда независимым, а судебной ветви власти равной исполнительной и законодательной ветвям является необходимым условием зарождения и развития данной идеи. В то же время В. И. Ленин еще в Апрельских тезисах признавал Советскую республику более про-

¹ См., например: *Хабриева Т. Я.* На путях создания российской модели правового государства... С. 96; *Зорькин В. Д.* Конституционное развитие России. М., 2011. С. 52—53; и др.

² См., например: *Захаров Н. А.* Система русской государственной власти. Новочеркасск, 1912.

³ *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2003.

грессивной по отношению к республике парламентской, основанной на принципе разделения властей: «...Не парламентская республика, а республика Советов рабочих, батрацких и крестьянских депутатов по всей стране, снизу доверху, с упразднением полиции, армии и бюрократического аппарата и заменой постоянной армии всеобщим вооружением народа...»¹. Невозможность отказа от базовых установок марксизма-ленинизма препятствовала реализации творческого потенциала судейского сообщества в его влиянии на нормативную и институциональную основу советского правопорядка.

Наряду с идеологическими ограничениями зарождению феномена судебной доктрины в СССР препятствовали также организационно-правовые и собственно юридические условия. К первым следует отнести сам механизм формирования судейского сообщества, в основе которого лежал принцип народовластия, требовавший выборности судей. При этом для кандидатов на соответствующие должности условие о наличии юридического образования было не обязательным. Социалистическая законность, по мнению разработчиков данного механизма, должна была обеспечиваться не профессионализмом судей, а их революционным (социалистическим) правосознанием при отправлении правосудия². Вторые предполагали ограниченность судейского усмотрения институтом аналогии, действовавшим только в рамках гражданского судопроизводства.

Однако правовая реальность не могла уместиться в прокрустово ложе идеологических предписаний. Необходимость в полноценной судебной системе, обеспечивающей не только рассмотрение конкретных гражданских и уголовных дел, но и единообразие правоприменения, брала верх над начетничеством. Уже в 1923 г. учреждается Верховный Суд СССР, не только реализовывавший функции по рассмотрению наиболее общественно-значимых дел и функции высшей судебной инстанции, но также наделенный правом официального толкования советского законодательства, предполагавшим, что его разъяснения являются обязательными для нижестоящих судов. Информирование юридического сообщества о правовых позициях высшей судебной инстанции осуществлялось также через сборник «Судебная практика Верховного Суда СССР», который в 1957 г. был переименован в «Бюллетень Верховного Суда СССР».

Закон СССР от 30 ноября 1979 г. «О Верховном Суде СССР» устанавливал, что правом давать разъяснения, обязательные для всех су-

дов, обладает Пленум Верховного Суда СССР (ст. 3). Само требование обязательности предполагает соблюдение указанных актов судебными органами и их применение при рассмотрении гражданских и уголовных дел. При этом в СССР судебные органы официально не имели права непосредственно участвовать в процессе нормотворчества. При даче разъяснений Пленум мог только толковать отдельные законодательные положения, но при этом не редки были случаи, когда он был вынужден выходить за данные пределы, формируя новые правила поведения, на которые в своих решениях ссылались нижестоящие суды. Данное обстоятельство подталкивало отдельных исследователей к выделению юридических и фактических источников права, к числу последних и относили судебную практику.

Так, Р. З. Лившиц подчеркивал, что постановления Пленума направлены на разъяснение законодательства, а в необходимых случаях — на восполнение пробелов в правовом регулировании, в ходе которого могут формироваться новые правила поведения, что определяет правотворческий характер деятельности указанного судебного органа; данные акты являются обязательными для нижестоящих судов; они ложатся в основу судебной практики, роль которой подобна самостоятельному источнику права, но официально таковым не признана¹. Здесь следует подчеркнуть, что не только в советском, но и в современном российском правовом дискурсе данная концепция не считается общепризнанной, более того, подвергается резкой критике.

Категорическое непризнание на официальном уровне нормотворческих полномочий судебных органов привело к перегруженности правового дискурса сложными терминами. Примером может служить термин «конкретизация права». Через него характеризовалась судебная деятельность в той части, когда судами формировались фактически новые правила поведения. Следуя данной концепции, отдельные ученые высказывали мнение, что Верховный Суд СССР помимо толкования советского законодательства также осуществляет конкретизацию правовых норм, раскрывая отдельные оценочные понятия, оставленные законодателем на усмотрение суда. Фактически же такая конкретизация влекла наполнение нормы новым содержанием. При этом акты конкретизации должны были рассматриваться отдельно от актов толкования, не являясь результатом нормотворческого процесса².

¹ См.: Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994.

² См., например: Безина А., Лазарев В. Конкретизация права в судебной практике // Советская юстиция. 1968. № 2. С. 6—7; Ткачева С. Г. Судебное решение в системе актов применения норм права // Правоведение. 1976. № 4. С. 107—111.

¹ Ленин В. И. Тезисы доклада «О задачах пролетариата в данной революции» // Полн. собр. соч. М., 1969. Т. 31. С. 113.

² См., например: Судостроительство: учебник / под ред. А. А. Данилевича, И. И. Мартинювич. Минск, 2002.

Как правило, в рамках советского юридического дискурса указывалось, что одним из возможных источников права может быть судебный прецедент (судебная практика), однако источником советского права его уже не признавали¹.

В современной российской юридической науке и законодательстве принципиального изменения подхода к данному вопросу не произошло. Судебные акты различного уровня также не признаются источниками права, а постановления Пленума Верховного Суда РФ выступают актами официального толкования законодательства. Вместе с тем с принятием действующей Конституции РФ было устранено главное препятствие в вопросе допуска судебных органов к формированию нормативной основы отечественного правопорядка: на конституционном уровне произошло признание принципа разделения властей, а следовательно, самостоятельного институционального значения судебной власти; установление того, что Российская Федерация является правовым государством, что позволяет существенно пересмотреть принцип верховенства актов высшего органа народовластия, который в советской правовой доктрине фактически сводил право к закону.

3. Есть ли смысл в современных условиях обращаться к проблематике участия судебных органов в формировании нормативной основы российского правопорядка? Без сомнения, данный вопрос заслуживает положительного ответа. Судебная доктрина как форма такого участия может затрагивать все уровни — от конституционного (доктрины Конституционного Суда РФ) до толкования действующего законодательства (судебные доктрины, находящие отражение в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ).

Доктрины Конституционного Суда РФ представляют особый интерес, определяемый прежде всего тем, что общеобязательность и формальная определенность правовой позиции и юридической аргументации Конституционного Суда РФ обусловлены требованиями, предъявляемыми к актам конституционного судопроизводства. Оценивая тот или иной нормативный правовой акт на его соответствие Конституции РФ, Конституционный Суд не ограничивается его буквальным толкованием, устанавливается его действительный смысл, придаваемый ему в рамках официального и доктринального толкования, а также правоприменительной практики, с учетом его роли и места в системе правовых актов. Данное обстоятельство обуславливает то, что резолютивная часть актов конституционного

судопроизводства не может рассматриваться в отрыве от мотивировочной части, содержащей юридическую аргументацию и правовые позиции, без которых собственно резолютивная часть не может надлежащим образом повлиять на российский правопорядок.

В настоящее время число актов Конституционного Суда РФ исчисляется десятками тысяч. Практически каждый из них содержит ту или иную правовую позицию, которые в совокупности позволяют говорить о сложившейся системе судебных доктрин, имеющей не только практическое значение для российского правопорядка, но и познавательное — для отечественной юриспруденции.

Прежде чем перейти к рассмотрению наиболее распространенных судебных доктрин, сложившихся в Российской Федерации, необходимо подчеркнуть, что сам исследуемый феномен был заимствован в англосаксонском праве, где он зародился в развитие института судебного прецедента.

Наиболее широко понятие «доктрина» используется в США, главным образом во внешнеполитической и юридической сферах. Применительно к последней наиболее значимы судебные доктрины (judicial doctrine), под которыми понимаются принципиальные положения, лежащие в основу судебной практики. Они представляют собой не только и, главное, не столько собственно правовой принцип, содержательно это метод (типовой подход) к разрешению определенной группы судебных дел. Для англосаксонского правосудия появление судебных доктрин стало закономерным ответом на такой вызов, как накопившийся за столетия массив судебных прецедентов. Только в одном штате Нью-Йорк по состоянию на 1982 г. было сформировано более 900 томов сборников судебных прецедентов, которые ежегодно дополняются более чем 10 новыми¹. Такой объем судебных актов (прецедентов) не может быть надлежащим образом изучен, а следовательно, и применен без специальных методов систематизации. Именно эту роль и играет судебная доктрина, обеспечивая выявление и установление границ применения однородных правил поведения, вытекающих из судебной практики. В этом качестве она выступает индукционным механизмом постижения и развития правопорядка в странах англосаксонской правовой семьи.

Сложившиеся в рамках американского правопорядка судебные доктрины могут быть условно разделены на три группы: конституционные, материальные и процессуальные. Первые представляют собой своеобразную комбинацию собственно конституционных

¹ См., например: *Явич Л. С.* Общая теория права. Л., 1976; *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М., 1961; и др.

¹ См.: *Загайнова С. К.* Судебный прецедент: проблемы правоприменения / под общ. ред. *В. В. Яркова*. М., 2002. С. 53.

положений и связанных с ними судебных решений, обеспечивающих конституционность отправления правосудия. Вторые обеспечивают предсказуемость в реализации материальных отношений, третьи — единообразие судопроизводства. Следует подчеркнуть условность приведенной классификации, поскольку отдельные судебные доктрины могут «перетекать» из одной группы в другую. Так, одна из базовых судебных доктрин США — доктрина надлежащей процедуры (due process of law) — начала складываться как процессуальная, но имея одновременно и материально-правовое значение. Импульсом к ее развитию еще в XIX в. послужило дело Дреда Скотта, рассматриваемое в штате Миссури и дошедшее до федерального Верховного суда. Его предметом являлась свобода чернокожих рабов, переселившихся с Юга в указанный штат, в котором рабство было запрещено. Суд признал невозможным удовлетворение заявленных требований в связи с отсутствием надлежащей правовой процедуры. В дальнейшем на основе этого решения и системного толкования пятой поправки к Конституции США, согласно которой никто не может быть лишен жизни, свободы и собственности без соблюдения надлежащей правовой процедуры, сложилась одна из самых плодотворных конституционных доктрин, подкрепленная включением в Основной закон четырнадцатой поправки, предполагающей равенство в вопросах правовой защиты всех граждан США вне зависимости от их места рождения и жительства¹.

4. Именно судебная доктрина является одной из наиболее оперативных форм реагирования нормативной и институциональной основ отечественного правопорядка на изменения в общественном укладе. Однако она имеет существенный недостаток, состоящий в том, что неопределенность ее правового статуса нередко порождает (порой на недопустимом уровне) неопределенность в правовом регулировании конкретных общественных отношений, которая препятствует достижению главной цели права — сделать общественные отношения предсказуемыми для их участников.

Несмотря на указанную неопределенность, фактически судебная доктрина уже присутствует в российском правопорядке. Она получила развитие главным образом в тех сферах правового регулирования, которые не были характерны для Советского Союза или же были недостаточно развиты в рамках советского права, заполнив собой возникшие правовые лакуны.

4.1. В России наибольшее распространение судебные доктрины получили применительно к *сфере налогов и сборов* (фискальной сфере),

где они способствуют реализации принципа недопущения злоупотреблений правом и защиты добросовестных участников правоотношений. Данный принцип присутствует в ряде отраслей российского законодательства (гражданского, семейного и др.) и характерен как для материальной, так и для процессуальной сферы. Однако именно в налоговом праве он через включение в отечественный правопорядок ряда судебных доктрин предполагает выделение в деятельности налогоплательщиков добросовестных действий и действий недобросовестных, являющихся результатом злоупотребления своими субъективными правами (совершения действий, которые хотя прямо и не запрещены законодательством о налогах и сборах, но нацелены исключительно на получение злоупотребляющим лицом особых налоговых преимуществ по сравнению с другими налогоплательщиками).

Первой судебной доктриной, появившейся в рассматриваемой сфере, стала презумпция добросовестности налогоплательщика, предполагающая, что недобросовестность налогоплательщика должна быть доказана налоговым органом, а до этого он считается добросовестным, а, соответственно, все используемые им правовые конструкции имеющими самостоятельный экономический смысл, отличный от получения необоснованных налоговых преимуществ.

В основе указанной презумпции лежит такой законный интерес налогоплательщика, как интерес в применении законодательства о налогах и сборах наиболее выгодным для него способом. Производным от него является законный интерес налогоплательщика в сокращении налогового бремени. Таким образом, с одной стороны, поведение налогоплательщика, строящееся исходя из названных интересов и проявляющееся чаще всего в оптимизации (минимизации) налоговых платежей, является правомерным поведением и не должно повлечь за собой налоговую ответственность. С другой же стороны, налогоплательщики должны добросовестно осуществлять свои права и обязанности, следуя конституционной норме (ст. 17 Конституции РФ), согласно которой «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц...». Очевидно, что фискальная оптимизация неизбежно приводит к сокращению публичных доходов, от которых напрямую зависит возможность реализации на практике прав других граждан. Иными словами, налогоплательщик не должен злоупотреблять правом при осуществлении налогового планирования, чтобы не привести к такому положению дел, когда будут нарушаться права и законные интересы других лиц.

Правовым инструментом, позволяющим налогоплательщику реализовать свои законные интересы и при этом не допускающим

¹ См.: Corwin S. E. The Doctrine of Judicial Review. Reprinted by permission of Princeton University Press, 1963. P. 154.

злоупотребление правом со стороны этого же налогоплательщика, которое могло бы привести к нарушению таким поведением прав и законных интересов других лиц, становится названная судебная доктрина. Содержательно она предполагает, что недобросовестный налогоплательщик не может пользоваться различными налоговыми преференциями и способами защиты, предусмотренными законодательством о налогах и сборах, поскольку их использование у него направлено исключительно на получение выгод, не обусловленных обычной хозяйственной деятельностью. У добросовестного же налогоплательщика получение налоговых выгод является следствием реального социального или иного общественно-значимого эффекта от его конкретной деятельности, с выполнением которой законодатель связывает применение таких преференций и защитных механизмов. При этом презумпция добросовестности налогоплательщика предполагает, что любой налогоплательщик считается действующим добросовестно и подлежит защите с использованием всех способов, предусмотренных налоговым законодательством, до тех пор, пока налоговым органом не будет доказана его недобросовестность. Одновременно бремя доказывания недобросовестности налогоплательщика возлагается на соответствующий налоговый орган.

Презумпция добросовестности налогоплательщика и обуславливающий ее запрет злоупотребления правом в налоговых правоотношениях нашли отражение в ряде актов Конституционного Суда РФ (постановление от 12 октября 1998 г. № 24-П, определение от 1 июля 1999 г. № 97-О и др.), а также Высшего Арбитражного Суда РФ (постановление Пленума от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»). В дальнейшем рассматриваемая судебная доктрина легла в основу ряда поправок в законодательство о налогах и сборах, связанных с появлением законодательных институтов: контролируемые сделки (гл. 14⁴ НК РФ), пределы осуществления прав по исчислению налоговой базы и (или) суммы налога, сбора, страховых взносов (ст. 54¹ НК РФ) и др.

Нижестоящие суды при оценке добросовестности налогоплательщиков, следуя рассматриваемой судебной доктрине и обусловленным ею законодательным изменениям, устанавливают обоснованность получения налоговой выгоды. Таким образом, одним из ключевых понятий в этом вопросе становится «налоговая выгода», под которой понимается уменьшение размера налоговой обязанности вследствие: уменьшения налоговой базы; получения налогового вычета, налоговой льготы, иной налоговой преференции; применения бо-

лее низкой налоговой ставки; применения специального налогового режима; получения права на возврат (зачет) или возмещение налога из бюджета и т. п.

При этом подход, сформировавшийся в судебной практике к определению добросовестности налогоплательщика, исходит из того, что действия налогоплательщика, имеющие своим результатом получение налоговой выгоды, должны быть экономически оправданны не только с точки зрения применимых налоговых преференций, но и исходя из условий нормальной хозяйственной деятельности, а сведения, содержащиеся в налоговой декларации и бухгалтерской отчетности, — достоверны. Признание налоговой выгоды необоснованной не означает установления факта нарушения законодательства о налогах и сборах, не предполагает применение к налогоплательщику санкций, предусмотренных законодательством о налогах и сборах или административных правонарушениях, а уж тем более назначение уголовного наказания, но влечет отказ в удовлетворении его требований, связанных с получением налоговой выгоды.

Сама по себе презумпция добросовестности налогоплательщика как судебная доктрина не является российским «изобретением», она сформировалась на основе различных судебных доктрин, заимствованных из судебной практики зарубежных стран, главным образом США, и получивших отражение в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды». Среди таких доктрин — доктрина «превалирование существа над формой» (*equity above the form*), доктрина «деловая цель» (*business purpose*)¹, доктрина реальности затрат, доктрина «сделка по шагам» (*step transactions*). Последняя в судебной практике чаще всего применяется в отношении посреднических операций, когда сделка делится («фрагментируется») на несколько промежуточных шагов с единственной целью — уклониться от уплаты налога. Названная доктрина рассматривается отдельными исследователями в качестве специальной по отношению к доктрине «превалирование существа над формой»². Соответствующие судебные доктрины в США начали формироваться еще в 30-е гг. прошлого века³. Следу-

¹ См.: *Hicks T. R. Government Victories Using the Economic Substance Doctrine: a Changing of the Tide in Tax Practice // Cumberland Law Review. 2007—2008. No. 38. P. 110—111; Rector J. A Review of the Economic Substance Doctrine // Stanford Journal of Law, Business & Finance. 2004. No. 10. P. 177—184.*

² См.: *Thuronyi V. Comparative Tax Law. Hague, 2003. P. 170.*

³ Толчком для этого послужило дело *Gregory v. Helvering*. Дальнейшее развитие судебных доктрин было связано с такими делами, как: *Knetsch v. U. S., Goldstein v.*

ет подчеркнуть, что заимствование американского опыта в рассматриваемом вопросе было обусловлено одинаковым целеполаганием. Как для США в прошлом веке, так и для Российской Федерации в 2000-е гг. актуальной являлась проблема уклонения от уплаты налогов (недобросовестной налоговой оптимизации), которая подталкивала оба государства к использованию схожего инструментария.

Европейские судебные органы, напротив, изначально не стремились к участию в борьбе правительств с недобросовестной налоговой оптимизацией. Например, в зарубежных источниках отмечается, что Палата лордов Соединенного Королевства потратила много сил, противодействуя правительству в его попытках создать судебную доктрину противодействия недобросовестным налогоплательщикам¹. Однако именно подходы, сформированные английскими судами (Вестминстерская доктрина (*IRC v. Duke of Westminster* (1936)), доктрина Рамзая (*Ramsay doctrine*) и др.), наиболее полно соответствуют концептуальной основе российской презумпции добросовестности налогоплательщика.

Отдельно следует остановиться на опыте Европейского Суда, который, анализируя правовую сторону налоговой оптимизации в контексте добросовестности и недобросовестности налогоплательщика, пришел к выводу, что для признания сделки «злоупотребляющей правом» необходима совокупность признаков: необычность юридической конструкции, искусственный характер операций, юридические, экономические и (или) личные связи между участниками схемы снижения налогового бремени; результат действий (либо бездействия) налогоплательщика с точки зрения его соответствия целям, на которые направлены соответствующие нормативные акты, регулирующие данную сферу деятельности; результат, на который направлены действия при совершении рассматриваемых действий².

В результате взаимодействия с европейскими и американскими правовыми системами, а также в рамках собственного развития отечественная судебная практика сформировала ряд обстоятельств, которые в ходе судебного разбирательства могут свидетельствовать о необоснованности налоговой выгоды и в числе которых невозможность реального осуществления налогоплательщиком спорных операций, экономически необходимых для производства товаров, выполнения работ или оказания услуг; отсутствие необходимых условий для достижения результатов соответствующей экономической

деятельности; учет для целей налогообложения только хозяйственных операций, непосредственно связанных с возникновением налоговой выгоды, если для данного вида деятельности также требуется совершение и учет иных хозяйственных операций.

4.2. Другой сферой экономического оборота, в которой широкое применение получило формирование судебных доктрин, также с учетом заимствования зарубежного опыта, стала *несостоятельность (банкротство)*, что особенно проявилось в связи с принятием Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ постановления от 23 декабря 2010 г. № 63, посвященного оспариванию в рамках дел о банкротстве действий, являющихся исполнением гражданско-правовых обязательств (в том числе наличных или безналичных платежей должником денежного долга кредитору, передачи должником иного имущества в собственность кредитора), или иных действий, направленных на прекращение обязательств (заявление о зачете, соглашение о новации, предоставление отступного и т. п.); банковских операций, в том числе списания банком денежных средств со счета клиента банка в счет погашения задолженности клиента перед банком или другими лицами (как безакцептного, так и на основании распоряжения клиента), и др.

Главным образом в указанном постановлении обращено внимание на перераспределение между сторонами предметов доказывания (презумпций). В нем подчеркивается: нижестоящим судам следует иметь в виду, что предусмотренные в законодательстве о банкротстве основания недействительности сделок влекут оспоримость, а не ничтожность соответствующих сделок. Наличие у сделки, на которой основывается требование кредитор, таких оснований для признания ее недействительной не может использоваться в качестве возражения при установлении этого требования в деле о банкротстве, а дает только право на подачу соответствующего заявления об оспаривании сделки в порядке, определенном Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Как отмечено в названном постановлении Высшего Арбитражного Суда РФ, цель причинения имущественного вреда кредиторам предполагается, если налицо одновременно два условия: на момент совершения сделки должник отвечал признаку неплатежеспособности или недостаточности имущества; имеется хотя бы одно из других обстоятельств, предусмотренных названным Законом, которые, собственно, и имеют характер презумпции. В этом качестве они являются опровержимыми, т. е. признаются, если иное не доказано другой стороной сделки. При этом, определяя наличие признаков

Commissioner, ACM Partnership v. Commissioner, Frank Lyon Co. v. United States, Rice Toyota World v. Commissioner, Commissioner v. Court Holding Co. и др.

¹ См.: Tiley and Collison's UK Tax Guide 2009—2010. UK, 2009. P. 205.

² См.: *Emsland-Störke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (Case C-110/99).

неплатежеспособности или недостаточности имущества, следует исходить из содержания этих понятий, данного в ст. 2 Закона «О несостоятельности (банкротстве)».

В целом, рассматривая названное постановление, следует отметить существенную близость обозначенных в нем положений с судебными доктринами, сложившимися в англосаксонской правовой традиции, в частности о мошеннических и преференциальных передачах имущества должника.

Большинство правовых систем мира еще со времен римского права предусматривают возможность предъявления Паулианова иска (*actio Pauliana*), который позволяет оспорить действия должника, совершенные с намерением причинить вред одним кредиторам в интересах других¹. Обычно к числу таких действий относят дарение или сокрытие имущества должника, его продажу по заниженной стоимости и т. п. Такие действия совершаются в силу сговора между должником и получателем данного имущества, каковым, как правило, выступает подконтрольное должнику лицо. В силу общей направленности данной группы сделок на сокрытие активов должника в англосаксонской судебной доктрине они и получили название мошеннических².

Применительно к преференциальным передачам имущества должника в американских источниках отмечается, что если бы отдельным кредиторам было позволено сохранять те выплаты, которые они получили, узнав о неизбежности банкротства, то институт несостоятельности приносил бы больше вреда, чем пользы³.

В последние годы на формирование судебных доктрин на стыке налогообложения и гражданского оборота стало оказывать существенное влияние международное сотрудничество. Предметом такого сотрудничества выступает противодействие офшоризации мировой экономики, в связи с которым Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (FATF) рекомендует ужесточить процедуры идентификации владельцев офшорных компаний, что получило отражение в первую очередь в судебной практике.

Применение офшорных схем, по мнению российских судебных органов, само по себе не является правонарушением или обходом

закона. Так, в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 2013 г. № 14828/12 сформулирована следующая правовая позиция по этому вопросу: «...Сама по себе регистрация права собственности на недвижимое имущество, находящееся в Российской Федерации, за юридическим лицом, зарегистрированным в офшорной зоне и потому не раскрывающим публично своего выгодоприобретателя, не является правонарушением...» Однако если офшорная компания не раскрывает своего выгодоприобретателя, то это является указанием на недобросовестность такого лица, так как в офшорных юрисдикциях применяются специальные правила о раскрытии соответствующей информации, что приводит к не-транспарентности в вопросе о структуре владения акциями (долями) в такой компании.

В данном случае речь идет о развитии судебной доктрины «снятия корпоративной вуали», которая, так же как и презумпция добросовестности налогоплательщика, вытекает из принципа недопущения злоупотреблений правом и принципа защиты добросовестных участников правоотношений, которые нашли прямое закрепление в ст. 10 ГК РФ.

4.3. Отдельного внимания могли бы заслуживать судебные доктрины, формирующиеся в рамках уголовного и административного права, как правило имеющие национальную специфику и направленность на предоставление дополнительных гарантий правовой защиты гражданам и организациям.

В механизме формирования судебных доктрин в рамках российского правового порядка выражена особая роль Конституционного Суда РФ, часто завершающего их «оформление» в судебной практике, как, например, в случае судебного применения и толкования положения ст. 25 Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции», посвященной пресечению незаконных производства и (или) оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, а также незаконного использования основного технологического оборудования для производства этилового спирта.

В данном случае указанная законодательная норма предполагает изъятие отдельных категорий этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, сырья и полуфабрикатов, основного технологического оборудования и транспортных средств, их последующие вывоз и хранение, а также уничтожение, утилизацию или

¹ См., например: *Морандьер де Л. Ж.* Гражданское право Франции. М., 1960. Т. 2. С. 504.

² См., например: *Wood P. R.* Principles of International Insolvency. L., 2007; *Baird D. G.* Elements of Bankruptcy. N. Y., 2010; *Stearn R. J. Jr.* Proving Solvency: Defending Preference and Fraudulent Transfer Litigation // The Business Lawyer. Vol. 62. February 2007. P. 370—394; *Blum B. A.* Bankruptcy and Debtor/Creditor: Examples and Explanations. Wolters Kluwer, 2010; и др.

³ См.: *Baird D. G.* Op. cit. P. 559.

реализацию. В отношении вещей, изъятых из гражданского оборота, обоснованность указанных мероприятий у судебных органов не вызывает никаких сомнений, хотя отдельные вещи из указанных (речь идет о транспортных средствах, а также в отдельных случаях таре, технологическом оборудовании и т. п.) таковыми не являются, а следовательно, при применении рассматриваемого законодательного положения у судов возникает обоснованный вопрос о допустимости принятия мер, связанных с лишением права собственности, их пределах и порядке применения.

В Обзоре практики рассмотрения судами дел в соответствующей сфере¹ излагается правовая позиция Верховного Суда РФ по данному вопросу. В связи с ним стоит указать на стремление заинтересованных федеральных органов исполнительной власти в максимальном облегчении соответствующих процедур и игнорирование принципа субъективного вменения в их рамках. Из содержания Обзора следует, что в целом как суды общей юрисдикции, так и арбитражные суды поддерживают позицию федеральных органов исполнительной власти в вопросах, в которых речь идет о вещах, находящихся в незаконном обороте. Однако применительно к транспортным средствам незаконность их оборота, по мнению судов, возможна только в случае признания их орудием совершения административного правонарушения.

Формируя правовую позицию по данной категории дел, Конституционный Суд РФ² исходил из того, что из буквального понимания ст. 25 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта...» следует: при изъятии из незаконного оборота автомобильного транспорта, используемого для перевозки этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, находящихся в незаконном обороте, очевидно, что сами по себе соответствующие транспортные средства не могут рассматриваться как изъятые из оборота только в силу того, что в них храни-

¹ Обзор практики рассмотрения судами дел об административных правонарушениях, связанных с назначением административного наказания в виде конфискации, а также с осуществлением изъятия из незаконного владения лица, совершившего административное правонарушение, вещей и иного имущества в сфере оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, явившихся орудием совершения или предметом административного правонарушения (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 19 сентября 2018 г.).

² См. постановление от 18 февраля 2019 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности подпункта 6 пункта 1 и пункта 4 статьи 25 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» в связи с жалобой гражданина О. В. Довлати».

лась или перевозилась продукция, которая была произведена и находилась в обороте с нарушением установленных требований. Соответственно, такие транспортные средства не могут расцениваться как не подлежащие возвращению собственнику на данном основании. По мнению Конституционного Суда, единственным обстоятельством, обуславливающим лишение лица принадлежащего ему транспортного средства, выступает его использование для совершения административного правонарушения, что, по сути, превращает такое лишение в санкцию для собственника транспортного средства. Вместе с тем, даже если собственник транспортного средства фактически осознал и допускал, что принадлежащее ему транспортное средство используется для перевозки этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, находящихся в незаконном обороте, он не может рассматриваться как правонарушитель в рамках дела об административном правонарушении в отношении другого лица.

Обозначенный подход основывается на позициях более раннего постановления Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2011 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 3.7 и части 2 статьи 8.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «СтройКомплект»», согласно которому целью законодательства об административных правонарушениях, устанавливающих принципы административной ответственности и регламентирующих производство по делу об административном правонарушении и тем самым конкретизирующих соответствующие конституционные положения, является установление обстоятельств совершенного правонарушения и вины лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, или ее отсутствия в его совершении. Собственник орудия совершения административного правонарушения, если он не является лицом, привлекаемым к административной ответственности, лишен возможности полноценной судебной защиты своих прав. При этом КоАП РФ не только не требует его привлечения в какой-либо форме к участию в производстве по делу об административном правонарушении, но и делает возможное его участие бессмысленным, поскольку в существующей модели правового регулирования не предполагается выяснение того, какое отношение собственник орудия совершения административного правонарушения имеет к этому правонарушению. Следовательно, лишение собственника принадлежащего ему транспортного средства, которое использова-

лось для перевозки алкогольной продукции, находящейся в незаконном обороте, в рамках производства по делу об административном правонарушении в отношении юридического лица, притом что сам собственник этого транспортного средства не был привлечен к административной ответственности за данное административное правонарушение и не был признан в судебном порядке виновным в его совершении, приводило бы к несоразмерному ограничению прав собственника транспортного средства, гарантированных Конституцией РФ, и вступало бы в противоречие с конституционными принципами справедливости и равенства.

5. Несмотря на то что правотворческая составляющая в деятельности российских судов, в том числе органа конституционного судопроизводства, формально не признается, подчеркнем, что применительно к актам Конституционного Суда еще на заре его существования некоторые исследователи отмечали, что эти акты имеют прецедентную природу, хотя таковыми не являются¹.

Отметим, что для судебного прецедента в англосаксонской правовой традиции характерно: формирование судом в мотивировочной части судебного акта правила поведения, отличного от нормы, установленной законом, но не противоречащего ей; придание данному правилу поведения общеобязательного характера и распространение его действия на последующие аналогичные дела. Таким образом, в рамках прецедентной модели суд самостоятельно на основе здравого смысла создает право, осуществляя правосудие². Общеобязательность и формальная определенность правил поведения, установленных судебным прецедентом, не основываются на законе, а имеют своим источником сложившуюся традицию.

Из содержания Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» следует, что рассматриваемый орган государственной власти не создает прецедентов в том их значении, которое применимо в странах англосаксонского права. Об этом же свидетельствует и содержание самих актов конституционного судопроизводства: акты Конституционного Суда РФ становятся общеобязательными не сами по себе, а в результате законодательного предписания. При этом, как следует из Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», речь идет об обязательно-

сти не только резолютивной, но и мотивировочной части таких актов, т. е. обязательной, по сути, является сама правовая позиция и юридическая аргументация Конституционного Суда.

То, что общеобязательность и формальная определенность правовых позиций Конституционного Суда РФ вытекают из закона, а не традиции и здравого смысла, не позволяет распространить на них прецедентный подход. Другое дело, когда речь идет о судебных доктринах как более универсальном подходе при обозначении метода развития судебной практики.

В целом формирование судебных доктрин по отдельным вопросам в рамках российского правопорядка представляется неизбежным, поскольку именно данная форма восполнения правовых лакун является наиболее оперативной. Однако порождаемая судебными доктринами правовая неопределенность не позволяет рассматривать их в качестве полноценного источника права. Выявленная и временно восполненная через судебную доктрину правовая лакуна должна быть полноценно урегулирована посредством изменения законодательства.

¹ См., например: *Гаджиев Г. А., Пепеляев С. Г.* Предприниматель — налогоплательщик — государство: Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. М., 1998. С. 56; *Эбзеев Б. С.* Конституция. Правовое государство. Конституционный суд. М., 1997. С. 164; и др.

² См.: *Лафитский В. И.* Основы конституционного строя США. М., 1998. С. 5.

Глава II. Правотворческие концепты судебной деятельности

§ 1. Доктрина юридического суверенитета государства как социально-политический концепт судебной деятельности

1. *Общая характеристика доктрины суверенитета.* Юридическая наука на протяжении длительного исторического развития разработала массу различных доктрин по самым разнообразным проблемным вопросам¹. В некоторых правовых системах доктрина признается даже особым источником права. Поэтому совсем не случайно обращение в настоящей книге к судебным доктринам. При исследовании любой из них, и в частности доктрины юридического суверенитета, в качестве одного из исходных начал служат представления о самом понятии «доктрина».

Казалось бы, очевидно, что речь идет о совокупности определенных знаний. Однако в словарях обращается внимание на сходные категории, такие как «концепция», «теория», «учение». При сходстве лексического значения их использование при обращении к конкретной доктрине может дать неоднозначный результат. Представляется, что доктрина лежит в основании научной школы, когда мы имеем дело не просто с идеями, а с концептуально оформленными знаниями как результатами творческой деятельности ряда ученых. Иногда доктрины делят на официальные (создаваемые экспертами на национальном или наднациональном уровне) и научные (создаваемые в университетах и иных профессорских объединениях). Такая классификация по субъектам создания имплицитно подвергает сомнению собственно научный характер доктрины. Между тем все доктрины претендуют на истинность в научном смысле этого слова, хотя, разумеется, даже самые признанные наукой со временем утрачивают это качество. Все больше утверждается принцип фаллибилизма (от англ. *fallible* — погрешимый), согласно которому никакая научная теория

не может быть обоснована стопроцентно, поскольку может обнаружиться ошибочность любой из них, включая фундаментальные¹.

Разумеется, доктрины можно оценивать по степени завершенности, по степени восприятия и поддержки, распространенности, легитимности (в частности, по отношению к ним со стороны власти — некоторые из них становятся государственными).

У юристов общее понятие правовой доктрины часто привязывается к частной ситуации наличия пробела в праве, в том смысле, что текстуально выраженных правовых норм нет и восполнять их отсутствие правоприменитель может, используя правовую доктрину². Это узкое понимание, оно уместно, лишь если связано с представлением об источниках права³.

Применительно к доктрине юридического суверенитета актуальны все грани понимания и классификации доктрин, в том числе то, в какой степени возможно использование ее судами в качестве полноценного источника права. Объясняется это просто: в национальном законодательстве содержание понятия напрямую не раскрывается, а трактовки его в международно-правовых актах позволяют разные интерпретации. Поскольку принцип правовой определенности приобретает все большее значение в решениях любого суда, актуализируется необходимость научного анализа того, как представляется суверенитет в официальных актах и в сугубо доктринальных материалах.

Само понятие «суверенитет» стало употребляться в последнее время в разных значениях. Говорят о суверенитете экономическом, финансовом и т. д. В качестве субъектов суверенитета называют личность, народ, нацию, различные административно-территориальные единицы (например, крупные города), желая этим подчеркнуть, например, приоритет интересов личности, изначальную принадлеж-

¹ См.: Хайтун С. Д. Кризис науки как зеркальное отражение кризиса теории познания. Кризис теории познания. М., 2014. С. 2.

² См.: Большой юридический словарь. URL: https://big_law.academic.ru. В определенный период времени, пока в соответствии с позитивистской доктриной не стали видеть право в писаных нормах, все международное право рассматривалось в качестве доктрины. Г. Гроция не случайно признают отцом международного права — именно его учение, его труды рассматривались в качестве права. Сегодня работы ученых могут признаваться в качестве субсидиарного источника права.

³ Есть две общепризнанные на Западе доктрины источников позитивного права: доктрина законодательства (в широком смысле этого слова) и доктрина прецедента. Их противопоставляют в науке, они противопоставлены разными правовыми системами. Борьба их имеет вековую историю и обусловлена рядом объективных и субъективных факторов. Представляется, что в современных условиях развития информационного социума практические усилия должны быть сосредоточены не на противопоставлении, а на сближении позиций. На это и направлена предлагаемая нами доктрина юридического суверенитета государства.

¹ См., например: Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: историко-теоретические вопросы. Красноярск, 2007; Исмаилов Б. И., Газиев К. Ж. Политико-правовые доктрины эпохи глобализации. Ташкент, 2013; Полянский Д. А., Пузиков Р. В. Правовая доктрина как особое правовое явление // Вестник ТГУ. Вып. 11 (127). 2013.

ность власти народу, независимость органов власти и управления административно-территориальных единиц при решении вопросов местного значения и т. д. Хотя сам термин был введен в научный оборот прежде всего для характеристики власти государства, в той или другой части юридическая наука касается всех «суверенитетов» и всех проявлений суверенитета. Но при этом отечественная наука должна исходить из того, что «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ», что «народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления» (ст. 3 Конституции РФ). Важно также соотносить эту норму с дополнением ст. 67 Конституции РФ ч. 2¹ следующего содержания: «Российская Федерация обеспечивает защиту своего суверенитета и территориальной целостности. Действия (за исключением делимитации, демаркации, редемаркации государственной границы Российской Федерации с сопредельными государствами), направленные на отчуждение части территории Российской Федерации, а также призывы к таким действиям не допускаются». Здесь можно отвлечься от интерпретации частнопроводного понятия «отчуждение» применительно к решению публично-правового вопроса, где субъектами выступают совсем не собственники и объект (территория) весьма специфичен. Основополагающее для всеобщего руководства положение о суверенитете принимается в силу ст. 4 (ч. 3) Конституции РФ, согласно которой Российская Федерация обеспечивает целостность и неприкосновенность своей территории. Мы акцентируем внимание на том, что в качестве субъекта указана Российская Федерация во всей полноте этого понятия, и в настоящем разделе сосредоточиваем внимание на той части народного суверенитета, которая осуществляется через органы государственной власти. Это позволяет нам писать о государственном суверенитете. Вообще суверенитет всегда был и остается проблемой, вокруг которой ведутся острые дискуссии, имеющие не только и даже не столько теоретическую, сколько практическую направленность, поскольку различные аспекты проблемы суверенности какого-либо образования, какой-либо общности нередко использовались для обоснования или оправдания того или иного политического курса. Опять же в области экономики, культуры, национального строительства и т. д.

Государство обладает *суверенитетом*. Суверенитет — это верховенство власти внутри страны и независимость ее вне страны. Суверенная власть понимается как власть верховная, независимая, неделимая, неотчуждаемая, всеобщая. Суверенитет — это одна из характеристик власти, которой обладает государство. Суверенность власти

государства означает ее верховенство и независимость по отношению к властям всех лиц и организаций, находящихся как в пределах, так и за пределами территории государства. Из этих двух взаимосвязанных признаков, составляющих суверенитет, долгое время говорили в основном о втором — независимости, неподчинении государства как суверена любому надгосударственному образованию или другому государству. Представляется, однако, необходимым интегрировать качества верховенства и независимости государства, о какой бы сфере его деятельности не шла речь, в понятие его юридического суверенитета.

2. *Юридический суверенитет как особый аспект суверенитета государства.* Юридический суверенитет государства выражается, во-первых, в самостоятельности его правотворческих решений; во-вторых, в верховенстве актов государства, основанных на действующей конституции; в-третьих, в общеобязательности и непрерывности решений правоприменительных органов государства для всех их адресатов; в-четвертых, в универсальном действии юридических актов государства в пределах его пространственной сферы; в-пятых, в возможности (т. е. в прерогативе) отмены решений иных властей, посягающих на верховенство актов государства, принятых в пределах его суверенных прав.

С юридической точки зрения связь суверенитета с государством позволяет говорить об исключительном праве государства на законное применение силы, в том числе на физическое насилие и ограничение свободы. Для этого создаются специальные государственные органы, среди которых в аспекте реализации государственного суверенитета высшее место принадлежит суду. Привлечь внимание к суду — к суверенитету суда, независимости судебной власти в ее взаимоотношениях с другими властями как внутри, так и за пределами национального государства следует уже по той причине, что именно на этот орган возлагается суверенное решение всякой конфликтной ситуации, на каком бы уровне (местном, региональном, национальном государственном или межгосударственном) она не возникла. Разумеется, везде есть особенности проявления суверенитета судебных решений, хотя и общее несомненно проявляется. Именно суд в конечном счете выступает в качестве носителя и гаранта юридического суверенитета государства.

Все общие признаки суверенности, присущие государству и государственной власти вообще, свойственны фактически такому институту, как суд и судебная власть. Разумеется, с определенными оговорками, но в отличие от любых других государственных органов, в

отличие от любой другой власти суду независимость свойственна органично, имплицитно, в противном случае о суде и говорить было бы невозможно. В европейской системе судьи не дают отчета по существу своих дел кому бы то ни было за пределами судебной системы. На них лежит обязанность действовать независимо во всех случаях и без какого бы то ни было влияния извне. Комитет министров Совета Европы закрепил эту позицию в своих рекомендациях, согласно которым никакой орган, кроме самих судов, не может определять их компетенцию, как это определено законом; правительство или администрация не могут принимать решения, которые ретроактивно отменяют судебные постановления; ветви исполнительной или законодательной власти должны обеспечивать независимость судей и непринятие мер, которые могут поставить под угрозу независимость судей¹.

Суда касаются все проблемные вопросы, связанные с суверенитетом. Самый проблемный из них: суверенитет — это действительно ничем и никем не ограниченная, абсолютная власть (а это следует из определения) или все-таки есть какие-то пределы? Следует иметь в виду, что наиболее распространенное в настоящее время понимание суверенной власти предполагает ее ограниченность. Более того, в условиях глобализации среди современных государств вообще не находят таких, чья деятельность бы никем и ничем не ограничивалась. Но ведь и по отношению к суду этот вопрос актуален².

Второй проблемный вопрос касается соотношения прав государства и прав человека и гражданина. Либеральная позиция заключается в том, что права государства не могут быть выше прав человека. По замечанию основателя Римского клуба А. Печчеи, в век «глобальной империи человека» именно государственный суверенитет является главным препятствием на пути к его спасению³. Применительно к деятельности суда проблема обнажается до конца: следует ли суд закону или праву и если праву, то не творит ли он право сам, открывая о своей независимости?

¹ См. рекомендацию № R(94)12 Комитета министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей. URL: <http://docs.cntd.ru/document/901927870>.

² В краткосрочной перспективе России грозит потеря суверенитета судебной власти. Принятие решений в отношении судьбы все большего числа российских активов будет осуществляться за пределами России. Поскольку активы уже давно на Западе, то с исполнением этих решений проблемы не возникнут.

³ См.: *Хабриева Т. Я.* Теоретические проблемы современного российского конституционализма (Научно-практический семинар) // Государство и право. 1999. № 4. С. 115; *Печчеи А.* Человеческие качества. М., 1977.

Третий проблемный в теоретическом и практическом плане вопрос — о суверенитете в федеративных государствах: кому принадлежит суверенитет в федеративных государствах — федерации в целом или субъектам федерации? Конституционный Суд РФ дал на него ответ, сформулировав позицию о единстве государственного суверенитета. И судебная система в Российской Федерации покоится на принципе единства. Однако есть муниципальные суды, конституционные и уставные суды, которые в силу своей исключительной компетенции обладают известной независимостью.

Четвертый проблемный вопрос самый новый и дискутируется в кругу политической элиты российского общества. Это проблема суверенной демократии. Суть в том, что одну-единственную модель демократии (западную, либеральную) хотели бы распространить по всему миру. Но демократия демократии рознь, и, соответственно, демократия определенного государства столь же суверенна, как и остальные проявления государства. Несмотря на трудности и многочисленные (преимущественно публицистические) вопросы с анализом новой категории, «серьезный и системный анализ социальных перспектив вполне может вестись сквозь призму “суверенной демократии”»¹.

Казалось бы, данную проблему можно было и не затрагивать здесь. Однако именно место и роль суда в правовой системе придает «суверенной демократии» пикантность. В одних государствах право творит парламент (бесспорно демократическое учреждение), а в других — суд, без широкого обсуждения (за закрытыми дверями). Но кто отважится сказать, что это не демократические государства, что они не могут претендовать на «суверенность» их форм решения социальных конфликтов?

Итак, единственное, от чего в континентальной правовой системе зависит суд, — это закон. Согласно ст. 120 Конституции РФ судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону. Это внутри страны, а вовне и вовсе независимы, хотя всем известна ст. 15 Конституции РФ, которая обязывает судей следовать общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам РФ. Здесь нет возможности вдаваться в детали, в интерпретации соответствующих норм; важно сделать общий вывод о независимости суда от какой-либо другой власти (от какого-либо органа) и зависимости его от закона и права. Только здесь теряет суд свой суверенитет в континентальной системе права.

¹ *Лебедев В. А., Киреев В. В.* Суверенная демократия или суверенитет демократии? // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 5. С. 11.

ЕСПЧ как суд, как европейская судебная инстанция не стоит над национальным судом. Национальный суд подчиняется только национальной конституции и национальным законам, а всем иным правовым актам — только в той мере, в какой это прямо разрешено национальным правом¹.

3. *Судебное решение как выражение юридического суверенитета государства и его гарантия.* Разные органы государства осуществляют суверенную власть народа. Через свои легитимные решения. Принято считать, что верховенство среди всех актов государства принадлежит законам. Однако для правовых систем, в которых предусмотрена конституционная юстиция, в которых осуществляется конституционное судопроизводство, приходится делать оговорки, поскольку решениями органов, решающих вопросы соответствия законов и иных государственных актов конституции, эти акты лишаются юридической силы, признаются не подлежащими применению.

В Российской Федерации верховное выражение юридического суверенитета Российского государства мы находим в постановлениях Конституционного Суда. Именно в них юристы самой высокой квалификации (судьи высшего квалификационного класса) вырабатывают свою правовую позицию, которая с принятием решения становится официальной позицией высокого судебного органа. Решения Конституционного Суда РФ являются общеобязательными на всей территории РФ, и ст. 6 Закона о Конституционном Суде РФ не делает здесь никакого исключения, что только подтверждает высшую (суверенную) юридическую власть этого органа.

¹ Статья 79 Конституции РФ дополнена нормой о том, что решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции РФ, не подлежат исполнению в Российской Федерации. С данным запретом связано дополнение ст. 125 Конституции РФ, согласно которому Конституционный Суд РФ в порядке, установленном федеральным конституционным законом, разрешает вопрос о возможности исполнения решений межгосударственных органов, принятых на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, а также о возможности исполнения решения иностранного или международного (межгосударственного) суда, иностранного или международного третейского суда (арбитража), налагающего обязанности на Российскую Федерацию, в случае, если это решение противоречит основам публичного правопорядка Российской Федерации (п. «б» ч. 51). Конституционный Суд РФ определил, что приведенные положения, как это прямо следует из их формулировок, не предполагают отказа Российской Федерации от соблюдения самих международных договоров и выполнения своих международных обязательств, а потому не вступают в противоречие со ст. 15 (ч. 4) Конституции РФ. См.: URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_347691. См. также: URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70601644>.

Правовые позиции Конституционного Суда РФ — это выработанные в процессе конституционного судопроизводства правотворческие, правоконкретизирующие или интерпретационные правовые положения, устанавливающие конституционно-правовой смысл действующих правовых норм, положенные в основу решения по конкретному делу и являющиеся общеобязательными в решении юридических дел в последующем.

В конечном счете Конституция РФ и решения Конституционного Суда РФ придают качество суверенности всем судебным решениям. Не только тем, которые прошли проверку на предмет конституционности, но и тем, которые выносились под угрозой такой проверки, предусмотренной соответствующими процессуальными нормами.

Суверенный характер судебных решений обусловлен особым местом суда в политической системе. Это государственный орган и одновременно орган, который напрямую выражает волю народа в случае признания прав и свобод граждан в споре с государством¹. Теоретическую проблему соотношения права и закона суд может решить в пользу права вопреки проявленной государственной воле. Конечно, в первую очередь и типично судебное решение в российской правовой системе интегрирует те правовые нормы (содержание правовых норм), на которых оно основывается. Вместе с тем представляется, что в каждом судебном решении в той или иной степени (в разных решениях в разной мере) находит воплощение то, что принято именовать естественным правом, то, что называют правом сторонники социологического или психологического направления в праве, а также то, на что указывали, например, сторонники исторической школы права или указывают сегодня приверженцы либертарного понимания права. Критикуемый часто легизм и легистское представление о праве сами предполагают включение в нормы закона самых разных ценностей. Их реализация затем происходит в русле соответствующих правовых теорий и через посредство судебных решений, в которых воплощается и то, что называют правом легисты, и то, что считают правом психологи, не говоря уже о естественном праве, которое чаще всего отождествляют с воплощением справедливости.

¹ В постановлении Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности статей 220¹ и 220² «Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» указано: «...личность в ее взаимоотношениях с государством выступает не как объект государственной деятельности, а как равноправный субъект, который может защищать свои права всеми не запрещенными законом способами (статья 45, часть 2, Конституции Российской Федерации) и спорить с государством в лице любых его органов. Никто не может быть ограничен в защите перед судом своего достоинства, а также всех связанных с ним прав».

Современные правовые системы романо-германской семьи прямо допускают, чтобы суды руководствовались не только законом, но и правом. Согласно ч. 3 ст. 20 Основного закона ФРГ судебная власть связана «законом и правом». В названных нормах признается в качестве действующего естественное право и, как следствие, признается воплощение доктрины естественного права, которую непременно будут использовать суды в обоснование своих решений.

Естественно-правовые ценности закреплены и в Конституции РФ. Так, согласно ст. 17 «основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения»; согласно ст. 18 «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». Конституция РФ не допускает умаления достоинства личности (ст. 21), устанавливает право на «защиту своей чести и доброго имени» (ст. 23). Очень существенно, что согласно ст. 45 Конституции РФ «каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом». Таким образом, если гражданин осуществляет свои действия вне действия законодательных запретов (по праву), ему «гарантируется судебная защита его прав и свобод» (ст. 46). Согласно ст. 82 Конституции РФ при вступлении в должность Президент РФ дает присягу «верно служить народу».

Анализ отраслевого законодательства РФ и судебной практики судов общей юрисдикции¹ позволяет заключить, что на естественное право и естественно-правовую доктрину сориентировано употребление таких понятий, как «справедливость», «гуманизм», «человеческое достоинство». Интеграция легистского, социологического, психологического и естественно-правового подходов к восприятию права проводится в особо значимых решениях Конституционного Суда РФ.

Во все времена, а по условиям современности особенно, суды в своих решениях не ограничиваются констатацией фактических и юридических реалий, а пытаются конструировать новую реальность. Мы можем, в частности, видеть это в решении проблемы суверенитета в условиях глобализации, в частности в вопросах об отношении к решениям Европейского Суда по правам человека, касающимся внутренней политики государств — участников Европейской конвен-

¹ Решением Котласского городского суда Архангельской области от 20 января 2016 г. по делу № 12-7/2016 указано следующее: «Право на отдых в ночное время является естественным правом и естественной потребностью человека. Это конституционное (см. ч. 5 ст. 37 Конституции РФ) право было нарушено».

ции о защите прав человека и основных свобод. Не только законодателю, но и суду приходится определять необходимость урегулирования рамок поведения, согласования действий и интересов, иерархии (соотношения) национальных и межгосударственных органов и институтов, их компетенции, выработки механизма, обеспечивающего разграничение юрисдикции национального и интеграционного права¹. В ходе этой работы нельзя переоценивать возможности международных органов, поскольку решение многих интеграционных вопросов требует в первую очередь национального уровня регулирования.

Наша позиция о суверенной роли суда и характере решений высших судебных инстанций не является бесспорной. В статье Е. В. Тимошиной «Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера» отмечается, что «реализация концепции правового государства, предполагающей идею суда как независимой нейтральной инстанции, имела неожиданный побочный эффект, не предусмотренную замыслом издержку. ...Речь идет об обнаруживающей себя в сфере конституционной юстиции тенденции к суверенизации судебной власти и, как следствие этого, к радикальной политизации правосудия, в особенности в ситуациях конкуренции прав человека. Процесс суверенизации судебной власти и политизации юстиции поддерживается идеологией судебного активизма, которая конструирует нового суверена — судью, пытаясь поставить его на место устраненного суверена классического (остиновского) юридического позитивизма и присвоить ему все признаки суверена классической политической доктрины»².

Е. В. Тимошина характеризует реалистическую позицию М. Тропера как волюнтаристскую, поскольку он «исходит из того, что тол-

¹ См.: Зорькин В. Д. Интеграция европейского конституционного пространства: вызовы и ответы // Журнал российского права. 2006. № 12. С. 15. В постановлении Пленума Верховного Суда от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» указано, что «с целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств — участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского Суда». Председатель Конституционного Суда РФ обратил внимание на то, что сегодня Европейский Суд иногда дает такое разъяснение норм Европейской конвенции, о котором ее разработчики просто не могли предполагать, т. е. осуществляет так называемое эволюционное толкование, которое часто вызывает споры и противоречия. Подробнее см.: Зорькин В. Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия: новые вызовы и перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5.

² Вестник РУДН. Серия 52: Юридические науки. 2016. № 2. С. 51.

кование представляет собой не акт *познания* смысла (значения) авторитетно установленного правила, а ничем не стесненный акт *волеизъявления* субъекта толкования, которым устанавливается норма как смысл текста и его юридическая сила». С нашей точки зрения, следует согласиться с любой критикой подмены толкования любой другой деятельностью и нельзя не видеть, что в действительности такого рода смешение сознательно или неосознанно очень часто происходит. Но суверенизацию судебной деятельности надо связывать не с такого рода реалией, а с той, что в правовом регулировании неизбежны пробелы и суд, не имея возможности отказать на этом основании в решении дела, обязан, используя свое суверенное право, установить необходимое регулирование. Идеология судебного активизма, как представляется, не означает оправдание «произвольной власти» и ни об одном суде нельзя сказать, что он «юридически свободен». Несвободны и высшие судебные суверены — в России Конституционный Суд и Верховный Суд. Характеристика суверенитета как независимой от закона (ни из чего) не выводимой власти всегда требует оговорок, о чьей бы власти речь не шла. Лишь божественная власть этого не требует, хотя и здесь можно предположить, что награды и наказания верующим определяются реалиями их поведения.

Судьи всегда связаны соответствующими процессуальными нормами и всегда на них возлагается обязанность следовать правилам толкования права. Возможно, последние следует в определенной форме возвести в закон. И тем более необходимо конституционно обязать суды искать новое право по заранее декларируемым правилам. Представляется недостаточным здесь ограничиться общим указанием на аналогию закона и аналогию права. Указание в законе на добросовестность — один из верных шагов в этом направлении.

Вопросы о нормотворчестве Конституционного Суда РФ, о прецедентном праве в нашей правовой системе, как известно, очень спорные. Но если их решать положительно, придется признать необходимость обоснования в судебных решениях эффективности принимаемого решения, что требует тщательного соизмерения социальных ценностей и ставит судей в более серьезную зависимость, чем только формальное исполнение зафиксированных нормативными актами требований. Близкое знакомство с деятельностью Конституционного Суда РФ позволяет надеяться на осуществимость доктрины конституционного развития без изменения текста Конституции. Опасность того, что процедуры, которые предусмотрены в действующем тексте, окажутся в большой степени политизированными, куда больше тех, которые можно видеть в естественном развитии Основно-

го закона посредством вынесения решений Конституционного Суда РФ. Соглашаясь с тем, что «проблема “творческого судейства” в первую очередь является конституционно-правовой проблемой»¹, полагаем возможным принятие постановления Конституционного Суда РФ, которым бы давалось толкование ч. 2 ст. 3 Конституции применительно к реализации суверенной власти Конституционным Судом.

4. *Имплементация судебных решений в законодательство — наиболее полное воплощение юридического суверенитета государства.* Юридический суверенитет государства, как можно понять из предшествующего изложения материала, обеспечивается верховенством издаваемых его органами актов. В первую очередь конституцией и законами, но не только. В том числе судебными актами, исходящими от высших судебных инстанций. Разные акты обладают неодинаковой юридической силой и потому по-разному оцениваются разными правовыми доктринами.

Следуя общеизвестному закону отрицания отрицания, полагаем необходимым противоборство доктрин правотворчества вообще, судебного правотворчества и судебного толкования права умерить разработкой доктрины имплементации судебных решений в законодательство. Суть этой доктрины в том, что она практически решает непримиримые позиции теоретиков и практиков, одни из которых признают полноценным источником права лишь закон, а другие считают полноценным источником права действующие наряду с законом судебные прецеденты. Предлагаемая нами доктрина позитивно относится и к одним, и к другим источникам права, но она видит особого рода реалии, когда принципиальные (прецедентные) судебные решения с прагматической точки зрения *целесообразно* имплементировать в законодательные тексты. Случается, что правовые позиции судей настолько решительно вторгаются в сферу прав человека и гражданина, что есть прямая необходимость провести их через демократические фильтры парламентских дискуссий.

Отсюда вытекает практическая задача проследить решения разных судов, в том числе судов общей юрисдикции (прежде всего высших), на предмет «осовременивания» законодательства. И как следствие такой работы обнажается значение названной выше доктрины — доктрины суверенности судебных органов и суверенизации выносимых судами решений. Как таковая она менее всего разработана, хотя на обыденном уровне менее всего вызывает сомнений. Акты судебных органов принято считать окончательными и непре-

¹ Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О. В. Кильдьюшова. М., 2013. С. 52.

рекаемыми, имеющими высшую юридическую силу. Именно они в конечном счете обеспечивают суверенитет государства с юридической стороны.

Названная доктрина не исходит из *непререкаемой обязанности* законодателя закрепить позитивную судебную позицию нормой закона. Он может оставить ее судебной «нормой». И лишь там, где конституционный суд лишает закон юридической силы и предписывает законодателю встать на путь точного и неуклонного следования конституции, законодатель воспроизводит (имплементирует) выраженную в судебном решении позицию в новом законе (новой редакции закона). Избирается компромиссный вариант: законодатель делает позицию суда своей. Национальные законодатели призваны имплементировать в том числе и прецедентные решения международных судов, в частности решения Европейского Суда по правам человека. В более широком смысле имплементация предполагает учет национальным законодателем легитимных решений иных международных органов. Разумеется, при этом процессы имплементации требуют системного контроля и экспертизы на предмет соответствия вводимых норм конституции, решениям национально-конституционного суда.

Доктрина имплементации судебных решений в законодательство включает в себя четыре части. Это, во-первых, сама теория содержания имплементации; во-вторых, философия имплементационной деятельности; в-третьих, ее правовая основа; в-четвертых, аргументация организационных мер по имплементации судебных решений.

С теории мы начали и подробно рассмотрели ее в специальной статье¹. Философия процессов имплементации и всего, что с ней связано, разумеется, включает в себя соответствующие мировоззренческие аспекты, общие и специальные методы изучения процессов правотворчества и правоприменения. Однако есть здесь и то, что характеризует имплементацию по существу.

Представляется необходимым в этом качестве выделить метод субсидиарности и метод дополнительности. Тот и другой предполагают по возможности освобождение от политики — это сугубо юридические подходы. Внутри страны они обеспечивают единство разделенных властей, а вовне служат наиболее эффективному обоснованию компромиссов. Основанием для всякого рода имплементаций является естественный, практический разум, которым успешно руководствовались во все времена вопреки всем национально-агрессивным позициям властителей, исповедующих узкокорыстный ин-

терес. И сегодня интернационализация конституционного права или конституционализация международного права может с должным эффектом протекать лишь на естественно-правовой основе в параметрах общепризнанной справедливости¹.

Принцип субсидиарности ярче всего демонстрируется в случае действия в системе разномасштабных величин, элементов, субъектов, располагаемых не в плоскости, а по вертикали. В принципе все они действуют согласованно, поскольку находятся в одной системе, имеют некие общие цели и общие руководства. Принцип субсидиарности отдает первоначальные действия по решению общезначимых для системы задач меньшим величинам, менее значимым решениям, менее статусным субъектам. То, что не будет решено на этом уровне, будет решено на более высоком. Убедительные иллюстрации приводят, например, из области федеративных отношений.

Однако, когда мы пытаемся использовать соответствующую философию применительно к проблемам имплементации одних актов в другие, можем попасть в затруднительное положение с выяснением их иерархичности, с установлением уровня в статусе субъектов, призванных к решению соответствующих вопросов. Это случается, в частности, с имплементацией решений Конституционного Суда РФ в российское законодательство и с имплементацией решений ЕСПЧ в российскую правовую систему. Здесь нет места для рассмотрения острых коллизий, которые уже возникали и еще могут возникнуть, заметим только, что субъекты в зависимости от ситуаций могут меняться местами: законодатель решает первым, Конституционный Суд — вторым и при этом оказывается выше законодателя; национальный конституционный суд и национальный законодатель может оказаться выше ЕСПЧ. Но система такова, что все названные органы вынуждены сотрудничать, находить компромиссы, преодолевать возникающие трения. Не могут они покинуть систему, и систему современного правосудия сложнее будет представить без них.

¹ Это касается решения не только общих вопросов соотношения принципов и норм национального и международного права, но и тех, которые затрагивают суверенное положение судов, во-первых, в признании обязательности решений ЕСПЧ в части конкретного решения по конкретному делу и, во-вторых, в признании обязательности рассмотрения компетентными органами правовых позиций ЕСПЧ на предмет возможной их имплементации в национальную правовую систему. Здесь не все так просто. Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин не без оснований отмечал, что, применяя постановления ЕСПЧ не в рамках конкретного дела, а распространяя его на все аналогичные ситуации, Российское государство расширяет юрисдикцию ЕСПЧ до наднациональной законодательной, не входящей ни в одну систему сдержек и противовесов, что недопустимо. См.: Зорькин В. Д. Право в условиях глобальных перемен. М., 2013. С. 464—467.

¹ См.: Лазарев В. В. Доктрина имплементации решений судебных органов в законодательство // Журнал российского права. 2019. № 7.

В качестве примера для иллюстрации и последующего анализа принципа субсидиарности и принципа дополнительности можно предложить ситуацию, в которой участвовали органы исполнительной власти, Верховный Суд, Конституционный Суд и законодатель. При рассмотрении одного из запросов Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что акты федеральных органов исполнительной власти, которые содержат разъяснения законодательства, формально не являются нормативными правовыми актами, но фактически обладают нормативными свойствами. Отсюда федеральному законодателю надлежало внести в действующее правовое регулирование изменения, направленные на установление особенностей судебного рассмотрения дел об оспаривании таких актов¹. Позиция Конституционного Суда была оперативно имплементирована в законодательство².

Принцип субсидиарности — принцип ограничения власти и, следует добавить, взаимного ограничения, коль скоро речь идет о взаимодействии разных ее носителей. Но одновременно это и дополнение власти, что позволяет нам говорить о философском принципе дополнительности.

А. И. Ковлер не без основания считает, что субсидиарный характер международной юрисдикции дает человеку дополнительную возможность защитить свои права, поскольку сделать это на национальном уровне оказалось недостаточно или вообще невозможно³. Представляется, что этот вывод имеет значение не только в решении вопроса о защите прав конкретного индивида. Он позволяет увидеть необходимость дополнительных усилий в части законодательного регулирования, чему может способствовать имплементация в национальное законодательство решений органов международной юрисдикции.

Автор идеи дополнительности физик Н. Бор «обращал также внимание на применимость принципа дополнительности к пониманию

взаимодействия культур и общественных укладов»¹. Более того, сегодня этот эпистемологический принцип распространяют на все явления действительности и не только на ее рациональную сторону, но и на противопоставляемую ей иррациональную сторону при рассмотрении обеих сторон в качестве дополнительных. Для целей настоящего анализа важно подчеркнуть два обстоятельства: принцип дополнительности используется в оценке разного уровня и разного значения источников права на предмет имплементации одного в другой; принцип дополнительности предполагает учет позиции того, кто оценивает, и включение ее в содержание имплементируемого акта. Шкала оценок, как мы понимаем, определяется нормативными актами, но применительно к постоянно меняющейся реальности она «размазывается» и в выносимое на основе этого акта решение обязательно привносится некая доля ее уточнений полномочным субъектом. В этой парадигме следует рассматривать отношение между законодателем и судом (их актами), между национальными и межгосударственными органами.

К сожалению, мы не можем назвать специальный нормативный акт, в котором бы в России соответствующими нормами определялись общие и специальные условия имплементационной деятельности в той или другой ее разновидности. Соответственно, не может быть и процессуальных установлений по их реализации. Организационные нормы по установлению потребности в имплементации определенных судебных решений в законодательство (равно сроков, форм и полномочий) имеются и адресованы они аппаратам парламента, Правительства, Конституционного Суда, Верховного Суда. Все это предмет специального исследования².

§ 2. Судебный прецедент в практике ЕСПЧ и российских судов (сравнительный анализ)

Дискуссии о судебном прецеденте и его правовой природе развиваются как в России, так и за рубежом уже довольно долгое время. Конференция на эту тему проходила в стенах Института государства и права в 1997 г. и выявила широкий разброс мнений ведущих отечественных теоретиков³. Затем на эту же тему в марте 2000 г. в Москве был проведен международный семинар, который показал,

¹ См.: URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201504020021?index=23&rangeSize=1>.

² 26 января 2016 г. Госдумой в окончательной редакции приняты законы, определяющие порядок оспаривания ведомственных актов разъяснительного характера: № 892376-6 «О внесении изменений в статью 43⁴ Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и статью 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации»; № 892355-6 «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации в части установления порядка судебного рассмотрения дел об оспаривании отдельных актов»; № 892365-6 «О внесении изменений в статьи 333¹⁹ и 333²¹ части второй Налогового кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации в части установления порядка судебного рассмотрения дел об оспаривании отдельных актов».

³ См.: Ковлер А. И. Антропология права: учебник для вузов. М., 2002. С. 399.

¹ URL: <https://gtmarket.ru/concepts/6958>.

² Многие из поставленных здесь вопросов рассмотрены в коллективной монографии сотрудников ИЗиСП «Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения» (М., 2019).

³ Материалы конференции см. в сборнике: Судебная практика как источник права. М., 1997.

что и за рубежом идут дискуссии о правовой природе судебного прецедента как в национальных правовых системах, так и на международном уровне¹.

Большинство участников московского семинара высказалось за включение судебной практики в полноценные источники права. Правда, одни участники делали оговорки: таковыми источниками должны быть прежде всего признаны акты высших судов, выносимые ими постановления, обобщения судебной практики, толкование законов (а в случае с конституционными судами — и конституции). Другие отводили судебному прецеденту роль дополнительного источника права, цель которого состоит не в замене ранее существовавших источников права, а в их уточнении и, если требуется, приспособлении к новым общественным условиям. Третьи, прежде всего «отраслевики», подчеркивали важную роль судебных прецедентов в заполнении пробелов законодательства, особенно в периоды его бурной ломки и принятия законов «на скорую руку». Наконец, большинство признавало роль международных судов и их практики как источника развития национального законодательства.

Однако было бы преувеличением считать эти позиции в качестве одобрения «легализации» судебного прецедента. Например, академик В. С. Нерсисянц относил судебную практику к правоприменительной, а не к правотворческой деятельности². Словом, дискуссия не была завершена. Продолжаются дискуссии и по сей день как в отечественной³, так и в зарубежной юридической среде⁴. И эти дискуссии имеют под собой глубокую теоретическую основу.

¹ Представленные на семинаре доклады были оперативно опубликованы под тем же названием: Судебная практика как источник права. М., 2000.

² См.: Нерсисянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107.

³ Пока отметим в хронологическом порядке только те работы, которые посвящены почти исключительно этой теме: Богдановская И. Ю. Судебный прецедент: источник права? // Государство и право. 2002. № 12. С. 5—10; Марченко М. Н. Судебное правоприменение и судебное право: учеб. пособие. М., 2007; Лазарев В. В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 92—99; Он же. Прецедент: реалии и перспектива в российском праве // Российское правосудие. 2014. № 4. С. 6—15; Он же. Место и роль суда в правовой системе // Журнал российского права. 2014. № 10. С. 17—30; Богдановская И. Ю. Закон и судебный прецедент: эволюция борьбы за верховенство // Российское правосудие. 2015. № 9. С. 18—26; Власенко Н. А., Залоило М. В. Конкретизация и толкование права как творческое содержание судебной практики // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 43—57; Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. М., 2018.

⁴ Сошлемся на фундаментальный труд, в котором приведена обширная библиография: Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

Представляется, что «классические» юристы с их склонностью к классификациям никак не могут договориться о месте закона и судебного прецедента в иерархии норм права (об этом пойдет речь ниже), а вот юристы, погружившиеся в систему понятий антропологии права, среди двух парадигм — нормы и процесса — выбирают синтез и того и другого. Отдавая предпочтения процессуальному анализу в процессе урегулирования конфликтов, антропологи права все же вынуждены признать: «Однако, если процессуальный анализ позволяет достигнуть более широкого, чем при нормативном анализе, познания правовых явлений, *case method*, на котором он основан, не может претендовать на глобальный охват правовых явлений, поскольку право не сводится к одним лишь конфликтным процессам»¹. Тем не менее в «синтетическом» подходе юристов-антропологов есть своя логика: правовое бытие человека заключено не только в жесткие рамки норм закона, оно включает в себя обычаи, правила общежития, «нормативность» (нередко весьма суровую) замкнутых социальных и возрастных групп и т. д. Уже в библейской Книге Судей и в греческих трагедиях суд предстает как самостоятельный и мощный регулятор общественных отношений. Не стоит игнорировать и набирающую обороты так называемую альтернативную юстицию (медиацию, возрождение традиционного правосудия и т. д.), создающую свою нормативную среду. Мы брали на себя определенный профессиональный риск, утверждая, что догмат «панюридизма», т. е. неотвратимость тотального правового регулирования всей жизни человека без малейшего зазора для «не-права» как дополнительного регулятора социальных отношений, не пронизывает без остатка правовое бытие человека: «все-право» должно потесниться и признать, что есть в человеческом существовании и сферы «не-права»².

Даже если пойти по пути логики ригористов, исключающих судебную практику из источников права, то и в этом случае судебный прецедент самим своим существованием обогащает правовую систему общества. В связи с этим представляется весьма удачной апелляция к «диалогичности права»³, сочетания в нем элементов нормативности и ее применения, а если необходимо — и толкования судебной практикой. Именно исходя из «диалогичности права», попытаемся определить место судебного прецедента в системе права.

Первый же вопрос, который возникает на этом пути: а является ли судебный прецедент подлинным (вариант: вспомогательным) ис-

¹ Рулан Н. Юридическая антропология. Пер. с фр. М., 1998. С. 47.

² См.: Ковлер А. И. Антропология права. М., 2002. С. 306. См. также: Carbonnier J. Inventaire du non-droit // Flexible droit. P., 1998. P. 25—36.

³ Социокультурная антропология права. СПб., 2015. С. 266—275.

точником права? Можно, конечно, уйти от ответа, сведя эту проблему к одному из парадоксов юридического сознания, точнее, к его метафоричности — очень тонкое замечание А. А. Рубанова¹. Но мы все же пойдем по пути выяснения правовой сути судебного постановления и судебного прецедента.

Будем исходить из того, что, будучи одной из ветвей государственной власти, судебная власть оказывает несомненное правовое воздействие на правовую систему и на общественные отношения в целом. В этом плане разделяем категоричную — потому что объективную — позицию Т. Н. Нешатаевой, заявляющей, что «причины появления прецедента зависят не от того, допускается ли этот источник законодателем, но от самой сущности судебной деятельности, олицетворяющей властную функцию государства и направленной на правовое воздействие на общественные отношения»².

Большую теоретическую ценность представляют выводы, сделанные известным теоретиком права — и полемистом — В. В. Ершовым. Прежде всего представляется обоснованной его позиция по разведению понятий «источники права» и «формы права». В. В. Ершов считает необходимым рассматривать источники права «как его начала, то, из чего оно возникает, происходит», а формы права «как его внутреннее и внешнее выражение»³. Просто и понятно. Но вот в чем проблема: относя к источникам права «единообразную и многократно повторяемую правотворческую деятельность юридических и физических лиц по защите собственных интересов»⁴, он одновременно исключает из поля зрения судебные прецеденты. Позднее он отнесет их к видам индивидуального правового регулирования⁵, правда прежде сделав оговорку о том, что правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений — это парные категории.

Сложнее обстоит вопрос о так называемых формальных и неформальных источниках права.

Исходя из концепции «формальных источников права»⁶, правовая мысль неизбежно выводит на проблему иерархии этих источни-

¹ См.: Рубанов А. А. Понятие источника права как проявление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 42.

² Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 93.

³ Ершов В. В. Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права. М., 2010. С. 26.

⁴ Там же. С. 27.

⁵ См.: Ершов В. В. Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. С. 136—137.

⁶ Отмечается, что «вопрос о понятии формального источника права продолжает оставаться одним из наиболее дискуссионных» (Дробышевский С. А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. М., 2011. С. 7).

ков — с этого сюжета начинаются практически все учебники теории права (следовало бы уточнить — позитивного права). Представляется более продуктивным не простое выстраивание иерархической пирамиды источников права, а связывание этих источников в целостную систему, где каждый элемент выполняет присущую ему функцию, при этом система не теряет свойств субординации отдельных уровней правового регулирования. Именно в этом смысле целесообразно говорить об иерархии между основными и дополнительными источниками права, но без жесткой догматической матрицы¹. В этом смысле вряд ли целесообразно загонять эту систему в прокрустово ложе некоего закона о нормативных правовых актах, концепции которого время от времени выдвигаются.

В современную эпоху глобализации и универсализации права, внедрения в право цифровых технологий и формирования киберправа вряд ли такое «нормирование» уже целесообразно — поезд, как говорится, ушел. В конечном счете прав В. В. Лазарев, отмечая: «Подходы к праву и понимание права интегративны, поскольку интегративно само право»². Особо отметим призыв к интегративному восприятию права, «в русле синтетического правопонимания»³.

Именно исходя из такого правопонимания, обратимся к проблемам оценки судебного прецедента, создаваемого международными судами и признаваемого (нередко с оговорками) международным правовым сообществом.

В послевоенные годы в мире наблюдается рост числа международных судов: универсальных, региональных, специализированных, арбитражных, судов и трибуналов *ad hoc*⁴. Идея о создании международного суда как «выразителя и носителя юридического принципа (международного) общения», с которой выступил в конце XIX в. выдающийся российский юрист Л. А. Камаровский⁵, получила воплощение десятилетия спустя как ответ на современные вызовы⁶. Меж-

¹ С удовлетворением констатируем совпадение наших взглядов на этот предмет с выводами Н. В. Сильченко: Сильченко Н. В. Проблемы иерархии источников права // Государство и право. 2018. № 4. С. 13—20.

² Лазарев В. В. Истоки интегративного понимания права // Наш трудный путь к праву: матер. фил.-прав. чтений памяти академика В. С. Нерсисянца / сост. В. Г. Графский. М., 2006. С. 123.

³ Там же. С. 139.

⁴ Подробнее см.: Институты международного правосудия: учеб. пособие / под ред. В. Л. Толстых.

⁵ См.: Камаровский Л. А. Указ. соч. С. 408.

⁶ См.: Правосудие в современном мире / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. 2-е изд. С. 349—394.

дународные суды прочно вписались в общую систему осуществления правосудия в современном мире.

Первым универсальным современным международным органом правосудия принято считать Международный суд справедливости — Международный Суд ООН, хотя его прямым предшественником является ППМП (1921—1945), созданная под эгидой Лиги Наций.

Часть 1 ст. 38 Статута Международного суда справедливости (Суда ООН) от 26 июня 1945 г. (Сан-Франциско) гласит:

«1. Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет:

а) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;

б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;

с) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

д) с оговоркой, указанной в статье 59¹, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

Это означает, что Суд вправе использовать международный обычай как доказательство повторяющейся практики, а также судебные прецеденты при формировании своей правовой позиции в качестве источников международного права.

Данная норма созвучна полностью ст. 31 «Общее толкование права» Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.:

«3. Наряду с контекстом (термины договора в их контексте. — А. К.) учитываются:

б) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования»².

Очевидно, что в обоих текстах термин «практика» означает поведение на международной арене акторов международных отношений, причем не только дипломатических представителей государств, но и органов международного правосудия, выносящих свои решения и консультативные заключения. Это тем более очевидно с учетом обязательности юрисдикции основных международных су-

¹ Статья 59: «Решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу». Цит. по официальной публикации ООН: Устав Организации Объединенных Наций. Статут Международного Суда. М., 1992. С. 45—46.

² Цит. по: Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М., 1997. С. 79.

дов и трибуналов, как постоянных, так и трибуналов *ad hoc*, к тому же имеющих в большинстве случаев в своей структуре апелляционную или надзорную инстанцию. А. С. Исполинов определяет нормативность решений этих апелляционных и надзорных инстанций как «вертикальный прецедент», а прецедентную силу решений международных судов для всех иных международных судебных учреждений как «горизонтальный прецедент»¹. Ему же принадлежит весьма остроумное замечание по поводу ревнивого отношения государств к своему суверенитету, когда международные суды редко используют слово «прецедент» и не признают в своих решениях, что создают нормы международного права: «Такая ситуация полностью устраивает государства. Они молчаливо признают для себя и роль прецедента, и нормотворчество международных судов, но не хотят сделать это официально. Это означало бы отказ от принципа согласия государств на обязательность для них правовой нормы. Кроме того, государства хотят остаться основными создателями норм международного права, и последнее слово хотят оставить за собой (или им так хочется думать). Международные суды это понимают и принимают правила игры»².

Международный судебный прецедент уже получил в отечественной правовой науке признание как составной части национальной правовой системы³, если государство признало юрисдикцию данного суда. Это вполне логично, учитывая утвердившийся в международном праве «цивилизованных народов» (Ф. Ф. Мартенс) принцип «*pacta sunt servanda*», важнейшего положения Устава ООН: «уважение к обязательствам, вытекающим из договоров и других источников международного права» (Пreamбула Устава)⁴. Именно к «другим источникам» международного права следует относить постановления и консультативные заключения международных и региональных судов. Но при этом нужно уточнить ряд понятий.

Во-первых, следует обозначить место судебной практики международных судов в системе международного права, ибо приравнива-

¹ Исполинов А. С. Прецедент в международном праве. URL: http://zakon.ru/blog/2016/4/25/precedent_v_mezhdunarodnom_prave.

² Там же.

³ См., например: Овсепян Ж. И. Международный судебный прецедент как часть конституционно-правовой системы России // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. 2014. № 1. С. 51—58.

⁴ См.: Тиунов О. И., Каширкина А. А., Морозов А. Н. Выполнение международных договоров Российской Федерации. М., 2012; Осминин Б. И. Заключение и имплементация международных договоров и внутригосударственное право. М., 2010; Марочкин С. Ю. Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации. М., 2018.

ние ее к источникам международного права еще недостаточно хотя бы потому, что эти судебные прецеденты, в отличие от национальных судебных прецедентов систем писаного права, играют более существенную роль в обеспечении единообразного толкования и применения международного права как в международном, так и в национальном масштабе через их имплементацию в национальных правовых системах¹. Эти прецеденты участвуют и в учреждении обычаев международного права. Наконец, они являются участниками нормообразовательного процесса². В какой-то мере эту роль на национальном уровне играют только высшие суды, во всяком случае, их функции сравнимы.

Во-вторых, следует учитывать тот факт, что многие международные суды встроены в структуру международных организаций или интеграционных объединений и не обладают по этой причине самостоятельной правосубъектностью, как бы ни было велико значение принимаемых ими актов. Парадоксом является то, что учредившие эти суды государства или международные организации должны недвусмысленно признавать обязательную юрисдикцию суда либо в конкретном споре, либо в целом. Следовательно, несмотря на «усеченную» правосубъектность многих международных судов, обязательность учета и исполнения их решений — общепризнанный факт³.

В связи с этим продолжается обсуждение правовой природы прецедентов международных судов. Не входя в детали и нюансы различных подходов к оценке правотворчества международных судов⁴, согласимся с мнением Х. И. Гаджиева, который приводит четкое различие между понятиями «правотворчество» и «нормотворчество»: «Судебное правотворчество следует различать от нормотворческой деятельности, памятуя о том, что противники этой доктрины часто ссылаются на принцип разделения властей. Правотворчество — более широкое понятие, чем нормотворчество, оно включает уяснение, толкование и правоприменение, отправляясь от конкретной нор-

¹ «...Международный суд даст новые гарантии прочности и развитию юридическому порядку *внутри самих государств*» (Камаровский Л. А. Указ. соч. С. 408).

² См.: Капустин А. Я. Международное право и международное правосудие // Материалы научно-практической конференции. Минск, 2008. С. 101—104; Он же. Факторы формирования международного судебного контроля // Международные суды: актуальные проблемы международного права. Екатеринбург, 2010. С. 14—22.

³ Подробнее об условиях признания юрисдикции международных судов см.: Толстых В. Л. Указ. соч. С. 48—50.

⁴ Они резюмированы в указанном труде В. Л. Толстых (гл. 4 «Решения международных судов», с. 85—107).

мы¹. Действительно, судебное правотворчество придает правовой норме — путем ее толкования и применения — актуальность, обеспечивая тем самым ее жизнеспособность. Особенно наглядно это проявляется на практике ЕСПЧ.

Особенностью европейской системы защиты прав человека, основанной на Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, является то, что нормы Конвенции сформулированы в достаточно абстрактной форме в виде норм-ориентиров, норм-параметров. В недавно вышедшей книге «О Европейском суде по правам человека. Ретроспективный взгляд посвященного» бывший судья этого Суда Б. Зупанчич (Словения) дает немало суровых оценок практики Европейского Суда. Он, в частности, убежден, что Конвенция писалась ее авторами, «вдохновленными американской и британской правовыми системами», с минимумом норм, дающих простор для судебного толкования². Действительно, творцы Конвенции после длительных споров приняли следующую редакцию ст. 32 «Компетенции Суда»:

«1. В ведении Суда находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней, которые могут быть ему переданы в случаях, предусмотренных положениями статей 33, 34, 46 и 47.

2. В случае спора относительно компетенции Суда по конкретному делу вопрос решает сам Суд».

Это положение Конвенции и последующая практика Суда вызвали немало критики в адрес так называемого судейского активизма³, когда посредством создаваемых прецедентов Суда изначальному смыслу положений Конвенции в результате так называемого эволютивного толкования этих положений придавалось радикально новое значение⁴. Один греческий автор ворчливо писал, что «европейский судья ведет себя так, что вместо того, чтобы раскрывать суть европейского существующего права, он создает это право, как если бы он был законодателем»⁵. Неоднозначную оценку вызывают так назы-

¹ Гаджиев Х. И. Судебное правотворчество в международном правосудии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 3. С. 120.

² См.: Zupančič B. M. Sur la cour européenne des droits de l'homme. Rétrospective d'un initié (1998—2016). P., 2018. P. 39—40.

³ См.: Ковлер А. И. Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. М., 2019. Гл. 4. § 2.

⁴ См.: Ковлер А. И. «Старые» и «новые» права Европейской Конвенции // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. М., 2015. С. 11—18.

⁵ Delicostopoulos I. S. L'autorité du précédent des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme // Revue hellénique des droits de l'homme. 2004. No. 23. P. 831.

ваемые пилотные постановления ЕСПЧ, в которых он предписывает государствам-ответчикам принятие определенных законодательных мер по устранению «системных» нарушений¹. Но эта роль была навязана Суду Комитетом министров Совета Европы в 2004 г., т. е. представителями государств — участников Конвенции.

Несмотря на бесспорный авторитет Суда и его постановлений, их «нормативная легитимность» вызывает у многих определенные сомнения, особенно тогда, когда ведущие прецеденты создаются Большой палатой Суда нередко девятью голосами против восьми. Здесь можно возразить: в странах развитой демократии законы принимаются парламентами нередко с небольшим перевесом голосов, однако это действующие законы, юридическая сила которых не должна подвергаться сомнениям. Но это законы, т. е. нормативные акты, а в случае с постановлениями ЕСПЧ речь идет об актах толкования уже существующей Конвенции. Кстати, немало авторов настаивают именно на том, что акты Суда — это «прецеденты толкования»². Так, В. В. Ершов в результате развернутой аргументации своей позиции приходит к выводу: «Как представляется, исходя из того, что ЕСПЧ не является правотворческим органом, а имеет право лишь толковать Европейскую конвенцию о правах человека, суды должны руководствоваться не постановлениями ЕСПЧ, а соответствующими пунктами Европейской конвенции о правах человека с учетом их обязательного толкования ЕСПЧ для российских судов»³. Правда, закономерно задаться вопросом: почему в таком случае Конституционный Суд РФ до недавнего времени активно ссылался в своих постановлениях именно на прецеденты ЕСПЧ и время от времени ссылается на них и сейчас?⁴

Следует внести ясность в правовую природу судебных прецедентов Европейского Суда. Председатель Европейского Суда Л. Вильдхабер, как полагается выходцу из немецкоговорящей части Швейцарии, рассуждает в логике практического интереса: в интересах правовой определенности и обеспечения единообразия позиций Суда по похожим делам (а в Суде, отметим, более 60% рассматриваемых дел — это так называемые клоновые дела) необходима определенная

¹ Исчерпывающую характеристику «пилотных постановлений» см.: *Оганесян Т. Д.* Процедура пилотного постановления Европейского Суда по правам человека. М., 2019.

² См., например: *Швецова М. В.* Генезис понятия «правовые позиции Европейского Суда по правам человека» // *Закон и право.* 2014. № 3. С. 74—79.

³ *Ершов В. В.* Правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений. С. 493.

⁴ Ответ на этот вопрос можно найти: *Грачева С. А.* Конституционное правосудие и реализация решений Европейского Суда по правам человека. М., 2012.

дисциплина мысли. «Таким образом, естественное следование прецеденту является не просто совместимым с независимостью и беспристрастностью суда, но и выражает надлежащую судебную политику»¹. Относительно собственно правовой природы прецедента ЕСПЧ, как и любого другого судебного прецедента, Л. Вильдхабер занимает четкую позицию: «И хотя, действительно, авторы расходятся во мнениях о том, должны ли судебные решения считаться источниками права, они зачастую просто стараются подчеркнуть этим приоритет статутного права, выраженного в законодательных актах, над судебными решениями. Как только этот приоритет будет признан, большинство авторов континентальной Европы согласятся с тем, что судебные решения в практических целях составляют “la loi du moment” (закон для конкретного случая), “une autorité de fait” (фактический авторитет) и пользуются предполагаемой, “ограниченной” или “условной” обязательной силой. Короче, они готовы признать, что необходимо следовать прецеденту естественным образом»².

Разумеется, можно расходиться во мнениях относительно того, что именно считать «прецедентом» — судебное решение по одному делу или серию решений по похожим делам. В Европейском Суде существует понятие «leading case» — ведущий прецедент, т. е. решение, впервые принятое по важному вопросу, в котором Суд достаточно подробно изложил мотивировочную часть. Надо признать, что до сих пор сохраняют силу прецеденты, созданные Судом в 60—70-е гг. XX в., когда рассматриваемых дел было немного, юристы Комиссии и Суда тщательно оттачивали каждую фразу, а судейский состав был представлен звездами правовой мысли первой величины. Но и даже тогда, когда в «новом» Суде дела были поставлены на поток, появилось немало прецедентов, вошедших в сокровищницу так называемой юриспруденции (jurisprudence) Суда, или, попросту говоря, его прецедентов (case-law). Ежегодно комиссия из судей (по одному от каждой Секции), ведущих юристов и юрисконсульта Суда отбирает из сотен постановлений Суда несколько десятков, составляющих его прецедентное право, ссылка на которые желательна при выработке правовых позиций палат, рассматривающих новые дела. Эти постановления публикуются в специальных сборниках на двух рабочих языках Суда. Этому примеру последовали некоторые страны³.

¹ *Вильдхабер Л.* Прецедент в Европейском Суде по правам человека // *Государство и право.* 2001. № 12. С. 5.

² Там же. С. 6.

³ Россия стала первой европейской страной, издающей на регулярной основе сборники переводов прецедентов ЕСПЧ. Первый из них вышел под редакцией В. А. Туманова в 2000 г. (Европейский Суд по правам человека. Избранные решения в двух

Разумная судебская предосторожность требует, чтобы матрица ведущих прецедентов накладывалась на логическое обоснование новых решений и постановлений Суда с учетом фактов каждого конкретного дела. В некоторых ситуациях Суд находит в себе мужество отойти от прежних прецедентов, соблюдая принцип эволютивного подхода к толкованию Конвенции. Таких примеров немало¹. Один из них — постановление Большой палаты Суда по делу Идалова (*Idalov v. Russia*, G. C., 22.05.2012), в котором Суд самокритично проанализировал свои прежние позиции по расчету времени пребывания заявителей в предварительном заключении с перерывами. Принципиальным было постановление Большой палаты по делу Эскелинена (*Vilho Eskelinen and Others v. Finland*, G. C., 19.04.2007), в котором Суд совершил «маленькую революцию» в своих подходах по приемлемости жалоб, открыв путь жалобам государственных служащих в случае нарушения их гражданских прав.

Конечно, пересмотр прецедентов (которым сейчас увлекается нынешний состав Суда) не должен быть самоцелью. Одним из действенных средств повышения «дисциплины мысли» принимающих решения судей должно стать более последовательное применение судебного прецедента. И хотя в практике Европейского Суда формально отсутствует доктрина судебного прецедента, Суд тем не менее давно признал, что «в интересах правовой определенности, предсказуемости и равенства всех перед законом он не должен, не имея на то серь-

томах. М., 2000) и включал действительно ведущие прецеденты, созданные Судом за несколько десятилетий. Появилась серия сборников постановлений Суда в издательстве «Юридическая литература». В 2004 г. усилиями «энтузиастов во власти» был издан перевод книги М. де Сальвиа «Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав и основных свобод» (СПб., 2004). Отметим также «Путеводитель по прецедентной практике Европейского Суда по правам человека 2002—2016» (М., 2016); «Путеводитель по прецедентной практике Европейского Суда по правам человека. Избранные статьи Конвенции и организационно-процедурные вопросы» (М., 2018), в обоих изданиях научный редактор и составитель Ю. Ю. Берестнев. Упомянем также фундаментальное издание «“Совесть Европы” в действии: 350 решений Европейского Суда по правам человека. Компендиум практики Европейского Суда по правам человека» (М., 2019). Наконец, начала выходить многотомная Энциклопедия Европейского Суда (М., 2018; издатель и главный редактор В. А. Портнов). Для полноты картины укажем периодические издания: «Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание» (с 2002 г.); «Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека» (с 2006 г.); «Прецеденты Европейского Суда по правам человека» (с 2014 г.); «Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека» (с 2015 г.).

¹ См.: Вильдхабер Л. Указ. соч.; Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Право Европейской конвенции по правам человека. М., 2016; Ковлер А. И. Европейская Конвенция: проблема толкования и имплементации. М., 2019.

езных оснований, отходить от прецедентов, содержащихся в ранее рассмотренных делах» (*Chapman v. the UK*, 18.01.2001, § 70)¹. Дело за «малым» — знанием судьями богатейшей сокровищницы прецедентов собственного Суда. Не случайно Декларация конференции высокого уровня в Брайтоне «О будущем Европейского Суда по правам человека» (Брайтонская декларация, 20 апреля 2012 г.) напрямую увязала эти два вопроса в едином разделе «Е. Судьи и прецедентная практика Суда». Более того, главный юридический консультант Суда провел анализ возможностей обнаружения и устранения потенциальных противоречий в прецедентной практике Суда и направил в свое время судьям и юристам Суда соответствующий меморандум². Одна из комиссий *ad hoc* в Суде, состоящая из судей и юрисконсультанта, на постоянной основе ведет эту работу и регулярно представляет доклады на Пленарной ассамблее судей.

Подводя итог краткому анализу прецедентной практики Европейского Суда, можно заключить: сила прецедента была бы абсолютно бесспорной, если бы сам Суд не изобрел «эволютивное толкование Конвенции» во избежание превращения своего прецедентного права в догму. Это придает прецедентной практике Суда необходимую динамику и подвижность. Ценой нарастающего релятивизма прецедента как такового: прецедент действует только определенный период времени, пока Суд не выразит иной позиции. В свою очередь, это дает возможность национальным судам государств — участников Конвенции при решении дел, связанных с защитой прав человека, руководствоваться правовыми позициями Европейского Суда (или «учитывать» их), имея некоторое «поле усмотрения» (*margin of appreciation*). Это тем более возможно, чем большее признание в национальной правовой системе получит судебный прецедент как источник права, пусть даже «вспомогательный» или «субсидиарный».

Итак, вопрос вопросов прежний: готова ли российская правовая система к признанию в принципе судебного прецедента/судебной практики в ее обобщенном виде в качестве источника права? В таком случае более легким будет и ответ на вопрос об имплементации в российской правовой системе норм Европейской конвенции по правам человека в их толковании Европейским Судом в своих прецедентах.

Конституционный Суд РФ еще до вступления России в Совет Европы и присоединения к Европейской конвенции использовал в своих постановлениях прецеденты Европейского Суда, тем самым при-

¹ См. полный перевод: Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2012. № 5.

² Clarity and consistency of case-law. Note by Jurisconsult. 8 July 2010, doc. No. 3197955.

знав их правовое значение¹. К этой теме неоднократно обращался и продолжает обращаться по разным поводам Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин². Не будем заострять внимание на «коллизии толкований» между ЕСПЧ и Конституционным Судом РФ — эта тема откомментирована вдоль и поперек. Как говорится, караван идет...

Верховный Суд РФ в постановлении Пленума «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и Протоколов к ней» указал, что «правовые позиции Европейского Суда по правам человека... которые содержатся в окончательных постановлениях Суда, принятых в отношении Российской Федерации, являются обязательными для судов». Он также уточнил, что суды учитывают правовые позиции ЕСПЧ в постановлениях, вынесенных в отношении других государств, «если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствами, ставшими предметом анализа и выводов Европейского Суда», тем самым подтвердив принцип *erga omnes* постановлений ЕСПЧ³. На это неоднократно указывал Председатель Верховного Суда РФ В. М. Лебедев⁴.

В свое время, еще в первые годы «вхождения» России в юрисдикцию Европейского Суда по правам человека, Ю. А. Тихомиров обратил внимание на то, что применение международно-правовых актов становится очень важным источником развития законодательства и всей правовой системы России⁵. Сейчас уже можно привести немало примеров имплементации правовых позиций Европейского Суда в российском законодательстве и в правоприменительной практике⁶. Последний пример такой имплементации — Федеральный закон от

¹ Помимо указанных выше работ С. Грачевой и С. Марочкина отметим фундаментальный труд: *Лыгин Н. Я., Ткачев В. Н.* Международно-правовые стандарты и конституционная законность в российской судебной практике. М., 2012.

² См., например: *Зорькин В. Д.* Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 381—394; *Он же.* Конституционный Суд России: доктрина и практика. С. 474—560.

³ Профессиональный комментарий позиций Верховного Суда РФ по этим вопросам см.: *Зимненко Б. Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации: в 2 т. М., 2010. См. также: *Бурков А. Л.* Конвенция о защите прав человека в судах России. М., 2010; *Нештаева Т. Н.* Решения Европейского Суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и правоприменительную практику. М., 2013.

⁴ См.: *Лебедев В. М.* Обращение к читателям // Энциклопедия Европейского Суда. М., 2018. С. VI—XII.

⁵ См.: *Тихомиров Ю. А.* Способы устранения пробелов в законодательстве // Судебная практика как источник права. М., 2010. С. 128.

⁶ См.: Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения / под общ. ред. В. В. Лазарева. М., 2019.

27 декабря 2019 г. № 494-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (имеются в виду акты, касающиеся права на компенсацию за нарушение условий содержания под стражей, предусмотренных как российским законодательством, так и международными договорами Российской Федерации). Так, в ст. 5 ч. 2 указанного Закона включено следующее положение: «В течение 180 дней со дня вступления в силу настоящего Федерального закона лицо, подавшее в Европейский Суд по правам человека жалобу на предполагаемое нарушение условий содержания под стражей, содержания в исправительном учреждении, в отношении которой не вынесено решение по вопросу ее приемлемости или по существу дела либо по которой вынесено решение о неприемлемости ввиду неисчерпания национальных средств правовой защиты в связи с вступлением в силу настоящего Федерального закона, может обратиться в суд в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, с заявлением о присуждении компенсации за нарушение условий содержания под стражей, содержания в исправительном учреждении с указанием в нем даты обращения с жалобой в Европейский Суд по правам человека и номера этой жалобы».

Итак, на официальном уровне прецедент международного суда — в данном случае ЕСПЧ — получил признание на самом высоком уровне. Что же касается признания отечественного прецедента как источника права, споры продолжают, как было показано выше.

Так уж принято в отечественной истории, что революционные идеи зарождаются и распространяются из Северной столицы. Вот и на этот раз 7 декабря 2012 г. на юридическом факультете Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге состоялся методологический семинар на тему «Прецедентная революция в России». Правда, судья Конституционного Суда Г. А. Гаджиев вносит ноту реализма в столь многообещающее название: «...метафора со словом “революция” кажется уместной, если иметь в виду отсутствие прогностических исследований и серьезное отставание российской юридической науки, образовавшееся в XX в.»¹.

В действительности смысл «прецедентной революции» как пересмотра самого понимания нормативности судебных актов начался в 1990-е гг. на волне бурного законотворчества, когда стала ощущаться пагубность толкования закона как некоего сурового администратора общественных отношений, замыкающего эти отношения в непробиваемый панцирь жесткой нормативности, а судам отводит-

¹ *Гаджиев Г. А.* Методологические проблемы «прецедентной революции» в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 3.

ся роль учреждения, пассивно применяющего предписания закона. Отсюда и определение судебного прецедента как исключительно «прецедента толкования», о чем говорилось выше. В придании судебному прецеденту определенной нормативности¹ многие авторы видели верный путь к большей эффективности правового регулирования жизни современного общества, отказывающегося от «приказного права»². Именно в перестройке правового мышления виделся смысл метафоры о «прецедентной революции»: «...изменить традиционную догматическую схему описания процесса правоприменения (как формально-логического процесса дедуцирования конкретных правоприменительных решений из общих норм), господствующую в умах большинства отечественных юристов»³. Однако преодолеть за несколько лет веками складывавшуюся логику позитивистского мышления в пользу казуистического мышления невозможно, да и не требуется. Главное, чтобы понятие прецедента не превратилось в очередную идеологию: у всех еще свежи воспоминания о форсированном внедрении «прецедентной логики» в практику арбитражных судов, когда применение положений законодательства при пересмотре дел ставилось в зависимость от их толкования Высшим Арбитражным Судом в свете постановления его Пленума от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам».

В связи с вышесказанным особое значение приобретает судебная практика ныне действующих высших судов — Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ. Именно с них следовало начинать «прецедентную революцию», по мнению участников памятного семинара 2000 г. в ИГП РАН⁴. Известно немало случаев, когда на фоне пробельности законодательства или неясности норм только что принятых (наспех) законов именно эти суды обеспечивали как прямое действие Конституции РФ, так и предоставление судьям судов

¹ См.: *Гаджиев Г. А.* Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 98—106.

² См.: *Загайнова С. К.* Судебный прецедент: проблемы правоприменения; *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004.

³ *Антонов М. В.* О некоторых теоретических вопросах «прецедентной революции» в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 10.

⁴ См.: *Жуйков В. М.* К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 82 и след.; *Михалева Н. В.* Судебная практика судов общей юрисдикции как источник права (роль судебных постановлений по конкретным делам и разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации в формулировании и обеспечении единства судебной практики) // Там же. С. 131—140.

общей юрисдикции возможности ориентироваться в частоколе подчас противоречащих друг другу норм, особенно в сфере социального законодательства¹.

Возможно, плодотворным окажется поддержание «диалога судей» по инициативе ЕСПЧ, позволяющего сблизить правовые системы как континентального, так и общего права. Мы разделяем мнение, согласно которому в конвергенции правовых систем прецедент играет роль общего знаменателя². По сведениям 2019 г. из Секретариата ЕСПЧ, в своих постановлениях Суд ссылался на позиции национальных судов: верховных судов — 5497 раз, конституционных судов — 2195 раз, административных судов — 1708 раз; ссылки на постановления судов первой и второй инстанции «не поддаются исчислению» ввиду их множественности. Увы, в обратную сторону счет на порядок меньше.

Отрадно, что в последние годы увеличилось число серьезных публикаций как в пользу признания судебного прецедента в качестве источника отечественного права³, так и в плане серьезных сомнений в его внедрении в правовую систему как источника права⁴. Как бы примиряя оба лагеря, аспирант Санкт-Петербургского государственного университета С. А. Манжосов четко формулирует свою позицию: «Резюмируя, можно отметить, что классификация

¹ См.: *Попонов Ю. Г.* Теоретические и практические проблемы судебной практики при восполнении судами пробелов в праве // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 153—158.

² См.: *Муругина В. В.* Прецедент как составляющая конвергенции правовых систем // Российский судья. 2014. № 10. С. 23—26; *Третьякова О. Д.* Юридическая конвергенция: дис. ... д-ра юрид. наук. Владимир, 2012.

³ См.: *Цихоцкий А. В.* Доктринальный взгляд на прецедентное право как объективную реальность // Актуальные проблемы развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека: сб. науч. ст. СПб.; Краснодар, 2008. С. 179—193; *Ковлер А. И.* Судебное формирование права // Политика и право. 2008. № 4. С. 1017—1019; *Нешатаева Т. Н.* Права человека и судебный прецедент // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 1. С. 47—62; *Верещагин А. Н.* Несколько мифов о прецедентном праве в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 16—19; *Дивин И. М.* К вопросу о признании судебного прецедента источником права в отечественной правовой системе // Государство и право. 2013. № 9. С. 89—92; *Тарабан Н. А.* Правовая природа судебного прецедента в России и его место в национальной правовой системе // Мировой судья. 2014. № 11. С. 22—26; *Сидоренко М. В.* Определенность судебного прецедента как средство определенности российского уголовно-процессуального права // Уголовное право. 2018. № 3. С. 118—122.

⁴ Помимо указанных выше монографий В. В. Ершова см. также: *Ершов В. В.* «Судебный прецедент»? «Судебный прецедент толкования права»? // Российское правосудие. 2013. № 9. С. 4—16; *Он же.* Международное и внутригосударственное право и неправое: юридическая природа, классификация и дифференциация // Там же. 2015. № 9. С. 3—16.

концепций толкования дает производную от нее типологию концепций прецедента: он может рассматриваться как деклараторный акт (формализм), как инструмент судебной риторики (реализм) или как источник права («смешанная» концепция). Доктрина прецедента, поскольку она подразумевает обязательность установленных судебными решениями общих норм, может быть развита только в рамках «смешанной» концепции»¹. Как говорят французы, «la jeunesse a toujours raison» — молодость всегда права. Что ж, утешимся тем, что будущее за молодежью. Правда, у французов есть еще одна поговорка: «si la jeunesse savait, si la vieillesse pouvait» — если бы молодость знала, если бы старость могла...

Завершая наш сравнительный анализ роли судебного прецедента в современных правовых системах, как международных, так и национальных, отметим, что сейчас ведутся дискуссии и по поводу правового обычая как «нетипичного» источника права, и по поводу нотариального акта в системе источников права, поэтому и роль судебного прецедента, видимо, следует рассматривать в более широком контексте, используя различные методы анализа.

§ 3. Концептуализация доктрины судебного прецедента в практике Международного Суда ООН

Международный Суд ООН (далее — Суд) учрежден в 1945 г. в качестве главного судебного органа Организации Объединенных Наций, что предусмотрено в ст. 7 и 92 Устава ООН и в ст. 1 его Статута². Статут Суда основан на Статуте его предшественника — Постоянной палаты международного правосудия (ППМП) и образует неотъемлемую часть Устава ООН³. Вопрос о статусе Суда в качестве главного

¹ Манжосов С. А. Идея прецедента в концепциях конституционного толкования // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 2. С. 30.

² В ст. 1 Устава ООН Суд лишь упоминается в числе главных органов организации, а в ст. 92 он определяется «как главный судебный орган», этот статус воспроизводится и в ст. 1 его Статута. С. Швобел отмечает, что ст. 92 дополняет ст. 1. Он также обращает внимание, что этот статус Суда отличается от статуса ППМП, не являвшейся органом Лиги Наций, которая несла ответственность за проведение своей политики, а не за правовые вопросы. Он полагает, что указание в ст. 92 Устава на связь Статута Суда со Статутом ППМП свидетельствует лишь о том, что Суд осуществляет «судебную функцию» и не более того. Суд является органом ООН, а его Статут — неотъемлемой частью Устава ООН. См.: Schwelb S. M. Op. cit. P. 14—15.

³ ППМП не имела аналогичного статуса в Лиге Наций. В ст. 2 Статута Лиги Наций, содержащей перечень основных органов, ППМП не упомянута. В ст. 14 этого же документа сказано лишь, что Совету поручается изготовить проект ППМП и представить его членам Лиги. Палата будет ведать всеми спорами международного характера, которые стороны передадут ей, а также будет давать консультативные заключения

органа ООН поднимался в литературе в том смысле, что на него возлагается ответственность за достижение целей и принципов, провозглашенных в Уставе ООН, доступными ему средствами, т. е. путем разрешения или урегулирования международных споров, продолжение которых может угрожать поддержанию мира. На это неоднократно указывала Генеральная Ассамблея ООН (далее — ГА ООН)¹, при этом ученые и сам Суд акцентировали внимание на том, что эту задачу он может решать лишь с помощью международного права². Подчеркнем, что ни один другой международный судебный орган не имеет соответствующих полномочий.

Конечно, иногда встречались суждения о том, что этот статус Суда как одного из главных органов ООН может поставить под сомнение его независимость как международного судебного учреждения, однако подобные мнения не имеют под собой никаких правовых оснований. Во-первых, в литературе, посвященной ООН, наоборот, неоднократно и убедительно указывалось, что сам статус главного органа организации подчеркивает его независимость от всех иных, в том числе главных, органов ООН. При этом подчеркивалось, что именно Суд — образец самой высокой степени независимости. Во-вторых,

по всем спорам и по всем вопросам, которые будут внесены в нее Советом или Собранием. В ст. 1 Статута ППМП предусматривалось, что она учреждается в соответствии со ст. 14 Пакта Лиги Наций. Она является дополнением к Постоянной палате третейского суда, организованной в соответствии с Гаагскими конвенциями 1899 и 1907 гг., и к специальным третейским судам, в которые государства всегда могут передавать свои споры для урегулирования. Любопытно отметить один нюанс перевода названия этого органа на русский язык. На английском языке наименование ППМП — Permanent Court of International Justice, т. е. в буквальном переводе — Постоянный международный суд. Таким образом, если убрать определение «постоянный», то получится международный суд.

¹ Например, в преамбуле резолюции ГА ООН 44/23 от 17 ноября 1989 г. «Десятилетие международного права ООН» отмечается, что одной из целей ООН является поддержание международного мира и безопасности и с этой целью проведение мирными средствами в согласии с принципами справедливости и международного права улаживания или разрешения международных споров или ситуаций, которые могут привести к нарушению мира. В подп. «b» п. 2 резолюции одной из главных целей десятилетия указано содействие средствам и методам мирного разрешения споров между государствами, включая обращение в Международный Суд и полное уважение к нему.

² См.: *Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. L., 1958. P. 3.* В деле «О континентальном шельфе Эгейского моря» Суд подтвердил свою обязанность продвигать цели ООН. См.: *Aegean Sea Continental shelf (Greece v. Turkey). Judgment. ICJ Rep. 1978.* В другом решении по делу о заложниках в Тегеране Суд отметил, что именно он, как главный судебный орган ООН, решает любые правовые вопросы, которые могут возникнуть между сторонами спора, и разрешение такого правового вопроса судом может быть важным, а иногда и решающим фактором в содействии мирному урегулированию спора. См.: *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Rep. 1980. P. 22.*

в процессуальном плане иные главные органы могут обращаться в Суд, например, с запросами о консультативных заключениях¹ или рекомендовать спорящим государствам обращаться в Суд за урегулированием². Но эти полномочия других главных органов ООН содействуют реализации судебной функции Суда, но не могут оказывать на ее реализацию никакого влияния³. Тем самым его независимость в системе ООН не может подвергаться сомнению.

Вместе с тем можно встретить утверждение о том, что даже при осуществлении своей юрисдикции по урегулированию споров Суд, возможно, стал органом ООН, содействующим ее целям, хотя в то же время он находится в распоряжении государств при разрешении их споров⁴. Действительно, компетенция Суда имеет двойственный характер, унаследованный от ППМП. Суд может рассматривать споры только между государствами, которые являются участниками его Статута⁵. Кроме того, Суд может давать консультативные заключения по любому юридическому вопросу, по запросу любого учреждения, уполномоченного делать такие запросы самим Уставом ООН или согласно этому Уставу.

В связи с этим аспектом компетенции Суда встал вопрос, можно ли консультативную функцию рассматривать как судебную, особенно с учетом того, что в правовой традиции общего права не приветствуется ее рассмотрение в качестве надлежащей судебной функции⁶. Вопрос обостряется тем, что консультативные заключения

¹ Согласно ст. 96 его Статута ГА ООН или Совет Безопасности (далее — СБ ООН) могут запрашивать от Суда консультативные заключения. ГА ООН может дать в любое время разрешение на это другим органам ООН и специализированным учреждениям.

² В ст. 36 Устава ООН предусматривается, что СБ ООН при вынесении рекомендаций о способе урегулирования спора принимает также во внимание, что споры юридического характера должны, как общее правило, передаваться сторонами в Суд в соответствии с положениями его Статута.

³ Мы не затрагиваем в данном случае вопроса о разграничении компетенции между Судом и иными главными политическими органами, которые могут рассматривать в рамках своих полномочий вопросы урегулирования международных споров, например ГА ООН и СБ ООН. В практике Суда имел место потенциальный конфликт с компетенцией СБ ООН, принявшего решение о санкциях против Ливии при обращении последней в Суд в 1992 г., известное как дело «Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 г., возникшие в связи с воздушным инцидентом в Локерби».

⁴ См.: *Gleider I. H. The International Court of Justice and the Judicial Function*. Oxford, 2014. P. 43.

⁵ Согласно ст. 93 Устава ООН участниками Статута Суда ipso facto являются все государства — члены ООН, притом что такое право сохраняется за иными государствами, не являющимися членами ООН на условиях, которые определяются в каждом отдельном случае ГА ООН по рекомендации СБ ООН.

⁶ См.: *Gleider I. H. Op. cit.* P. 74.

Суда не имеют юридически обязательного характера. Однако сам Суд утверждает, что его полномочие давать консультативные заключения влечет за собой необходимость того, чтобы запрашивающие органы могли получить «авторитетное юридическое руководство»¹ и разъяснения относительно направления действий, которые они должны предпринять². В доктрине эта позиция получила поддержку ввиду того, что, как отмечает британский юрист Г. Серлвэй, хотя консультативные заключения не являются определяющими, они выражают взвешенную точку зрения на международно-правовые принципы и нормы³.

В последнее время появилось мнение о том, что Суд играет роль главного органа не только ООН, но и, в более широком контексте, «международного сообщества». Аргументация сторонников этой теории за основу понимания «международного сообщества» берет ООН, которая имеет почти универсальное членство (193 государства), что порождает, по их мнению, качественные последствия для функций организации и ее органов. Что касается Суда, то он будет преобразован из главного судебного органа международной организации универсального характера в главный судебный орган «международного сообщества» или международно-правовой системы⁴. Возможно, с точки зрения будущего это заманчивая перспектива, однако в настоящее время дефиниция международного сообщества не только не определена, но и не закреплена в международном праве, хотя количество ссылок на нее увеличивается с каждым годом⁵. Соответственно, стремление вывести Суд за пределы ООН к позитивным переменам в его деятельности не приведет.

Еще одна любопытная характеристика Суда заключается в том, что Устав ООН не препятствует государствам-членам поручать раз-

¹ См.: *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt (Advisory opinion)*. 1980, ICJ 73.

² См.: *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (First Phase) (Advisory opinion)*. 1950, ICJ 65.

³ См.: *Thirlway H. The International Court of Justice // Evans M. International Law*. 3rd ed. Oxford, 2010. P. 586. М. Хадсон в свое время предложил считать консультативную юрисдикцию некоторых национальных и международных судов как имеющую имманентный судебный характер. Нелишне напомнить, что и ППМП в деле о Восточной Карелии высказала мнение о том, что при вынесении заключений она не может отступать от своих судебных процедур. См.: *Status of Eastern Carelia (Advisory Opinion)*, PCIJ, Series B, no. 5 (1923).

⁴ См.: *Gleider I. H. Op. cit.* P. 45—46.

⁵ См.: *Капуэтин А. Я. Глобализирующееся сообщество государств и международное право // Современное международное право: глобализация и интеграция: LIBER AMICORUM в честь профессора П. Н. Бирюкова: сб. науч. ст. / отв. ред. А. Я. Капуэтин*. Воронеж, 2016. С. 109.

решение своих разногласий другим судам в силу уже существующих соглашений или таких, которые могут быть заключены в будущем. В принципе трудно не согласиться с практической значимостью данной формулировки, но, возможно, благодаря ей мы получили в конце XX — начале XXI в. такое явление, как пролиферация международных судебных учреждений.

Тем не менее Суд занимает особое место в системе международных отношений и международного права. Прежде всего, он является международным судебным органом, который, даже в отсутствие единой системы международного правосудия, преподносится как самый выдающийся суд в мире¹. Суд, как отмечается в справочном Руководстве его Секретаря, является единственным судом в мире, который обладает общей и универсальной юрисдикцией. В самом деле, он открыт для всех государств — членов ООН, а его компетенция распространяется на любой вопрос международного права. Можно также утверждать, что в определенном смысле Суд выступает символом международного правосудия, так как он олицетворяет непрерывную судебную правоприменительную деятельность в рамках международного сообщества, продолжая традицию, заложенную третейскими судами, созданными на Гаагских мирных конференциях 1899 и 1907 гг., и ППМП Лиги Наций². Его непрерывность проявляется также в том, что за все время его деятельности в Статут Суда не вносилось ни одного изменения.

Суд, кроме того, выступает не только носителем международных судебных традиций, но и убедительным примером того, как в рамках столь жестко структурированной классической модели международного правосудия наблюдаются попытки учитывать инновации в судебной деятельности, вызываемые потребностями современного этапа развития международного права и международных отношений.

В научной литературе отмечается, что судебная практика с теоретической точки зрения может пониматься как в широком, так и в уз-

¹ Такая формулировка (the highest court in the world) использована в очередном издании справочного Руководства о Международном Суде ООН, подготовленном Секретарем Суда в 2018 г. См.: The International Court of Justice. Handbook. The Hague, 2018. P. 5. Не следует забывать, что Суд является главным судебным органом ООН.

² Х. Глейдер отмечает заслугу Международного Суда ООН в том, что его постановления являются частью столетней имплементации права на международном уровне. См.: Gleider I. H. Op. cit. P. 4. Несмотря на несколько патетический стиль, с этим утверждением можно согласиться, так как Суд в своей деятельности может применять не только нормы международного права (договоры и обычаи), он привлекает судебную практику и законодательство государств помимо того, что перечисляется в ст. 38 его Статута.

ком смысле¹. Однако в исследовательских целях предлагается ориентироваться на ее понимание как судебной деятельности «в рамках правоприменения по выработке на основе толкования правовых норм правоконкретизирующих положений (правоположений)», а также как самих правоположений, вырабатываемых в ходе правоконкретизирующей судебной деятельности². Данное определение носит абстрактный характер, поэтому может быть применимо к деятельности не только внутригосударственных, но и международных судебных органов. С этой точки зрения анализ деятельности Международного Суда ООН позволяет сосредоточиться на результатах толкования норм международного права и предложить научные определения соответствующих правоположений. Отметим особо, что до настоящего времени в международно-правовой науке окончательные оценки характера и роли таких правоположений Международного Суда ООН не предложены.

В международно-правовой доктрине, как и в российской теоретической литературе, «вопросы толкования и конкретизации юридических норм как содержания судебной практики напрямую связаны с необходимостью решения вопроса о судебном правотворчестве»³. В отечественной и зарубежной литературе в последние годы появилось немало работ, посвященных обоснованию правотворческих функций международных судов, включая Международный Суд ООН⁴. Вместе с тем многие ученые и практики предупреждают о поспешности подобных выводов. Так, К. Фокарелли утверждает, что «распространенная сегодня тенденция характеризовать международные суды как правотворческие институты вводит в заблуждение. Похоже, она призвана передать правотворческую функцию от государств другим субъектам»⁵. Сам Международный Суд ООН вынужден был ответить в одном из своих решений на этот вопрос, указав, что он как суд права не может вынести решение *sub specie legis ferendae* или предвидеть право прежде, чем законодатель примет его⁶. Еще более определенно Суд высказался в деле «О законности угро-

¹ См.: Судебная практика в современной правовой системе России / под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. С. 68.

² Там же. С. 69.

³ Там же. С. 72.

⁴ Это достаточно важная проблема, затрагивающая и другие важнейшие вопросы международного права, такие как, например, источники международного права и юридическая природа различных международно-правовых актов. Данные вопросы в настоящем исследовании затрагиваться не будут.

⁵ Focarelli C. Op. cit. P. 317.

⁶ См.: *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* (Merits Judgement of 25 July 1974. ICJ Rep. 3. Para. 53). Во втором деле о рыболовстве Суд также подтвердил эту позицию.

зы или применения ядерного оружия». Он подтвердил, что не может законодательствовать в отсутствие ясных положений действующего международного права, более того, он уточнил, что «его задача — заниматься своей нормальной юридической функцией установления наличия или отсутствия применимых правовых принципов и норм»¹. Однако далее Суд дополнил эту мысль тем, что он «устанавливает действующее право, а не законодательствует... даже если, при установлении и применении права, Суд обязательно должен конкретизировать сферу его действия и иногда отметить его общую тенденцию»².

Следует заметить, что никто из участников дискуссии о дополнении судебной функции Суда его правотворчеством не ссылается на отсутствие принципа разделения властей в международном сообществе как на существенное препятствие изменению роли международных судов в международно-правовой системе. Действительно, следует обратить внимание на особенности правотворчества в международном сообществе с учетом видов основных источников международного права. Процедура разработки и принятия международных договоров государствами и международными организациями очень подробно урегулирована в Венских конвенциях о праве международных договоров. Ни одно государство мира не может против его воли быть обязанным соблюдать какой-либо международный договор до тех пор, пока оно не выполнит процедуры его заключения или присоединения. Международный Суд ООН, как и другие международные суды, не может принять какую-либо новую норму международного права и обязать государства ее соблюдать, прежде всего, по причине отсутствия у него (и других международных судов) специального механизма обеспечения соблюдения норм. Кроме того, международная судебная деятельность осуществляется в соответствии с принципом уважения суверенитета государств, со-

ответственно, все положения судебного решения, не относящиеся к рассматриваемому Судом спору, не могут создавать для спорящих государств какие-либо обязательства. Тем более это верно для не участвующих в споре государств. В этом отношении ст. 59 Статута Суда исчерпывающим образом регулирует этот вопрос: решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу.

Таким образом, с точки зрения формально-правовой логики «чистота» осуществления Судом своей функции в установленных Статутом рамках не вызывает никаких сомнений. Однако обращение к его практике показывает, что она содержит факты, которые требуют дополнительного теоретического осмысления. Один из таких феноменов проявляется в том, что, как и многие другие международные суды, он в своих решениях ссылается на отдельные положения и выводы, содержащиеся в его предыдущих решениях или решениях ПМП. Более того, Суд начинает цитировать в обоснование своих решений выводы и положения из постановлений других международных судов, как универсальных, так и региональных, и даже внутренних судов государств. Примеры подобного цитирования приводятся в справочном Руководстве Суда¹. В отношении толкования договорных норм пределы усмотрения Суда более или менее понятны, так как Суд в своей практике придерживается правил Вен-

¹ Так, в деле о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина) Суд признал «весьма убедительными» соответствующие выводы по фактам, сделанные МТБЮ в ходе судебного разбирательства, и пришел к выводу, что любая оценка трибуналом наличия требуемого преступного умысла «также имеет право на должный вес». В своем решении он сослался на ряд других решений МТБЮ. Суд также неоднократно ссылался на решения Международного трибунала по морскому праву (например, территориальный и морской спор (Никарагуа против Колумбии)), а также на решения различных арбитражных судов (например, делимитацию морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майеном; проект Габчиково — Надьямарош; остров Касикили/Седуду; делимитацию морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном; спор о судоходных и смежных правах; делимитацию морских пространств в Черном море; территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море). Суд принимает во внимание соответствующие решения региональных судов и трибуналов, таких как ЕСПЧ и Межамериканский суд по правам человека, а также толкование, данное некоторыми независимыми органами, созданными для контроля за осуществлением договоров, такими как Комитет по правам человека и Африканская комиссия по правам человека и народов. Решения национальных судов также могут иметь значение для установления широко распространенной государственной практики в той или иной области. Так, в деле, касающемся юрисдикционных иммунитетов государства, Суд изучил внутреннюю судебную практику различных государств с целью установления государственной практики, касающейся иммунитета государства в отношении действий его вооруженных сил. См.: The International Court of Justice. Handbook. P. 97—98.

¹ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996. ICJ Rep. 226. Para. 18. Не всеми это признание Суда было принято прямолинейно. Х. Глейдер посчитал его хитроумной уловкой. Суд имел корыстный интерес, чтобы поддержать мнение о том, что он просто применяет существующее право, чтобы получить согласие сторон спора, что позволяет ему поддержать легитимность своей аргументации как простого отражения действующего права. См.: Gleider I. H. Op. cit. P. 87.

² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8 July 1996. Ссылку на конкретизацию права и указание его общей тенденции некоторые исследователи восприняли как «формальное присоединение к понятию, что судебные институты должны создавать право даже в отсутствие институционализированного правотворческого органа или образования в международном праве». Подробнее см.: Gleider I. H. Op. cit. P. 86. Разумеется, правотворчество воспринималось ими как функция дополнительная или второстепенная к основной функции урегулирования спора.

ской конвенции о праве международных договоров. Однако, когда речь пойдет о применении или толковании обычно-правовых норм международного права, здесь возможно ожидать определенных затруднений.

Действительно, в настоящее время не вызывает сомнения, что Суд при анализе дела может устанавливать не только сложившуюся практику, но и *opinio juris*. Так, в деле о континентальном шельфе (Ливийская Арабская Джамахирия/Мальта) он напомнил, что «материал обычного международного права следует искать главным образом в фактической практике и *opinio juris* государств»¹. При этом в деле, касающемся военной и полувоенной деятельности в Никарагуа, Суд пришел к выводу, что, хотя он не может рассматривать жалобы, основанные на некоторых многосторонних договорах, ввиду оговорки, сопровождающей заявление о признании обязательной юрисдикции Суда, эта оговорка не препятствует ему применять соответствующие принципы обычного международного права. Он пояснил, что сам факт того, что эти принципы, «если даже они были кодифицированы или воплощены в многосторонних конвенциях, не означает, что они перестают существовать и применяться в качестве принципов обычного права, даже в отношении стран, являющихся участниками таких конвенций»².

Аналогичным образом Суд поступил в деле, касающемся определенных вопросов, связанных с взаимной помощью в уголовных делах (Джибути против Франции, 2008 г.). В ходе рассмотрения спора возник вопрос о толковании положений двустороннего договора о дружбе и сотрудничестве 1977 г. между спорящими сторонами и возможности использования в этих целях правил Венской конвенции о праве международных договоров. Несмотря на то что ни Джибути, ни Франция не являлись участниками Венской конвенции, Суд выразил мнение, что ее положения (подп. «с» п. 3 ст. 31) применимы к договорным отношениям между Джибути и Францией, рассматриваемым в рамках данного дела. Соответствующие положения ст. 31 Венской конвенции следует рассматривать как кодификацию обычного международного права, поэтому они могут быть использованы Судом в данном вопросе. В поддержку данного вывода Суд сослался на свое предыдущее решение 1999 г. (остров Касикили/Седуду (Ботсвана против Намибии))³.

¹ The International Court of Justice. Handbook. P. 97.

² Ibid.

³ См.: *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* Judgement. ICJ Rep. 2008. P. 177.

Долгое время в литературе, посвященной Суду, в качестве одной из «самых заметных особенностей» его практики отмечалась привычка ссылаться на предыдущие решения и отсутствие желания отклоняться от этих решений. Это неудивительно, потому что ППМП, исторический предшественник Суда, придерживалась, по выражению Х. Глейдера, «некоторой теории прецедента»¹, что было отражено еще в 1927 г. в решении по делу Мавроматиса. Тогда ППМП заявила, что у нее не было причины отходить от конструкции, которая ясно вытекает из предыдущих решений. Многие западные авторитеты расценивают аргументацию решений ППМП как вполне здравую (Х. Лаутерпахт, М. Шахабуддин, Р. Дженнингс). Что касается позиции самого Суда, то ее нельзя признать ни определенной, ни окончательной. В самом деле, несмотря на приверженность Суда позиционировать себя в качестве гаранта преемственности и стабильности правоприменительной деятельности, поощряя тем самым государства полагаться на его практику, он по-прежнему избегает каких-либо недвусмысленных заявлений о наличии у него правотворческой функции. В свете этого исследователями ставится вопрос, не следует ли прекратить рассматривать решения Суда как нейтральные заявления по международному праву, к чему он постоянно призывает, а расценивать их как мощные «нормативные воздействия» на убеждения государств и, таким образом, на их последующую практику. Разумеется, подобные «нормативные воздействия» не должны выходить за пределы предмета рассмотрения спора в Суде.

Сторонники прецедентного характера решений Суда получили своего рода подтверждение своим научным прогнозам и притязаниям в его решении по делу о применении конвенции о геноциде (Хорватия против Сербии) в 2008 г., когда Суд, рассматривая вопрос о юрисдикции, по их мнению, выдвинул собственное требование на признание за его решениями «нормативного авторитета»². Понятие нормативного авторитета судебной практики Суда выражается в необходимости последовательного применения некоторых принципов в цепочке следующих один за другим делам, что, по мнению приверженцев данной позиции, обязывает государства, являющиеся сторонами международного спора, ссылаться на прецедентное право Суда при обосновании своих собственных правовых позиций в конкретном споре, передаваемом на его рассмотрение³. Речь, разумеется,

¹ См.: *Gleider I. H.* Op. cit. P. 156.

² Ibid. P. 158.

³ Попутно заметим, что сам Суд свои ссылки на предыдущее решение именует «case law», что переводится как «прецедентное право». Видимо, сам термин уже не смущает Суд, раз он его приводит в текстах своих решений.

идет не об обязательном требовании, а о складывающейся практике. Если государство желает показать Суду следование его толкованию, то оно в определенном смысле признает авторитет его высказываний и аргументации. Хотя нормативность такого авторитета не превращает соответствующие цитирования в новую правовую норму.

В связи с этим обращается внимание на некоторые особенности применимости теории прецедента к судебной практике Суда. В частности, предлагается, чтобы Суд при рассмотрении спорных вопросов и анализе применимого права вовлекался в историческое исследование в развитии соответствующих норм или институтов права, что должно облегчить понимание процесса их последовательной эволюции вплоть до настоящего времени. Кроме того, теория прецедента требует достижения согласованности международно-правовых норм, что выражает стремление к универсальным международно-правовым рамкам. Борьба Суда за внутреннюю ясность норм и основанных на них судебных решений, таким образом, служит противодействию внешнему давлению на Суд, для дальнейшей инструментализации международного права¹.

Вместе с тем, несмотря на желание сторонников теории прецедентного характера судебных решений Международного Суда ООН продвигать дальше ее признание, они дают в целом точную оценку ее сути и масштабов ее распространения в международном сообществе. Высказано мнение о том, что «притязание на авторитет, заложенное в приверженности Суда строгой норме прецедента, таким образом, не более и не менее чем претензия правовой элиты — членов Суда — участвовать в создании и развитии международного права»². Доходит до того, что эта претензия приравнивается к тоталитарному требованию, которое можно даже назвать своего рода солипсизмом³. Отмечается, что интерес к теории прецедента Суда лежит именно в этой плоскости: путем внушения доверия в правильности сделанных им выводов в отношении уважения международного права Суд поддерживает требование собственного нормативного авторитета. Это требование имеет двоякий характер: оно претендует как на признание Суда в качестве важного института международного права, так и на утверждение легитимности не только содержания выводов и аргументации, полученных и используемых при рассмотрении дела, но и самих решений. В этом отношении цель Суда состоит в поддержа-

нии и стабилизации нормативных ожиданий других субъектов международного права в отношении того, как следует толковать и применять международное право¹.

В отечественной науке были предприняты попытки концептуализации судебной практики Суда через использование категорий правовой позиции и развития Судом международного права. Первым, кто обратил внимание на необходимость исследования международно-правового значения решений Суда относительно ограниченной группы межгосударственных споров, касающихся разграничения морских пространств, был профессор А. Н. Вылегжанин². Опираясь на теоретические положения отечественных юристов-международников о возможности отнесения к источникам права судебных прецедентов (Т. Н. Нешатаева), о решениях Международного Суда ООН, служащих важным источником науки и практики международного права, а при наличии соответствующих обстоятельств — прецедентами при урегулировании аналогичных споров (Р. А. Каламкарян), о первостепенном значении решений Международного Суда ООН в толковании международно-правовых норм (И. И. Лукашук) и др., а также зарубежных специалистов по международному праву, он исследовал международно-правовую аргументацию Суда, юридические позиции спорящих государств и международно-правовые оценки таких позиций Судом. В результате анализа восьми конкретных решений Международного Суда ООН он сформулировал семь позиций Суда, в которых были изложены новые фундаментальные правила, устанавливающие важнейшие права государств. Две позиции Суда названы принципами, один из которых ввел новое понятие в международное право (континентальный шельф как естественное продолжение сухопутной территории), а второй — справедливости — рассматривается в качестве критерия разграничения морских пространств. Хотя никаких абстрактных или теоретических концепций позиций Суда в работе не предложено, сама постановка вопроса о возможности выделения из судебного решения совокупности аргументов и выводов, предлагающих новое решение отдельных проблем международно-правового регулирования, тем самым наполняющих новым содержанием международно-правовые нормы путем судебного толкования, заслуживает поддержки.

Двумя годами позже, в 2006 г., в Уральской государственной юридической академии под научным руководством блестящего отечественного ученого профессора Г. В. Игнатенко была подготовлена

¹ См.: Gleider I. H. Op. cit. P. 191.

² Jacob M. Precedent through International Adjudication // Bogdandy von A., Venzke I. International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance. Berlin, 2012. P. 40—41.

³ См.: Gleider I. H. Op. cit. P. 192.

¹ См.: Gleider I. H. Op. cit. P. 192.

² См.: Вылегжанин А. Н. Указ. соч.

кандидатская диссертация, посвященная понятию, природе и вариантам проявления правовых позиций Международного Суда ООН¹. Д. С. Власов, опираясь на теоретические и научные разработки отечественных ученых и российское законодательство, сформулировал определение понятия правовых позиций международных судов. По его мнению, правовая позиция международного суда могла пониматься в широком и узком смысле. Под правовой позицией международного суда в широком смысле он предложил понимать отдельные выводы и положения, отражающие представления суда по определенному вопросу, к которым суд приходит самостоятельно в процессе аргументации или заимствует их из других актов².

Правовая позиция международного суда в узком смысле — это выводы и положения, которых последовательно придерживается международный суд в своих решениях по сходным вопросам. Сразу отметим некоторую упрощенность в понимании правовой позиции. В широком смысле этого термина получение выводов и положений происходит, по мнению Д. С. Власова, в процессе аргументации или заимствования. Однако это не совсем точно. Аргументация и иные интеллектуальные операции, необходимые для получения соответствующего результата, осуществляются судом в процессе толкования международно-правовых норм и иных средств, привлекаемых для обоснования тех или иных выводов или положений. Соответственно, правовая позиция международного судебного органа — это результат судебного толкования либо норм международного права (договорных или обычно-правовых), либо иных норм, актов и принципов, привлекаемых Судом к анализу спора, что допускается ст. 38 его Статута.

Повторяемость тех или иных выводов и положений в судебной практике в течение длительного времени ранее рассматривалась западными специалистами как свидетельство прецедентного характера решений Суда. В отличие от них Д. С. Власов занимает четкую отрицательную позицию по вопросу о возможности признания прецедентного характера у международного судебного решения. Хотя повторяемость, по его мнению, выступает необходимым условием понимания правовой позиции Международного Суда в узком смысле, доктрину прецедента как источника права нельзя переносить на правовые позиции или, шире, на судебные решения. Причина — в отсутствии основных условий, в которых действует прецедент в стра-

¹ См.: Власов Д. С. Правовая позиция Международного суда ООН: понятие, природа и варианты проявления: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006.

² Там же. С. 8.

нах англосаксонской правовой системы¹. Таким образом, несложно понять, что Д. С. Власов полагает, что правовая позиция Международного Суда ООН не обладает качеством прецедента².

Следующей категорией, которая способна охарактеризовать природу цитирования отдельных аргументов в судебной практике Суда, является концепция, которую можно определить как «развитие международного права Судом». Она «подпитывается» мнением самого Суда и его членов, поскольку такая формулировка более благозвучна и приемлема для государств, чем категория правотворческой функции, воспринимаемой государствами с меньшим энтузиазмом, если не с подозрением. В то же время данная концепция получает поддержку и конкретизацию в доктрине международного права. Следует различать два подхода к понятию функции развития Судом международного права. Самое очевидное понимание концепции развития международного права Судом заключается в констатации значимости его обоснованных и справедливых решений для прогрессивного развития международного права³. В справочном Руководстве Секретаря Суда выражается близкая изложенной позиция. Там указано, что Суд вносит свой вклад в развитие международного права, которое он применяет при выполнении своей задачи по разрешению правовых споров между государствами и оказанию помощи международным организациям в эффективном функционировании в различных сферах их деятельности, Международный Суд способствует утверждению и укреплению роли международного права в международных отношениях⁴.

Кроме того, концепция развития Судом международного права обусловлена эволютивным характером международного права, которое не стоит на месте и подобно иным социальным явлениям динамично развивается и откликается на происходящие в международных отношениях перемены. Наряду с развитием норм международного права и их адаптацией к современным условиям фактическая сфера применения этого права постоянно расширяется государствами в соответствии с растущими потребностями международного сообщества, что также учитывается в судебной практике, делая про-

¹ См.: Власов Д. С. Указ. соч. С. 9.

² Там же. С. 10.

³ Например, П. М. Костоева отмечала, что «принимаемые на основе права и справедливости решения Международного суда содействуют прогрессивному развитию современного международного права и его институтов» (Костоева П. М. Международный суд ООН и прогрессивное развитие международного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 2).

⁴ См.: The International Court of Justice. Handbook. P. 99.

цесс развития взаимным. Кроме того, Суд вынес множество решений, в которых прямо признается эволюция международного права и важность этого феномена при определении права, применимого к рассматриваемому им делу. Можно привести немало примеров практического вклада Суда в прогрессивное развитие и кодификацию международного права, поскольку эта его роль зафиксирована в Положении о Комиссии международного права, вспомогательном органе ГА ООН, на который возложена функция кодификации и прогрессивного развития международного права¹. Дела, свидетельствующие об особом вкладе Суда в развитие международного права, охватывают довольно широкий спектр: от традиционных аспектов международного права до самых новых. Наконец, Суд вносит свой вклад не только в укрепление основных норм и принципов международного права, но и в развитие некоторых его основных отраслей, когда в результате его интерпретационной деятельности конкретизируются важнейшие международно-правовые институты (запрещения применения силы и самооборона, вопросы международно-правового статуса территории, морских пространств и воздушного пространства и многие другие)².

В западной международно-правовой доктрине, особенно среди юристов стран общего права, вопросу вклада Суда в развитие международного права уделяется особо пристальное внимание. Это связано как с попытками найти признаки реализации Судом правотворческой функции, так и с аналогичными усилиями по признанию прецедентного характера его судебных решений. Исходным пунктом рассуждений является признание того, что международное право, как и любая иная система права, не является совершенным, содержит пробелы, а иногда внутренне противоречивые положения. Отсюда вслед за Р. Дворкиным предполагается, что в таких случаях задача судебной функции заключается в том, чтобы взять на себя, по существу, гибкую роль, применяя принципы, коренящиеся в самой системе, к индивидуальному урегулированию спорной ситуации, и путем толкования расширить содержание правовой нормы, применимой в этом отдельном споре. При этом признается, что форма судебной процедуры далека от идеала, который в состоянии обеспечить поддержание и развитие международного правового порядка³.

Как и в случае с определением прецедентного характера судебного решения, основной акцент делается на признании особого «кон-

тент-независимого нормативного авторитета», который выражается в том, что аргументация, используемая в судебном решении, формирует метод дискурса, очерчивает контуры того, что допустимо, и приглашает участников судебного процесса принять и одобрить как собственный аналитический подход используемый Судом метод. Отсюда следует, что международное право создается в процессе принятия серии непрерывных мелкомасштабных решений, построенных на основе общего принципа. При этом судебные институты способны обеспечить такую степень продуманной проработки конкретизации действующей нормы, которой ни один законодательный орган не имеет возможности достичь. В результате делается вывод, хотя с оговоркой о его вероятной преждевременности, о том, что, возможно, развитие международной судебной функции в настоящее время достигло такого уровня, что можно утверждать, что правотворчество в подобном второстепенном проявлении является внутренне присущим элементом судебного разбирательства¹.

Многие известные юристы-международники, имевшие опыт работы в качестве судей Международного Суда ООН, не признавая у него полномочий «законодательствовать» в международных отношениях, вместе с тем не исключали возможности авторитетного влияния международных судебных решений на развитие международного права (М. Ляхс, Ш. Вишер, Х. Лаутерпахт, Р. Дженнингс и др.). Так, Р. Дженнингс допускал, что «установленная функция основного судебного органа ООН» должна включать не только урегулирование споров, но также и научное развитие общего международного права². Разумеется, есть вопросы, в которых подобная «дополнительная функция» Суда, основанная на расширительном толковании, может восприниматься как естественная. Речь идет о толковании и применении Судом неписаного права, и в частности норм обычного международного права. Хотя формально судебные решения не создают норм международного обычая, посредством конкретного толкования и применения в том или ином международном споре они могут предусматривать обоснованные выводы о существовании обычно-правовой нормы в тех случаях, когда Суд сталкивается с противоречивой или двусмысленной практикой.

Таким образом, анализ теоретических и практических подходов к содержанию судебной практики Суда и ее отражение в отечественной и зарубежной доктрине позволяют предложить следующую ти-

¹ См.: *Gleider I. H.* Op. cit. P. 88—89.

² См.: *Jennings R. Y.* The Role of International Court of Justice in the Development of International Environmental Protection Law // *Review of European Community and International Environmental Law.* 1993. Vol. 1 (3). P. 240.

¹ В п. 2 ст. 19 данного Положения среди перечня текстов, которые она запрашивает через Генерального секретаря ООН у правительств, упомянуты и судебные решения.

² См.: *The International Court of Justice. Handbook.* P. 100—106.

³ См.: *Gleider I. H.* Op. cit. P. 87.

пологию концепций, характеризующих активную роль международных судебных решений в достижение важнейших целей правосудия. Первая концепция предлагает категорию правовой позиции как обобщающего судебную практику элемента решения Суда. Вторая концепция предлагает рассматривать решения Суда как средство «развития международного права». Наконец, третья концепция предлагает признать «прецедентный характер международного судебного решения».

Понятие правовой позиции Суда семантически наиболее адекватно выражает смысл правоположения, процитированного в судебном решении. Однако в отечественной правовой доктрине она сохраняет дискуссионный характер и не воспринимается полностью в зарубежной международно-правовой доктрине, что делает бессмысленными дальнейшие попытки ее адаптации к практике Суда, выработки не локальной, а универсальной правовой категории.

Вторая концепция также представляется малопривлекательной ввиду широты и недостаточной определенности вследствие как множественности порождаемых ею смыслов, так и сложности определения юридической природы. Выводы и положения судебного решения при условии, что они конкретизируют действующую норму международного права, строго говоря, статуса нормы не обретают в силу их цитирования в судебных решениях, а не в основных источниках международного права (международных договорах или обычаях). Таковыми они станут лишь в случае длительного правотворческого процесса при воплощении в международном договоре. Только после такой трансформации можно будет констатировать тождественность правотолковательного правила и международно-правовой нормы. Сложнее обстоит дело с образованием международного обычая, на формирование которого уходят не годы, а десятилетия.

Концепция прецедентного характера международного судебного решения носит половинчатый, незавершенный характер. Она использует понятие прецедента или прецедентного характера судебного решения для подтверждения практики неоднократного цитирования Судом выводов, аргументации, рассуждений при вынесении решения по конкретному делу. В новом решении приводятся положения, которые являются результатом толкования норм международного права, характеризуются новизной и конкретизацией правоположения, позволяющими добиться искомого сторонами индивидуального правового регулирования. Ссылка в новом решении делается на постановления по всем делам, в которых использовалась соответствующая аргументация, иногда она также уточняется. Обозначение

правовой природы подобного судебного «самоцитирования» в качестве прецедента нельзя признать удачным, если не использовать этот термин в описательном смысле. Отсутствие вышестоящей судебной инстанции, которая могла бы указать на необходимость соблюдения «прецедента», лишает смысла применение термина в практических целях, хотя немало лестных слов о практической пользе прецедента для судебной деятельности высказано.

Теоретически стремление обеспечить единообразие и целостность судебной практики можно не только приветствовать, но и определить как своего рода внутреннее обязательство Суда, сложившееся в ходе длительной практики, придерживаться им самим сформулированных положений. Стороны в споре могут согласиться или не соглашаться с доводами Суда, никаких санкций за непризнание того или иного положения не последует, на них лежит общее обязательство по ст. 59 и 60 Статута Суда по выполнению решения. Свое отношение не к решению в целом, а к какому-либо использованному в нем аргументу государство может определить в случае участия в судебном разбирательстве по аналогичному делу. Возможность Суда отказаться от ссылки или изменить ее делает призрачной и предложенную нами конструкцию. Скорее всего, в данном случае мы наблюдаем синтез правовых и неправовых регуляторов.

Понятие нормативного авторитета судебной практики Суда заслуживает внимания, хотя определенные сомнения вызывает его недостаточная теоретическая проработанность. Как известно, авторитет — это общепризнанное значение, влияние, а также лица, пользующиеся признанием, влиянием¹. В сочетании «нормативный авторитет» речь, видимо, идет о влиянии судебного решения на межгосударственную практику, которое аналогично нормативному влиянию, однако не становится нормативным предписанием. К тому же норма и норма рознь, в международных отношениях наряду с правовыми нормами встречаются рекомендательные, «мягкие», моральные и этические нормы, нормы вежливости и этикета и протокола. К какому из перечисленных видов норм можно отнести нормативный авторитет судебного решения, не очень понятно.

Вместе с тем можно в теоретическом плане предложить некоторые условия, выполнение которых Судом может усиливать его судебный авторитет, в том числе авторитет его решений. Так, можно поддержать стремление Суда в своей практике придерживаться последовательности в изложении своей аргументации при толковании содержания отдельных норм международного права. Наполнение

¹ См.: Словарь русского языка в четырех томах. Т. 1. М., 1985. С. 23.

смыслом норм международного права в результате судебного толкования служит укреплению его определенности, а значит, усиливает его регулятивный потенциал. В этом проявляется здравый смысл и рациональность судебного воздействия на восприятие международного права государствами. Последние никогда не согласятся с подменой политической воли и согласованности в разработке и принятии норм международного права экспертной оценкой, даже такого высокого уровня, которая отличает состав Суда. Однако разумное «добавление» нормативного содержания в действующие нормы международного права увеличит диапазон выбора возможных вариантов поведения государства в конкретных ситуациях международных отношений. Таким образом, еще рано ставить точку в дискурсе развития международного права посредством его судебной интерпретации, в том числе Международным Судом ООН.

Глава III. Воззрения на суд и право в контексте модели правового реализма

§ 1. Философия прагматизма и реализма как методология судебного правотворчества и усмотрения

Внимательный читатель обратит внимание на союзы «и» в названии параграфа. Критически настроенный читатель потребует объяснения. Действительно, почему соединены усмотрение суда и акты правотворческой деятельности судебного органа? Разве это не самостоятельные судебные доктрины? Самостоятельные. Однако объединены они здесь в контексте философских основ. Разные по содержанию, эти доктрины имеют единую философию.

Второй вопрос касается соединения философии прагматизма и реализма. Разве это не разные философские концепты? Да, разные, но перекрещивающиеся, и по отношению к деятельности судов реалистичный подход чаще предполагает прагматическую окраску, а подход прагматический не может игнорировать правовые реалии. Опять же обозначим контекст нашего исследования. Речь идет не вообще о деятельности суда, а о той ее части, которая характеризуется высокой степенью творчества.

Следует оговориться: мы имеем в виду типичную деятельность суда — правоприменение, разрешение судебных дел. Этим деятельность судей, судебных органов и судебных корпораций не ограничивается, и вся она носит творческий характер (участие в законопроектной работе, проведение научно-практических форумов и т. д.), но творчество в отправлении правосудия требует особого обоснования. Единство мнений здесь только в отрицании механицизма, того взгляда, что все сводится к простому подведению малой посылки под большую и простому логическому заключению, выдающему решение по делу. Но далее, в позитивном обосновании степени и пределов судейского творчества, в определениях его мы имеем многоголосие, требующее, в свою очередь, осмысления.

Разумеется, здесь не ставится цель рассмотреть все возникающие вопросы. Автор видит позитивную сторону в самой их постановке, в некотором обозрении того, как они решались, и в доказательстве того,

что каждая из названных доктрин требует дальнейшего законодательного опосредования и наиболее эффективного воплощения в практике.

Начать представляется целесообразным с рассмотрения *усмотрения суда в ряду правовых ценностей*. При этом исходим из того, что правовые ценности являются разновидностями социальных ценностей. Поэтому все то, что философы и социологи относят к характеристике социальных ценностей, начиная с их определения, можно относить и к правовым ценностям.

В первую очередь отметим деление этих ценностей на те, которые обслуживают само право, обеспечивают эффективность внутренних правовых процессов (ценности юридической техники), и те, которые изначально призваны служить адресатам правовых норм, носителям прав и обязанностей, правотворцам и правоприменителям, гражданам, наконец.

Существует градация социальных ценностей, расположение их по горизонтали и вертикали. Соответственно, каждую из них можно сопрягать с правовыми. Сам ценностный подход подразумевает, что одни из них окажутся ценнее других. Некоторые ценности находятся в противоборстве — в конкуренции, частичном или полном отрицании друг друга, т. е. в различии, в противоположности и в антагонизме. Рискнем утверждать, что предпочтение определенным ценностям отдают исходя из прагматических соображений.

Одной из величайших правовых ценностей является принцип законности. В разное время и в разных регионах он в том или ином объеме официально признавался, но всегда в борьбе с принципом целесообразности, который, будучи неправовым, в ходе этой борьбы отвоевал некоторые позиции и приобрел качество правового в той степени, в какой закон допустил руководствоваться принципом целесообразности в рамках законности.

Принципу строгой законности противостоят *усмотрение суда и судебное правотворчество*. Можно ли эти последние обосновать в качестве правовых ценностей и, если да, в какой степени?

В обоснование формулируемой здесь проблемы и в качестве общей парадигмы ее решения можно только сослаться на признанного теоретика естественного права Дж. Финниса: «...Развитие современной юриспруденции наводит на мысль, а методологическая рефлексия всех общественных наук подтверждает, что теоретик не способен дать теоретическое описание и анализ *социальных фактов*, если он в то же время не участвует в деятельности по оцениванию, по выработке понимания того, что на самом деле хорошо для человека и чего действительно требует практическая разумность»¹.

¹ Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 19.

Каждое из принимаемых к анализу явлений имеет собственное содержание, которое выливается в особую правовую форму, и, следовательно, каждое из них ценно по-своему. Но союз «и», который их объединяет, призван отразить то общее в их ценности, что дает основу нашему исследованию. Усмотрение суда и судебное правотворчество отражают *судебный активизм*.

Классическая позитивистская теория видит в суде проводника внешней воли. Суд устанавливает обстоятельства определенно-го кейса и соизмеряет их с заранее установленной программой решения. Подводит, как ранее говорили, малую посылку под большую и выносит решение. Это та позиция, которая сегодня, в свете новых цифровых технологий, более других претендует на принятие к действию. Она в большой степени прагматична — экономит время и средства (сокращает издержки судопроизводства). Но она не реалистична. Суд во все времена так или иначе, в той или иной степени вносил свою лепту в рассмотрение дела не только в процессуальном плане, что также *существенно и ценностно*, но и в материально-правовом отношении, обогащая ту самую внешнюю волю (волю Бога, волю закона, волю властвующих самодержцев). Деятельность суда всегда заключала в себе элемент творчества.

Можно заключить, что источником судебного активизма является сознание и воля судей, принимающих решение. Разумеется, это так, но нельзя забывать, что та внешняя воля, которую мы имеем в виду, сама сориентирована на активное участие суда в проведении ее принципиальных установок. Суду по общему правилу запрещено выносить решение вопреки проявленной свыше воле, но выносить решение в ее рамках не только позволено, но и требуется в каждом отдельном случае. Отсюда мы видим, что законодатель, например, прямо уполномочивает суд решать некоторые вопросы по своему усмотрению.

21 ноября 2019 г. в Москве состоялся I Московский правоприменительный форум «Судейское усмотрение в практике судов города Москвы»¹. Участники форума пришли к выводу, что судейское усмотрение — неотъемлемая часть профессии судьи, что это важное и необходимое полномочие судей. Многие участники высказались даже за расширение судейского усмотрения². При этом оно должно быть

¹ URL: <https://fparf.ru/news/fpa/vazhnoe-i-neobkhodimoe-polnomochie-sudey>.

² Так, заведующий кафедрой уголовного права факультета права НИУ ВШЭ Г. Есак на примере ст. 201 УК РФ о злоупотреблении полномочиями показал различное толкование районными судами г. Москвы понятий «существенный вред правам и законным интересам организаций» и «тяжкие последствия», и вывод его таков: «Признание активной роли суда в формулировании правовых позиций могло бы сделать

понятным всем участникам процесса и иметь четкие, законодательно установленные критерии.

Однако судебское усмотрение не однозначное понятие. Сложность его определения и характеристики обусловлена его разными функциями, критериями подхода в оценке той или иной его роли. Усмотрение суда складывается в плоскости правосознания судей и, следовательно, требует оценок в аспекте правовой идеологии и особенно в аспекте правовой психологии; оценок в качестве юридического факта и в качестве своего рода источника права. Было бы некорректно безоговорочно указывать усмотрение суда в качестве, например, средства преодоления или тем более устранения пробелов в праве. В большинстве правовых систем закон предписывает здесь иные способы.

Представляется неубедительным сомнение В. В. Ершова в самой категории «усмотрение» и тем более предложение о замене категориями большей корректности, такими как «регулирование», «правовое регулирование» и «индивидуальное судебное регулирование»¹. Тем более что автор совершенно справедливо настаивает на категории «определенность права»². Следует поддержать В. В. Ершова, когда он пишет: «Как представляется, правовая определенность, а точнее — определенность права и принцип “res judicata” — недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела являются различными правовыми категориями»³.

Говорить об определенности и неопределенности права — значит ставить вопрос о необходимости конкретизации права. Отсюда, в свою очередь, если вопрос возник в ходе судопроизводства, встает вопрос об усмотрении суда, о возможности и пределах такого усмотрения. Актуализируется принцип прагматического подхода в поиско-

уголовное законодательство более предсказуемым с точки зрения будущей квалификации деяния и снизить количество обжалований судебных решений».

¹ См.: *Ершов В. В.* Парные категории «определенность права» и «неопределенность права» // Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики: матер. XII междунар. науч.-практ. конф.: в 3 ч. М., 2018. Ч. I. С. 19.

² Там же. С. 31. Разные подходы см., например: *Власенко Н. А.* Указ. соч.; *Лазарев В. В.* Об органичности для права разумности и определенности // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 142—145; *Ершов В. В.* Определенность права // Российское правосудие. 2017. № 1. С. 5—25; *Поляков С. Б., Сидоренко А. И.* Значение принципа правовой определенности в постановлениях Европейского суда по правам человека // Адвокат. 2014. № 7; *Sourlas P.* Rechtsprinzipien als Handlungsgründe. Studien zur Normativität des Rechts. Berlin, 2011; *Назаренко Т. Н.* Принцип «правовой определенности» и его применение судами общей юрисдикции Российской Федерации. URL: http://usd.sml.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&or=4&did=9.

³ *Ершов В. В.* Парные категории «определенность права» и «неопределенность права». С. 17.

ке судом баланса между принципом правовой определенности, обеспечивающим стабильность правоотношений, с одной стороны, и правом на справедливое судебное разбирательство — с другой. Идет соизмерение социальных и собственно правовых ценностей.

Интеллектуальная, по-своему объективная основа для вынесения решения отыскивается в законах разума, в ходе соотнесения их с естественными реалиями жизни людей, в ходе ограничения произвола частных стремлений. Здесь вновь можно сослаться на нашего современника, австралийского профессора Дж. Финниса, который со ссылкой на Фому Аквинского утверждает, что любой здравомыслящий человек способен понять: жизнь, знание, содружество, потомство и некоторые другие основные аспекты человеческого существования суть блага сами по себе, что первые принципы естественного права, которые определяют основные виды блага и зла и которые могут быть адекватно поняты любым, кто достиг сознательного возраста (а не только метафизиками), являются *per se nota* (самоочевидными) и недоказуемыми. Они не выводятся из умозрительных принципов. Они не выводятся из фактов. Они не выводятся из метафизических положений о человеческой природе, о природе блага и зла или «о назначении человека»; не выводятся они и из телеологических представлений о природе, как и из любых других представлений о ней. Они не выводятся из чего-либо и не являются следствием чего-либо. Они не производимы (хотя и не врожденны). Принципы различения правильного и неправильного также происходят от этих первичных, предшествующих морали принципов практической разумности, а не от каких-либо метафизических или иных фактов¹.

В соизмерении правовых ценностей нельзя заикливаться только на правах человека. Цивилизационный подход требует в той же степени иметь в виду его обязанности в качестве члена общества и гражданина. Многие философы видели обязанности и как нравственный долг (долг добродетели), и как правовой долг, которому свойственны некие правомочия. У Г. Гегеля человек обладает «правами постольку, поскольку у него есть обязанности, и обязанностями, поскольку у него есть права» («Философия права», § 155).

Современный американский юрист Б. Бикс поставил риторический вопрос о возможности изучения позитивного права в отрыве от моральных соображений, в отрыве от моральных принципов. Мы бы поставили вопрос иначе: о возможности применения позитивного права в отрыве от моральных соображений, о возможности вынесения судебных решений в отрыве от моральных принципов. С точки зрения Б. Бик-

¹ См.: *Финнис Дж.* Указ. соч. С. 52, 56.

са, большинство отвечает на его вопрос отрицательно¹. Но и на переформулированный нами вопрос, как представляется, большинство ответило бы «нет». Как свидетельствует автор, позитивист Харт считает, что естественно-правовая теория Финниса выступает во многих отношениях скорее как дополнение теории юридического позитивизма, нежели как ее соперница².

Можно по-разному относиться к современным естественно-правовым воззрениям, где специальными статьями закреплены принципы справедливости, равенства, гуманизма и т. д., в любом случае наблюдается прямая иллюстрация естественно-позитивного права. Такого рода нормы не просто закрепление соответствующей демократической идеологии права. Их назначение — воплотиться в конкретных судебных решениях. И в этом мы видим особенности естественно права как своеобразного источника парламентского и судебного права в аспекте его генезиса и юридического действия. Появление естественно-позитивных норм обусловлено естественной природой вещей, а действие — позитивным волеизъявлением законодателя. Их действие не может оставаться декларативным.

В идеале мыслится воплощение справедливости в законе, в судебном решении, в правопорядке в целом. Имеется в виду не просто декларативное провозглашение данной естественно-правовой ценности, но ее реализация в реальных общественных отношениях. Однако и сам факт закрепления принципа справедливости в законе имеет серьезное значение, поскольку тем самым подтверждается следование законодателя естественно-правовым требованиям.

Суды причастны как к естественному, так и к позитивному праву; с точки зрения теологического варианта естественно права они посредники между божественными и человеческими законами, носители человеческого разума и божественной справедливости. Действительно, в судебном решении в той или иной степени, в разных решениях в разной мере находит воплощение то, что принято именовать естественным правом, которое чаще всего отождествляют с воплощением справедливости.

Поступки человека и его поведение в целом по большому счету определяют такие свойства, внутренне присущие человеку, как стыд и совесть. На эти естественные основания реализации субъективного права не может не обращать внимание суд в решении определенной категории дел. *Скромность, справедливость, доверие, человечность, милосердие, умеренность, щедрость, смелость* — все то, что для поддер-

¹ См.: Бикс Б. О границе, разделяющей теорию естественно права и юридический позитивизм // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 73, 75.

² Там же. С. 73.

жания мира указывалось представителями естественно-правовых взглядов независимо от противоположных исходных позиций в обоснование естественно права. И эти ценности не могут уходить из сферы человеческого общежития, какие бы цифровые технологии не предлагались к внедрению.

Признание существования естественных прав и позитивное их обоснование мы находим чаще в решениях конституционных судов, что само по себе актуализирует проблематику теории естественно права и понимание права в свете этой теории¹.

Обращение к естественно-правовым ценностям в случаях легализованного судебного усмотрения все-таки ограничено позитивным законодательством. В большей степени его можно ожидать в полномочном судебном правотворчестве. Именно в нем раскрываются во всей полноте ценностные свойства прецедентного права как независимого источника, регулирующего общественные отношения параллельно с законом.

В отличие от закона, который является текстом абстрактного содержания, судебское право наряду с требованиями законодательства напрямую интегрирует в себе требования фактических и правовых отношений, идеи и психические фантомы правового сознания. По большому философскому счету конкретные решения судей всегда богаче того закона, на котором они основываются. Богатство содержания судебных решений не подлежит сомнению там, где они выносятся в отсутствие норм закона. И здесь представляется уместным специально подчеркнуть их ценность в сравнении с институтом судебного усмотрения. Но было бы неправильно представлять судебное правотворчество как полное усмотрение суда. Оно здесь сильно ограничено и принципами права, и фактической природой рассматриваемых отношений.

¹ Конституционный Суд РФ иногда прямо констатирует факт следования естественному праву и, более того, факт охраны естественно права конституционными нормами. Сошлемся на постановление Конституционного Суда РФ от 21 мая 2013 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности частей второй и четвертой статьи 443 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. А. Первова и запросом мирового судьи судебного участка № 43 города Кургана», в котором взаимосвязанные положения названных частей признаны неконституционными с таким примечательным обоснованием: «...Нарушаются защищаемые Конституцией Российской Федерации и не подлежащие ограничению права на охрану достоинства личности и личную неприкосновенность, а также право на охрану здоровья, что должно расцениваться как ограничение обусловленных потребностью в безопасности естественных неотчуждаемых прав человека и гражданина, реализация которых гарантируется статьями 18, 21, 22 (часть 1), 41 (часть 1), 45 (часть 1), 46 (часть 1) и 52 Конституции Российской Федерации».

Довольно часто цитируют К. Маркса, сказавшего, что законодатель «не выдумывает законов, не изобретает их, а только формулирует». Спрашивается, может ли кто-либо еще, кроме специального законодательного органа, формулировать законы? Может ли «формулировать закон» судья в ходе рассмотрения конкретного дела? «Правотворчество (законотворчество) — это специальная деятельность компетентных органов, завершающая процесс правообразования, в результате которой приобретает юридическую силу и вступает в действие закон». Почему в этом определении под «компетентным органом» нельзя видеть суд? Если правообразование идет непосредственно в ходе развития общественных отношений, если волей законодателя только оформляется естественный правотворческий процесс, то почему мы в таком оформлении отказываем другим субъектам? На наш взгляд, этому, по существу, ничто не препятствует (теория разделения властей препятствует в процессуальном плане). И в действительности «формулируют» «законы» самые разные субъекты. Иногда даже более компетентно, чем депутатский корпус, например ученые в исследовательском институте законодательства. Не случайно в некоторых правовых системах признавалась и признается в качестве источника права доктрина.

Препятствие признанию в качестве законодателя какого-либо субъекта одно — легитимность его в этом качестве. Не отвлекаясь на способы легитимации (излагаемые чаще всего по Веберу), отметим, что с некоторых пор их подавляют принципы демократизма. Признается незыблемым народовластие, которое воплощается в парламентаризме и требует открытых процедур формирования всеобщей воли. Считается, что демократические формы и демократические режимы предпочтительней других. Не будем подвергать это сомнению, хотя они имеют свои издержки, не всегда срабатывают, а иногда способны принести социуму вред. Просто констатируем: субъективной деятельности легитимного органа предшествуют объективные процессы *правообразования*. Многие правила поведения до того, как они были выражены в тексте каких-либо актов, уже сложились в общественных отношениях, в реальном правовом поведении субъектов права, сформировались в их правосознании. Их оставалось только документально оформить, придать им официальную силу — завершить *правотворчество*. Государство тем самым содействует зарождению и развитию одних общественных отношений, ограничению и вытеснению других. Государство не вообще (нет такового в реальности!) — государство в лице определенных органов. Таковыми легитимно могут быть и парламент, и монарх, и президент, и правитель-

ство. Но не в меньшей степени, а возможно, и в большей ими могут выступать суды¹.

Теоретическая проблема состоит только в том, включать правообразование в правообразование как вторую фазу всего процесса или рассматривать правообразование и правотворчество как самостоятельные процессы, объединив их, например, понятием *установление* права. Последнее кажется предпочтительным, хотя единственно правильный ответ дать нельзя, поскольку, например, англосаксонская правовая система признает правообразование непосредственно в ходе судебного процесса, что одновременно расценивается как правотворчество. Трудности проистекают во многом из субъективных предпочтений: что считать правом, а что им не является, решает ли это законодатель или суд. Кстати, тот и другой могут ошибиться и принять решение вразрез с объективным процессом правообразования.

Все то позитивное, что отмечено при анализе судейского усмотрения, присуще и судебному правотворчеству. Только масштабы другие. Здесь мы ставим судью на место законодателя. Разумеется, в такой общей постановке вопроса видится нечто совсем неприемлемое. Но если не посягать на разделение властей, если диалектически смотреть на деятельность суда при строго определенных обстоятельствах, если предварительно сделать необходимые оговорки, мы не увидим изъяна в этой позиции, а, скорее наоборот, обнаружим неизбежность того, чтобы суд завершил правообразование для данного конкретного случая своим актом. Этого требует утилитаристский и прагматический подход нахождения наиболее удобного и выгодного (часто компромиссного) решения дела соразмерно интересам спорящих сторон в гражданском деле или в интересах обеспечения безопасности в деле уголовном.

Совсем не случайно понятия «законодатель» и «законодательство» в России употребляют как в узком, так и в широком смысле слова, имея в виду в последнем случае деятельность всех правотворческих органов. Конечно, по большому счету, слово «закон» относится лишь к особой разновидности актов парламента и только парламент можно именовать законодателем. Но в этом случае правотворчество выступает как *законотворчество*. Это основополагающий вид правотворчества с наиболее отработанными стадиями, процедура-

¹ См.: Лазарев В. В. Инновационная деятельность Конституционного Суда Российской Федерации как разновидность практики конституционализма // Современный конституционализм: вызовы и перспективы: матер. междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Санкт-Петербург, 14–15 ноября 2013 г.). М., 2014. С. 203–214.

ми, регламентным сопровождением. Однако в пределах своей компетенции нормативные акты издают многие государственные и даже негосударственные органы. Поэтому, например, выделяют ведомственное подзаконное правотворчество, которое особым образом соотносится с правообразованием и не только в части организационно-правового сопровождения.

Теория традиционно выделяет *делегированное* правотворчество, когда законодатель делегирует собственные полномочия по изданию законодательных норм иным субъектам, в частности правительству. Такого рода делегирование может иметь место по отношению к органам местного самоуправления. Здесь большинство актов принимается органами местного самоуправления самостоятельно с предварительной или последующей санкции государства — *санкционированное* правотворчество. Спрашивается, почему законодатель не может делегировать полномочия на установление правовых норм суду? Вопрос риторический, поскольку английский законодатель это делает напрямую, открыто, обосновывая пользу такого источника права, как судебный прецедент. Континентальный правопорядок также знает такого рода делегирование на случай отсутствия закона, на случай обнаружения пробелов в позитивном праве. К сожалению, в угоду формальным соображениям факт формирования в судах прецедентных решений затеняется, официально о нем предпочитают чаще умалчивать, что, разумеется, не способствует полнокровному исследованию социальной ценности судебного прецедента. Между тем Российское государство по факту признает правотворчество судебных органов, что позволяет выделить в особую категорию *санкционированное* правотворчество судей. Речь прежде всего идет о решениях высших судебных инстанций, но не только. Прецедентные нормы рождаются уже в ходе рассмотрения дел низшими инстанциями. Они закрепляются правоприменительными решениями, но имеют порой не меньшую ценность, чем установления, содержащиеся в нормативных актах.

В общем виде ценность судебных решений вообще и особенно тех, которые выносятся в отсутствие закона, заключается в следующем:

- 1) они фиксируют отношения или состояния отношений, которые требуют правового разрешения;
- 2) они конкретизируют имеющееся регулирование или дают новое регулирование, привязанное к конкретным обстоятельствам или их типам;
- 3) эти решения открывают путь к справедливому разрешению жизненных ситуаций за рамками требований формального равенства.

Наше представление о ценности судейского правотворчества требует не только дальнейших теоретических обоснований, но и известных правотворческих решений. Одно дело смотреть на деятельность суда как на сугубо правоприменительную работу, и другое — видеть в ней правотворческое содержание. Сразу, например, встает вопрос о характеристике стадий этого своеобразного правотворчества.

Стадийность наиболее отчетливо просматривается только в законотворчестве. Но все стадии присутствуют при любой разновидности правотворческой деятельности. Так, в законодательном процессе важное место отводится законодательной инициативе. Но ведь и в принятии прецедентного судебного решения кому-то принадлежит инициатива. Иногда она получает даже имя инициатора, как и некоторые законы. Инициатива эта подвергается серьезному обсуждению в принципе и относительно формы ее закрепления в решении. Возможно голосование по принимаемому решению. Особую стадию составляет введение в действие новых норм. Уже здесь может рассматриваться вопрос об имплементации найденных решений непосредственно в законодательство.

На любом этапе прохождения дела в суде ведется работа специалистов, постоянных или временных, привлекаются эксперты. Обязательной процедурой может быть экспертиза проекта решения с актами иных государственных органов (например, министерства финансов, юстиции и т. п.). Не посягая на независимость суда и в полной мере учитывая его специфику, в части формирования прецедентных позиций не исключается их проработка на предмет максимального учета общественного мнения, мнений всех потенциально заинтересованных сторон. В особых случаях при окончательной доработке проекта прецедентного решения могла бы работать на правах эксперта редакционная комиссия.

Давно и справедливо было замечено, что лица, участвующие в принятии законов, должны учитывать не локальные, не ведомственные и корпоративные, а общегосударственные интересы. Это правило касается и тех случаев, когда суд «возводит в закон» назревшие потребности личности. Считается даже, что участники этого процесса по общему правилу не должны быть разработчиками законопроектов, чтобы соблюсти объективность при принятии законов. Этим должны заниматься органы исполнительной власти, общественные организации и другие институты гражданского общества, в сфере деятельности которых закон будет действовать. Классическая формула такова: «Законодатель — не разработчик законов. Его воля — не коллективная воля участников законотворческого процесса, а воля

государства. Государство же говорит не от имени разработчиков закона, а лишь от имени самого закона. Воля законодателя совпадает с волей закона»¹. Применительно к правотворческой деятельности суда надо делать оговорки, хотя и здесь разработчиками прецедентного решения могут быть, например, стороны. Но воля суда всегда воля государства. Именем государства выносятся любые судебные решения.

Здесь не место раскрывать особенности других стадий нормотворческого процесса. Укажем лишь на необходимость их учета при прохождении дела в разных судебных инстанциях, вплоть до высшей надзорной. Если решением суда привнесена новизна в существующее правовое регулирование, к этому обстоятельству следует отнестись с особой тщательностью.

В России существует описание законодательной процедуры для автоматизированной системы обеспечения законодательной деятельности. Целесообразно учесть в ней создание судебных прецедентов. Законотворчество в Российской Федерации во многом определяется регламентами Государственной Думы и Совета Федерации. Ведется работа над законопроектом о нормативных актах. В разных законах должна быть специальная регламентация всех вопросов, касающихся случаев, когда суд вступает на тропу правотворчества. В процессуальных кодексах и в законе о судебной системе должен быть специальный раздел подобно разделу о судебном рассмотрении вопросов конституционности и законности нормативных актов.

Рассматривая вопросы правообразования, мы могли убедиться, что развитие общественных отношений рождает потребность в правотворческой деятельности, что потребность эта при определенных условиях становится необходимостью, а законодатель в силу каких-то причин не издает правовой нормы, но и не отрицает необходимость регулирования (молчит). Это одна из ситуаций появления пробела в праве.

Другая ситуация уже связана с правотворческой деятельностью законодателя, когда он пытался урегулировать общественные отношения, но в полной мере ему это не удалось и по поводу каких-то аспектов этих отношений он промолчал. Не всякое молчание права является пробелом, но вопрос о пробеле возникает в этом случае всегда.

Не только теоретические представления, но и самые утилитаристские и прагматические интересы требуют, чтобы законодатель указал суду на способы преодоления пробелов вплоть до решения во-

проса в законе или уполномочил его эти пробелы устранить. Надо быть реалистом и не закрывать глаза на теоретические трудности в решении проблемы пробелов.

Итак, общий взгляд на природу судебного усмотрения и судебного правотворчества позволяет обратиться к реалиям соответствующей правовой системы. В первую очередь заметим, что какое-то время назад реализм любых исследований предполагал безоговорочное обращение к вещественным, материализованным реалиям. Сегодня, напротив, актуальность приобретает исследование так называемой виртуальной реальности¹ и вполне определенно констатируется, что в правовом концептуальном пространстве широко обитают образы и символы реальных вещей и субъектов².

В качестве одного из таких символов, имеющих прямое отношение к формированию доктрины судебного усмотрения и судебного правотворчества, можно рассматривать понятие «государственная воля». Материализованную реальность этой воли определить весьма затруднительно уже по той причине, что до настоящего времени нет общезначимого понимания государства³. В судебной практике государственная воля, по существу, мыслится как воля законодателя, воля, отраженная в легальных нормативных актах. Однако в действительности волю государства в окончательном ее виде выражают именно сами суды, вынося решения по конкретным делам. При этом они не могут игнорировать волю, проявленную в предшествующих судебных решениях, и, что фактически бесспорно, волю высших судебных инстанций, выраженную в разного рода официальных судебных актах. Кстати, на это направлена и воля закона, поскольку соответствующие приемы юридической техники позволяют законодателю уполномочить суды конкретизировать общие нормы закона в ходе рассмотрения юридических вопросов, усложненных непрерывным развитием общественных отношений.

Институты судебного усмотрения и судебного правотворчества рассчитаны на осовременивание законодательной воли. В реальности (действительной, не виртуальной) мы видим это, например, в актах Верховного Суда РФ, дающего разъяснения по вопросам судеб-

¹ См.: Антонова О. А., Соловьев С. В. Теория и практика виртуальной реальности: (лого-философский анализ). СПб., 2008.

² См.: Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2014. С. 14.

³ См.: Лазарев В. В. Поиск государства (научно-публицистическое эссе) // Ленинградский юридический журнал. 2010. № 4; Джессон Б. Государство: прошлое, настоящее и будущее. М., 2019. С. 51, 54, 55.

¹ Радбрух Г. Философия права. Пер. с нем. М., 2004. С. 129.

ной практики, и в актах Конституционного Суда РФ по толкованию Конституции РФ¹.

Г. А. Гаджиев предлагает отказаться от узкореалистического понимания воли законодателя и заменить его на понятие юридической воли государства. Он обращает внимание на виртуальность коллективной воли парламентариев, затратность и нерациональность выявления индивидуальных волей парламентариев и в связи с этим поддерживает утилитаристские соображения ряда западных и отечественных ученых, которые пришли к выводу о недостаточности понимания права только как совокупности законов и иных нормативных источников, которые современный образ юридического концепта дополняют образом креативного судьи, творящего право².

Утилитаризм, как известно, — этическая категория в моральной философии, согласно которой поведение определяется его полезностью. И. Бентам широко ввел это понятие, эту ценность в сферу законодательства.

В свою очередь, прагматизм — направление в философии, признающее истиной лишь то, что дает практически полезные результаты. Это собственно практицизм — поведение, деятельность, образ мыслей и т. д., отражающие утилитарные интересы. И мы убеждаемся здесь в прямом родстве утилитаризма с прагматизмом. Более того, и та и другая философия отражает философию реализма, что иллюстрирует, на наш взгляд, например, правовые подходы инструменталиста Дж. Дьюи с его трактовкой истинности как практической значимости: «истинно то, что полезно». С точки зрения Дьюи, познание — инструмент приспособления к окружающей среде. Научная теория, этическая норма или религиозный догмат верны, если они практически целесообразны, эффективно служат человеку в конкретной ситуации³.

Инструменталистский подход к познанию предполагает выделение тех основных благ, которые, являясь объектами познания, используются по прямому назначению служения человеку. У Дьюи это здоровье, богатство, честь, доброе имя, дружба, высокая обществен-

¹ Сам Конституционный Суд по отношению конкретным обстоятельствам может ставить преграды в свободном развитии законодательной воли. Например, в постановлении Конституционного Суда РФ от 16 марта 1998 г. № 9-П подчеркивается значение формальной определенности правовой нормы, которая в ряде случаев может быть достигнута только путем выражения в законе воли законодателя, а не субъективности усмотрения того или иного правоприменительного органа. См.: Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1997—1998. М., 2000. С. 224.

² См.: Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). С. 14, 280—281.

³ См.: URL: https://w.histrf.ru/articles/article/show/diui_dzhon.

ная оценка, образованность, умеренность, справедливость, доброжелательность. Все они и многие им подобные закрепляются в законодательстве. И каждое из них может актуализироваться в процессе рассмотрения конкретного судебного дела. Но для нас сегодня совершенно очевидно, что в этом случае каждое из них потребует конкретизации применительно к обстоятельствам именно этого конкретного дела. Без той или иной доли усмотрения судей здесь не обойтись. Именно в этом надо усматривать правовой реализм¹. Кстати, по Дьюи, люди стремятся не к самим благам, а к размеру благ, что и определяет суд.

С точки зрения Синхи Сурии Пракаша, реалистическое движение придерживается следующих принципов в своем подходе к праву: 1) рационализация, которая рассматривает обмен мнениями не как то, что отражает процесс принятия решения по судебному делу, а как совокупность аргументов, приводимых после принятия решения для придания этому решению разумной и логичной формы; 2) умение разобраться в различных правилах для выявления их сравнительной важности; 3) замена общих категорий конкретными коррелятами при изучении фактических ситуаций и 4) исследование личностных (личность судьи), так же как и количественных (статистические данные о доступных мерах судебной защиты), факторов в праве². Другими словами, суд, руководствуясь реальными соображениями утилитаризма и прагматизма, принимает то решение, которое нужно, а затем начинает его аргументировать (и не только требованиями норм, но также исходя из логических и личностных интерпретаций известного ему опыта, руководствуясь всем тем, что находится в поле его сознания, будь то собственно реальное или иллюзорное). Легистский нормативизм Г. Кельзена, основываясь на кантовской философии, настаивает на разделении сущего и должного в праве, чтобы освободить право, а вместе с тем и судебные решения от ценностных ориентиров, подчиняя их волеизъявлению законодателя. Пра-

¹ Представляется несколько односторонней и политизированной характеристикой реализма в Большой советской энциклопедии: «Реализм (от позднелат. *realis* — вещественный, действительный) — идеалистическое философское направление, признающее лежащую вне сознания реальность, которая истолковывается либо как бытие идеальных объектов (Платон, средневековая схоластика), либо как объект познания, независимый от субъекта, познавательного процесса и опыта» (URL: <https://gufo.me/dict/bse/>). В то же время отсюда можно понять различие скандинавского и американского правового реализма. Американский реализм является сугубо прагматическим подходом к социальным реалиям; скандинавский — философской критикой метафизических оснований права, психологическим подходом к праву.

² См.: Синха Сурия Пракаш. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. Пер. с англ. М., 1996. С. 210—211.

вой реализм, напротив, придает этим ориентирам первенствующее значение. «Процесс познания юридических ценностей должен осуществляться путем изучения практической деятельности человека в конкретном месте в конкретное историческое время. Ценности, следовательно, объективно реализуются в реальной деятельности человека»¹. Законодатель эти ценности постигает и закрепляет, но в силу непрерывного их развития и обогащения не всегда с должной степенью конкретности или упуская из виду вообще. Суды имеют возможность более адекватного отражения фактов и ценностей в выносимых ими решениях, аргументируемых применительно к существу конкретного спора. При этом, с нашей точки зрения, следует принять во внимание, что реальное решение суда будет включать нечто из убеждений судей. (Л. Витгенштейн и его последователи утверждают, что никакая реальность не существует независимо от интерпретации наблюдателя. Точно так физики обосновывают принцип дополненности.) Конечно, судебские убеждения предполагаются оспоримыми, но в итоге решения суда следует признавать истинными исходя из прагматического понимания истины, основываясь на общепринятой договоренности.

Философия правового реализма применительно к суду и судебным решениям укоренилась в англосаксонской системе права и в отдельных скандинавских государствах. Однако в настоящее время можно наблюдать ее активизацию и на континенте. Показательна в этом отношении реалистическая теория современного французского конституционалиста М. Тропера², у которого норма как смысл текста и его юридическая сила не требует формально-логического обоснования и критерии истинности и ложности находятся не в смыслах верного или неверного, а в плоскости действительного или недействительного, эффективного или неэффективного³. Значение текста, т. е. норма, с его точки зрения, недоступно познанию, оно властно определяется, в частности, судьей, который обладает «юридической свободой», рождающей «произвольную власть», т. е. право субъекта или органа осуществлять управление согласно его *собственному волеизъявлению* и наделять принимаемые им нормы содержанием по *собствен-*

ному выбору»¹. Приведенные положения М. Тропера транслирует на конституционные отношения и деятельность конституционного суда, приходя к выводу, что формула «орган толкования конституции» способна ввести в заблуждение, так как предполагает, что конституция может существовать до акта толкования, что не соответствует реалистически интерпретируемой действительности.

Крайности правового реализма М. Тропера были подвергнуты основательному критическому разбору Е. В. Тимошиной². По существу, они совершенно не удовлетворяют классическим легистским подходам к решению многих актуальных вопросов правоведения. В них действительно можно усмотреть сугубо политические интересы. Но нельзя не видеть и другое: суды занимают самое высокое место в иерархии органов государственной власти, и, надо полагать, ч. 2 ст. 3 Конституции РФ имеет их в виду, отражая тем самым общий смысл концепции народного суверенитета. Судам доступны в этой части средства, которыми не располагают другие органы.

Философия прагматизма и реализма пронизывает судебный активизм не только национальных, но и международных судов³. Однако специфика межгосударственного общения, реализация суверенных прав национального государства требуют установления пределов любому активизму, если он посягает на основы правового статуса личности, вытекающего из общепризнанных принципов и норм международного права и закрепленного в национальной конституции. Реалистично и прагматично в этом отношении решение вопроса поправкой в ст. 79 Конституции РФ, согласно которой решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащем Конституции РФ, не подлежат исполнению в Российской Федерации.

§ 2. Современное понимание прав человека и его отражение в судебной аргументации

Современное понимание прав человека исходит из их непозитивистского характера. Хотя признание прав человека и предполагает отсылку к тому или иному нормативному тексту, их позитивация ни-

¹ Синха Сурия Пракаш. Указ. соч. С. 238—239.

² См., например: Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2012. С. 184—195; Он же. Ответ Отто Пферсманну // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4. С. 273—291.

³ См.: Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции / пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4 (53). С. 172.

¹ Тропер М. Реалистическая теория толкования / пер. с фр. О. Лысенковой // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 8.

² См.: Тимошина Е. В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия 52: Юридические науки. 2016. № 2.

³ См.: Исполинов А. С. Судебный активизм и судебное нормотворчество Суда Европейского Союза // Международное правосудие. 2016. № 1 (17). С. 81 и далее.

когда не может быть окончательной. В частности, конституционное закрепление прав человека — это не более чем институциональное выражение их защищенности позитивным правом¹. Наиболее общее понимание конституционных прав сводится к тому, что это права и возможности, доступные лицу в силу того, что они формально или по существу имеют своим основанием конституцию².

В конституциях права и свободы человека выражаются в положениях, отличающихся высоким уровнем абстракции. Конституционные тексты, отмечает О. Пферсманн, как правило, «формулируются при помощи очень общих терминов, которые охватывают огромную сферу различных вариантов их применения»³. Поэтому трансформации прав человека в позитивные конституционные предписания никогда не рассматриваются как окончательные решения⁴. Абстрактность конституционных положений, полагает К. Санстейн, позволяет избегать серьезных разногласий относительно конкретных случаев их применения и тех смыслов, которые они могут в них приобретать. Те, кто выступает против подстрекательства к насилию и разжигания ненависти, могут принять общий принцип свободы слова, а те, кто спорит об однополых отношениях, соглашаются с общим запретом дискриминации⁵.

Общепризнано, что права человека «имеют открытую структуру и их точное значение еще только предстоит выяснить в процессе судебного толкования. Фундаментальные права не могут задавать критерии своего применения. Они общи и абстрактны по природе и приобретают конкретное значение только в частном контексте, в связи с которым они востребованы»⁶.

«Открытая структура» или «открытый характер» прав человека, в свою очередь, является частным случаем «открытой текстуры» («open texture») юридического языка в целом, обоснованной Г. Хар-

¹ См.: Алексю Р. Существование прав человека // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2011. № 4. С. 24.

² См.: *Miranda J. Manual de direito constitucional*. Т. IV. *Direitos fundamentais*. 5 ed. Coimbra, 2012. P. 9. Цит. по: *Morais de F. S., Zolet L. Constitutional Rights Expansion and Contribution from Robert Alexy's Theory* // *Revista Brasileira de Direito*. 2016. Vol. 12. No. 2. P. 128.

³ Пферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 107.

⁴ См.: Алексю Р. Существование прав человека. С. 24.

⁵ См.: *Sunstein C. Incompletely Theorized Agreements in Constitution Law* // *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*. Vol. 147. 2007. P. 1—2.

⁶ Тюлькенс Ф. Некоторые аспекты философии европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и принцип субсидиарности // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6. С. 85.

том¹. Все абстрактные понятия, используемые при формулировании нормативных текстов, по мнению Г. Харта, при их применении (подведении под них конкретных случаев) с неизбежностью обнаруживают как «ядро определенности», так и «пограничную зону неясности», находящуюся в «полутени сомнений»². Аналогичным образом А. Барак пишет о «ядре» («core») и «полутени» («penumbra») в содержании прав человека³.

«Открытая текстура» права означает, что «существуют области поведения, в которых многое должно быть предоставлено на рассмотрение судов или должностных лиц, устанавливающих (с учетом конкретных обстоятельств) баланс между конкурирующими интересами, вес которых варьируется от случая к случаю»⁴. Отсюда реализация конституционных положений о правах человека всегда предполагает необходимость толкования смысла и содержания соответствующего права в контексте рассматриваемого случая. Конституционные права часто признаются *prima facie rights*, т. е. правами «по первому впечатлению» («на первый взгляд»); свое определенное содержание, становясь окончательными правами («definitive rights»), они получают только в процессе реализации, когда будут установлены их допустимые ограничения, пределы их осуществления и защиты⁵.

Все это предопределяет специфику толкования нормативных текстов, закрепляющих права человека (как правило, текстов конституций и международно-правовых актов), и, соответственно, аргументации судебных решений.

О. Пферсманн различает два вида толкования конституционных текстов, обозначающих различные мыслительные операции. Первое — толкование в строгом смысле слова, или толкование-познание, — направлено на установление «значения того множества высказываний, которые образуют формальную конституцию той или иной системы права»⁶. Такое толкование имеет лингвистический ха-

¹ См.: *Харт Г. Л. А. Понятие права* / пер. с англ. *Е. В. Афонасина, М. В. Бабака, А. Б. Дидикина, С. В. Моисеева*. СПб., 2007. С. 126—156. Философские истоки данной идеи усматриваются в работах Ф. Вайсмана и Л. Витгенштейна, писавших об «открытой текстуре» любого эмпирического языка. Подробнее см.: *Бикс Б. Г. Л. А. Харт и «открытая текстура» языка* // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 14. № 5. С. 38—63.

² См.: *Харт Г. Л. А. Указ. соч.* С. 126.

³ См.: *Barak A. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* / translated from the Hebrew by *D. Kalir*. Cambridge; N. Y., 2012. P. 20.

⁴ *Харт Г. Л. А. Указ. соч.* С. 138.

⁵ См.: *Alexy R. A. Theory of Constitutional Rights*. P. 60, 210; *Barak A. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. P. 37—39.

⁶ *Пферсманн О. Указ. соч.* С. 105.

рактер и призвано установить, что следует (или запрещено) делать при определенных обстоятельствах. Оно (особенно применительно к конституционным текстам) редко приводит к единственно правильному выводу; как правило, результатом такого толкования является констатация наличия некоторого множества действий, между которыми необходимо сделать выбор¹.

Второй вид толкования — толкование-решение — как раз и направлено на поиск варианта правильного разрешения конкретной ситуации на основании толкуемого текста². При этом в ряде случаев избранное решение может вообще не иметь оснований в толкуемом тексте, приниматься вопреки его буквальному смыслу за счет «отсылки к соображениям, внешним по отношению к значению текстов»³. Тогда происходит как бы «исправление» результатов буквального толкования текста (толкования в строгом смысле слова). Такое толкование-решение лишь просто ссылается на определенный нормативный текст, будучи весьма отдаленным по своему содержанию от его буквального смысла⁴. Фактически здесь речь идет о создании нормы, а не о ее толковании. Толкование становится «юрисдикционным актом, не только разрешающим спор и имеющим правовые последствия, но и придающим значение тексту, который до этого был лишен его». Данное толкование предполагает не уяснение значения нормы, а ее создание, конституирование ее значения⁵.

Толкование-решение включает в себя также и объяснение сделанного выбора⁶, его допустимости исходя из результатов толкования в строгом смысле и предпочтительности по сравнению с иными возможными альтернативами, а иногда и необходимости расширения «пространства выбора», предоставляемого «строгим толкованием» текста⁷.

В силу уже отмеченной абстрактности конституционных текстов толкование в строгом смысле обычно не позволяет найти однозначно правильное решение конкретного дела⁸. Причем применительно к закрепленным в конституции (равно как и в международно-правовых актах) правам человека даже так называемое ядро установлен-

ного значения (core of settled meaning)¹ оказывается неопределенным и не может быть выявлено в процессе толкования в строгом смысле. Положения о правах человека «намеренно сформулированы наиболее общим образом, чтобы оставить пространство для маневра в конкретных правоприменительных ситуациях. Это в первую очередь означает, что содержание таких норм зависит от последующих правоприменительных решений, а не предопределяет последние»².

Иной подход к формулированию прав человека в нормативных текстах (когда они получают в них детальное описание, на основании которого правоприменитель выносит конкретные решения) в принципе возможен, но не эффективен и потому практически не используется. Настаивать на незыблемости исходного значения текста в целях обеспечения его определенности и предсказуемости применения можно лишь «ценой слепого заранее вынесенного суждения по поводу того, что надлежит сделать в совокупности будущих случаев, о содержании которых мы не имеем представления». В данном случае «вопросы, которые могут быть разумно решены, когда они возникают и идентифицируются» разрешаются заранее и вслепую³.

Таким образом, права человека, в терминологии О. Пферсмана, могут быть предметом едва ли не исключительно толкования-решения. При рассмотрении споров по поводу защиты прав человека речь, как правило, идет не о собственно толковании закрепляющего их нормативного текста, а о «конструировании» права, подлежащего защите, определении его содержания и пределов в контексте конкретных обстоятельств дела. Именно толкование, понимаемое как аргументированное решение, фактически и «создает» право человека. Чем руководствуются суды, вынося такие решения, вопрос сложный и вряд ли имеющий однозначный ответ. Выбор, который приходится делать судам, зависит «от многих сложных факторов, пронизывающих правовую систему, и от целей (aims or purposes), достижение которых могут приписывать правилу. Охарактеризовать это — значит охарактеризовать все, что специфично для правового обоснования или свойственно ему»⁴.

Очевидно, что в спорах о правах человека выбор того или иного варианта решения во многом обуславливается их теоретическим по-

¹ См.: Пферсманн О. Указ. соч. С. 109.

² Там же. С. 115—116.

³ Там же. С. 117.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 118.

⁶ Там же. С. 120.

⁷ Там же. С. 121.

⁸ Там же. С. 123. Возможность того, что конституционные положения не предполагают вариантов для выбора, существует, но является скорее исключением из правила.

¹ См.: Харп Г. Л. А. Указ. соч. С. 146.

² Вайпан Г. В. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 3 (106). С. 44.

³ См.: Харп Г. Л. А. Указ. соч. С. 132.

⁴ Там же. С. 130.

ниманием (как прав человека в целом, так и конкретного права), доминирующим в правовой доктрине и разделяемым судьями. Равным образом представляется верной и обратная зависимость — теоретической интерпретации прав человека от существующей практики их обеспечения. Попробуем проследить эти корреляции.

В современных интерпретациях прав человека просматриваются две тенденции. Первая из них может быть обозначена как их этизация. Непозитивистские трактовки прав человека, как правило, обосновывают их моральную природу. Р. Алекси считает моральность важнейшим признаком прав человека. Права человека, по его мнению, имеют исключительно моральную действительность, т. е. должны быть морально обоснованы¹. «Требование права предполагает морально-этическую аргументацию и не может быть установлено никаким иным образом», — утверждает Р. Дворкин². Причем мораль в данном случае понимается не просто как некоторые стандарты человеческого поведения, не нашедшие закрепления в позитивном праве³, а как совокупность собственно нравственных требований. Права человека в таком контексте сводятся к оправданным с точки зрения некоторой универсальной или партикулярной (признаваемой тем или иным сообществом) моральной системы притязаниям, обращенным к государству, обществу и иным лицам.

Дж. Финнис увязывает универсальные фундаментальные моральные принципы, из которых проистекают естественные права человека, с видами блага, к которым надо стремиться («основными формами человеческого процветания»), и «методологическими требованиями практической разумности», которые сами по себе также образуют одну из форм человеческого процветания и представляют критерии, позволяющие проводить различие между разумными и неразумными действиями, «т. е. между морально правильными и морально ошибочными способами поведения, — и, таким образом, позволяя сформулировать некоторое множество моральных стандартов»⁴.

К числу таких универсальных принципов (ценностей), составляющих аспекты благой жизни, Дж. Финнис относит жизнь (в самом широком витальном смысле, предполагающем заботу о здоровье, самосохранении, продолжении рода); знание (любопытность и стремление к истине); игру; эстетический опыт; общительность

(и дружбу как ее высшее проявление); практическую разумность (стремление к упорядочению своих действий и образа жизни в целом); религию (в широком смысле как признание некоего «трансцендентного начала всеобщего порядка вещей»¹ и стремление соотносить с ним свои поступки и образ жизни)².

Данные принципы, по Дж. Финнису, определяют не только сферу собственно морали (этики индивидуального поведения), но и политику и право. Универсальность и надпозитивность (естественность) этих принципов заключается в том, что они «будут оставаться в силе в качестве принципов независимо от того, в какой степени они остаются незамеченными, применяются неправильно, игнорируются в практическом мышлении, а также от того, сколь мало они признаются теми, кто занимается теоретической рефлексией относительно человеческого мышления»³.

Но при этом Дж. Финнис отмечает огромное разнообразие способов воплощения его основных ценностей в социальной жизни и невозможность их полной и исчерпывающей реализации «ни отдельным действием, ни прожитой жизнью, ни каким-либо установлением, ни культурой (или каким-то их конечным числом)»⁴. Люди и целые культуры «различаются в решительности, энтузиазме, сдержанности, дальновидности, восприимчивости, постоянстве и во всех прочих модальностях реакции на *любую* ценность»⁵. Таким образом, социальные порядки, основанные на основных ценностях Дж. Финниса, могут быть сколь угодно разнообразны, а регулятивный потенциал этих ценностей оказывается крайне невелик.

Р. Дворкин основывает права человека на требованиях партикулярной морали. По его мнению, права человека зависят от существующих в данном обществе обычаев и общественной морали, которая предстает как то общее, на что претендуют различные конкурирующие предпочтения членов общества⁶, и включает в себя политическую мораль, «предполагаемую законами и установлениями данного общества»⁷.

¹ Финнис Дж. Указ. соч. С. 123.

² Там же. С. 87—174. Все иные самые разные виды благ (целей и ценностей человеческой жизни), по мнению Дж. Финниса, представляют собой отдельные аспекты или пути поиска и реализации какого-либо из этих семи основных видов блага или их сочетания (там же. С. 123—125).

³ Там же. С. 44.

⁴ Там же. С. 117.

⁵ Там же. С. 118.

⁶ См.: Дворкин Р. Указ. соч. С. 182.

⁷ Там же. С. 179.

¹ См.: Алекси Р. Существование прав человека. С. 23—24.

² Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М. Л. Лахути, Л. Б. Макеевой. М., 2004. С. 206.

³ См.: Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту / пер. с англ. В. В. Архипова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 6. С. 128.

⁴ Финнис Дж. Указ. соч. С. 43.

Основой моральных прав, по Р. Дворкину, является «либеральная концепция равенства», из которой он выводит абстрактное, основополагающее и самоочевидное моральное право «на равную заботу и уважение» (right to concern and respect) со стороны государства¹. «Индивидуальные права на отдельные свободы, — утверждает он, — только тогда должны признаваться, когда можно доказать, что этих прав требует более основополагающее право на обращение как с равными»². При этом понимание права на равную заботу и уважение неоперационально; конкретные права (притязания), следующие из него, неоднозначны и противоречивы. «Вполне возможно, — отмечает Р. Дворкин, — что справедливое общество признает разнообразные индивидуальные права и для обоснования разных совокупностей этих прав будет использовать разные моральные соображения»³. Он и сам осознает, что его понимание индивидуальных прав «носит формальный характер» и «не указывает, какие именно права люди имеют, и даже не гарантирует, что они вообще их имеют»⁴.

Таким образом, у Р. Дворкина права человека «выводятся» из сложившихся в обществе моральной и правовой систем. В данном контексте не очевидно, как права человека могут функционировать в качестве «политических козырей в руках людей», которые выставляются против коллективных целей, мешающих им что-либо делать или иметь⁵. По крайней мере сила этих «козырей» будет не слишком большой, а само их наличие (признание тех или иных притязаний правами человека) во многом определяется как раз коллективными целями.

Отсюда защита тех или иных морально оправданных притязаний в качестве юридических прав фактически ставится в зависимость от усмотрения суда, несмотря на все сложные логические построения, к которым прибегает Р. Дворкин, обосновывая обратное⁶. По мнению Р. Дворкина, суды должны разрешать дела в соответствии «с лучшей теорией справедливости» («the best theory of justice»)⁷. Однако сформулировать ее доступно разве что сконструированному им Геркулесу⁸.

¹ См.: Дворкин Р. Указ. соч. С. 247—251, 366—374.

² Там же. С. 368.

³ Там же. С. 366.

⁴ Там же. С. 11.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 120—184, 375—390.

⁷ Dworkin R. Op. cit.

⁸ Геркулес Р. Дворкина — это гипотетический идеальный судья, обладающий «сверхчеловеческой квалификацией, ученостью, терпением и проницательностью»

Этическое понимание прав человека не позволяет вычлнить их из различных аспектов общего блага. Любое притязание может рассматриваться как право человека, если оно направлено на достижение определенных общественно значимых целей¹. Отсюда следует, с одной стороны, абсолютная неопределенность и беспредельность притязаний, которые могут быть признаны правами человека², а с другой — их октроированность, производность от сообщества (его общего блага) и обусловленность исполнением обязанностей (как самим субъектом права, так и другими членами сообщества). Это сближает этические трактовки прав человека с социологическими, распространенность которых демонстрирует вторую тенденцию развития современных представлений о правах человека — их деэссенциализацию. Натуралистические (сущностные) интерпретации прав человека отвергаются как недостаточно функциональные. Права человека перестают рассматриваться как естественные, доинституциональные (т. е. возникшие до формирования институтов, обеспечивающих их защиту), которыми все люди обладают в силу их человеческой природы³. Акцентируется политическая функция прав человека — ограничивать действия представителей власти.

Сторонники социологических концепций прав человека, чтобы не погружаться «в темные воды метафизики»⁴, как правило, не акцентируют их сущность, религиозные или моральные основания. Права человека предлагается рассматривать как права, утвердившиеся в общественном сознании и в связи с этим закрепленные в конституциях, законах, международно-правовых актах. Именно факт социального признания тех или иных возможностей человека, а не только индивидуальные притязания придает им статус прав челове-

(Дворкин Р. Указ. соч. С. 152), благодаря чему он «способен выносить решения, отвечающие нашему чувству справедливости» (там же. С. 175). См. также там же. С. 166, 178, 183.

¹ См.: McHarg A. Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights // The Modern Law Review. 1999. Vol. 62. Iss. 5. P. 681.

² Как иронично замечает Б. Мелкевик, когда отмечается «недостаток чего-либо бытийного или чего-либо материального», речь «всегда идет о предполагаемом ущемлении гарантированного всем “права”» (Мелкевик Б. Говорите на языке «нового нарратива о праве», или О том, как политкорректность «юридически» узаконивает себя / пер. с фр. М. В. Антонова, Е. А. Патрикеевой // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 1. С. 39).

³ См.: Vila M. I. Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication within a Cooperative Conception of Human Rights // International Journal of Constitutional Law. 2017. Vol. 15. No. 2. P. 395.

⁴ Valentini L. Dignity and Human Rights: A Reconceptualisation // Oxford Journal of Legal Studies. 2017. Vol. 37. Iss. 4. P. 863.

ка. Источником прав человека здесь выступает общественное согласие по поводу необходимости их обеспечения¹.

Социологическая интерпретация прав человека делает упор на принадлежность человека к сообществу, и признаваемые сообществом права рассматриваются прежде всего как «целый комплекс взаимосвязанных правовых возможностей, открывающих человеку путь к развитию и участию в различных сферах жизни общества и государства»². Предназначением прав человека здесь является «не просто предоставление человека самому себе во всех случаях, но сохранение для индивидов возможности быть включенным в жизнь общества»³. А идеалом социального устройства видится «конечное слияние личности и общества в одно гармоничное целое, при котором каждый из них, являясь самоцелью, взаимно друг друга дополняли бы, а не подавляли или упраздняли»⁴. Тот аспект прав человека, который заключается в обеспечении возможности противопоставления соответствующих притязаний общественному мнению, предъявлении государству и обществу требования их уважения независимо от отношения к ним, в данном случае игнорируется.

Сегодня все большую популярность получают так называемые политические, функциональные, инклюзивные, институциональные и тому подобные концепции прав человека, в рамках которых права человека трактуются как производные от существующих институциональных механизмов и процедур их защиты и одновременно в качестве условий включенности человека в политическое сообщество — национальное и глобальное⁵.

Современные исследователи подчеркивают, что этические концепции прав человека бенефициароцентричны; в их рамках больше внимания уделяется самому требованию, выраженному в соответствующем праве, — тем интересам, которые защищает данное право, и причинам, обуславливающим его универсальность, таким как характер соответствующих действий, базовые потребности, достойная

¹ См., например: Троцкая А. А. Основные права: происхождение, юридическая природа и пределы защиты // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 1. С. 66—68, 78.

² Там же. С. 78.

³ Там же. С. 77.

⁴ Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права // Кистяковский Б. А. Избранное: в 2 ч. Ч. 1. М., 2010. С. 485.

⁵ См., например: Rawls J. The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited". Harvard, 1999. P. 78—81; Beitz C. The Idea of Human Rights. Oxford, 2009; Raz J. Human Rights in the Emerging World Order // Transnational Legal Theory. 2010. Vol. 1. Iss. 1. P. 31—47; Cohen J. Minimalism about Human Rights: The Most We Can Hope for? // Journal of Political Philosophy. 2004. Vol. 12. Iss. 2. P. 190—213.

жизнь, человеческое достоинство и т. п., чем той стороне, которая призвана их обеспечивать и несет ответственность за их уважение и защиту. Между тем универсальные моральные права, по их мнению, сами по себе не могут обосновать необходимость своей защиты, даже когда они увязываются с самыми насущными интересами и потребностями человека. В связи с этим предлагаются различные концепции, показывающие, как в конкретном историческом и социокультурном контексте моральные права трансформируются в собственно права человека, обеспеченные институциональной защитой. В рамках таких гибридных концепций акцентируется по меньшей мере две характерные черты прав человека, отличающие их от доинституциональных моральных прав. Во-первых, права человека динамичны по своему характеру. Они изменяются во времени и являются сложным продуктом рациональных оснований и случайностей. Права человека рассматриваются в контексте стандартных угроз базовым интересам человека в современных условиях жизни; наиболее эффективных способов защиты этих интересов, исходя из институциональных механизмов, реально или потенциально доступных для этого; справедливости, надежности и достаточности существующих институциональных структур для защиты таких интересов от стандартных угроз в плюралистичном мире. Во-вторых, права человека являются законодательно признанными и юридически обеспечиваемыми, они функционируют как юридические стандарты, определяющие институциональную динамику (развитие институтов)¹.

Строго политические концепции прав человека вообще отказываются увязывать их с какими-либо этическими притязаниями. Существование прав человека ставится в зависимость от социальных отношений, которые оправдывают защиту определенных благ и интересов. С одной стороны, они выражают требования справедливости в контексте институционального взаимодействия, с другой — выступают в качестве критериев для оценки того, насколько хорошо функционируют институциональные структуры в отношении обеспечения основных благ.

Таким образом, права человека ассоциируются с идеей членства в политическом сообществе и являются базовым условием включенности в него. Игнорирование основных интересов, ассоциируемых с этими правами, означает отрицание минимальных условий гражданства². Другими словами, не сущность прав человека определяет требования к институциональной структуре политического сообщества, а, напротив, признаваемые в рамках сообщества блага и инте-

¹ См.: Vila M. I. Op. cit. P. 396.

² Ibid. P. 396—397.

ресы и существующие способы их обеспечения и защиты определяют права человека. В итоге права человека перестают быть естественными и неотчуждаемыми и в определенном смысле утрачивают даже связь с самим человеком.

Весьма показательна в этом отношении развиваемая Л. Валентини статусная концепция достоинства личности, противопоставляемая ею «ортодоксальной концепции неотъемлемо присущего человеку достоинства». Статусное достоинство человека в ее представлении — это нормативные стандарты поведения, атрибутируемые определенным выполняемым социальным ролям — гражданина, родителя, наемного работника и т. п. Оно предполагает как стандарты обращения с человеком (пассивное статусное достоинство), так и стандарты его собственного поведения (активное статусное достоинство). Обе составляющие достоинства взаимосвязаны: нарушение активного статусного достоинства (ненадлежащее поведение) ведет к утрате пассивного статусного достоинства (оправдывает отдельные виды обращения с человеком, недопустимые при его надлежащем поведении). Например, согласно принятым моральным стандартам лицо, допускающее жестокое и унижающее обращение с невиновным, нарушает пассивное статусное достоинство жертвы. Оно одновременно не исполняет требования, атрибутируемые его статусом (свое активное статусное достоинство), и в силу этого частично утрачивает свое пассивное статусное достоинство — оно может быть подвергнуто обращению, которое в противном случае было бы недопустимым в отношении него (причинение физического вреда или ограничение свободы). Аналогично лицо, которое употребляет наркотики, также (временно) утрачивает свое пассивное статусное достоинство: его зависимость от наркотиков и влияние, которое это оказывает на его способность управлять своими действиями, изменяет характер допустимого с ним обращения, в частности, в отношении него может быть установлена опека, невозможная применительно к лицу, сохраняющему способность к здравым рассуждениям. Конкретизация статусного достоинства, присущего тем или иным социальным ролям, зависит от признаваемых в данном сообществе нормативных требований, ассоциируемых с соответствующим статусом¹. Никаких объективных общезначимых операциональных критериев тех требований, которые образуют активное и пассивное статусное достоинство, и тех пределов, до которых может нарушаться пассивное достоинство при несоответствии поведения активному статусному достоинству, не выдвигается.

¹ См.: *Valentini L.* Op. cit. P. 866—867.

При этом Л. Валентини приписывает различные статусные достоинства не только людям, осуществляющим те или иные социальные роли, но и государству, корпорациям и даже животным. В частности, она рассматривает помещение льва в маленькую клетку (нарушение нормативных стандартов обращения с ним) как нарушение его статусного достоинства¹. Движение за признание прав животных получает все большее распространение². При этом ряд исследователей специально подчеркивают, что они не проводят различия между признанием прав животных и защитой их благополучия³. Очевидно, это различие не значимо и применительно к человеку. Так, у Л. Валентини права человека — это универсальные стандарты, образующие пассивное статусное достоинство субъектов, подчиненных суверенной власти, и универсальные стандарты активного статусного достоинства суверенных властей, т. е. человек как субъект своих прав на самом деле выступает лишь объектом заботы со стороны государства⁴.

Безграничное расширение перечня притязаний, которые могут квалифицироваться как «права человека» в рамках их моральных и социальных трактовок, неизбежно влечет за собой произвольность (в нейтральном значении данного слова) такой квалификации (или отказ в ней)⁵ и избирательный подход при обеспечении и защите «прав человека», особенно в ситуации их конкуренции, т. е. фактически их негарантированность. Права человека в данном случае превращаются в нечто абсолютно неопределенное и в конечном счете еще более зависимое от усмотрения власти (уже не законодательной, а судебной), чем при сугубо позитивистской их интерпретации.

¹ См.: *Valentini L.* Op. cit. P. 866. В данном контексте непонятно, почему само по себе помещение льва в клетку не рассматривается как нарушение его статусного достоинства.

² См., например: *The Great Ape Project: Equality beyond Humanity* / ed. by *P. Singer*. P. *Cavalieri*. L., 1993.

³ См.: *McCausland C.* United Nations Declaration on Animal Welfare: Why not Rights? // *Regarding Rights* April 19 2013. URL: <http://asiapacific.anu.edu.au/regarding-rights/2013/04/19/united-nations-declaration-on-animal-welfare-why-not-rights> (дата обращения: 23.07.2018); *Kotzmann J., Seery C.* Dignity in International Human Rights Law: Potential Applicability in Relation to International Recognition of Animal Rights // *Michigan State International Law Review*. 2018. Vol. 26. Iss. 1. P. 1—42.

⁴ См.: *Valentini L.* Op. cit. P. 881.

⁵ Л. Валентини, например, полагает, что это зависит, среди прочего, от обыденного словоупотребления. Неполитически мотивированное убийство или пренебрежение матерью своими обязанностями по отношению к ребенку, по ее мнению, нарушений прав человека не образуют, поскольку в обыденном языке «нарушение прав человека» обычно увязывается со злом, имеющим политическое значение. См.: *Valentini L.* Op. cit. P. 870.

В связи с рассмотренным выше «открытым характером» прав человека, осуществляя их толкование, суд не столько стремится выявить «намерения конституционного законодателя», сколько оценивает представленные сторонами конкретного спора конкурирующие интерпретации прав и свобод¹. Такое толкование, как отметил Федеральный конституционный суд Германии в одном из своих решений, имеет характер дискурса, в ходе которого выдвигаются различные доводы и контраргументы и лучшим из них придается решающее значение². Интересно проследить, как отражаются на характере этого дискурса доминирующие сегодня доктринальные представления о правах человека.

Концепции прав человека, преобладающие в континентальной Европе, во многом основываются на убеждении, что права человека нельзя формально отличить от других интересов³. Дж. Раз, например, полагает, что в понятии прав нет ничего, что выражало бы особый «вес» или значение стоящих за ними интересов⁴. Права человека могут быть «перевешены» другими важными соображениями, например коллективной пользой⁵. Р. Алекси тоже отвергает абсолютный приоритет индивидуальных прав перед коллективными благами, равно как и возможность и необходимость сведения коллективных благ к индивидуальным правам, если они допускаются в качестве основания ограничения последних⁶.

Основным способом обеспечения прав человека является так называемый тест на пропорциональность⁷ и завершающая его процедура балансирования («взвешивания») — оценки сравнительного веса конкурирующих прав. «Закон балансирования» (law of balancing) Р. Алекси предполагает, что чем больше степень посягательства на один принцип (право), тем больше должна быть важность удовлетворения другого принципа (права)⁸. При этом принципам (правам человека) придаются как абстрактные (ценность, присущая в силу

¹ См.: Должиков А. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 130.

² См.: BVerfG, 05.04.1990 — 2 BvR 413/88 (para. 27). URL: https://www.jurion.de/urteile/bverfg/1990-04-05/2-bvr-413_88 (дата обращения: 28.12.2017).

³ См.: Rivers J. Proportionality and Variable Intensity of Review // Cambridge Law Journal. 2006. Vol. 65. No. 1. P. 180.

⁴ См.: Raz J. The Morality of Freedom. Oxford, 1986. P. 186—192, 254—255.

⁵ См.: McHarg A. Op. cit. P. 674.

⁶ См.: Алекси Р. О структуре принципов права // Российское правосудие. 2017. № 3. С. 33—34.

⁷ Подробнее см.: Barak A. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations. P. 245—370.

⁸ См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 102.

самой их сути)¹, так и конкретные (значимость в той или иной ситуации) «веса»². Когда принципы (права человека) вступают в противоречие друг с другом, более важный принцип (как в абстрактном смысле, так и в условиях конкретных фактических обстоятельств) «перевешивает» менее важный (одно право реализуется за счет ограничения другого). Однако на деле процедура сопоставления разноплановых и разнонаправленных принципов (придания им соответствующих «весов» и значений) не может не быть произвольной, несмотря на все математизированные попытки доказать обратное³.

В рамках процедуры «взвешивания» права человека фактически приравниваются к другим социальным интересам и сопоставляются с ними⁴. В данном случае, отмечает С. Цакиракис, «интересы, защищаемые правами человека, оцениваются по той же шкале, что и любые другие интересы частных лиц или государства, и находятся с ними в равном положении. При таком подходе интересы большинства имеют тенденцию “перевешивать” интересы частных лиц и меньшинств»⁵.

Истолкование прав человека как морально оправданных притязаний переводит вопрос об их обеспечении и допустимости того или иного их ограничения в этическую плоскость. Судебная аргументация все чаще строится на сугубо моральных доводах и сводится к обсуждению того, какой из конкурирующих ценностей следует отдать предпочтение с учетом всех относимых к делу факторов⁶. В связи с отсутствием общепринятой точки зрения по большинству этических проблем

¹ Например, по мнению Р. Алекси, право на жизнь имеет больший абстрактный вес, чем общая свобода деятельности. См.: Алекси Р. Формула веса / пер. с англ. В. В. Архипова // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3 / под ред. А. В. Полякова. СПб., 2011. С. 215.

² См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 27—28.

³ См.: Алекси Р. Сбалансированность, конституционный контроль и представительство / пер. с англ. О. Гладченко // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2. С. 113—116; Он же. Формула веса. С. 208—228. Вряд ли многочисленные формулы, разработанные Р. Алекси, действительно необходимы для обоснования и даже для иллюстрации действия его достаточно очевидного «закона взвешивания» в материальном («Чем больше степень несоответствия одному принципу или ущерба для него, тем больше должна быть важность соответствия другому принципу») или эпистемическом («Чем более серьезным является вмешательство в отношении субъективного конституционного права, тем большей должна быть определенность базовых предпосылок такого вмешательства») вариантах (Алекси Р. Формула веса. С. 209, 226).

⁴ См.: Rivers J. Op. cit. P. 180.

⁵ Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2. С. 49.

⁶ См.: Мёллер К. Принцип соразмерности: в ответ на критику // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 4. С. 92—93, 95—96.

констатация допустимости или недопустимости того или иного ограничения прав человека становится не более чем субъективной оценкой значимости конкурирующих факторов и не представляет собой структурированные рациональным образом доводы, положенные в основу решения. Аргументация носит весьма сжатый характер и не раскрывает всю совокупность соображений, которые оказали влияние на принятие того или иного решения¹. Судебное решение фактически содержит лишь утверждение о соразмерности (несоразмерности) ограничения права, а не доказывание этого². При его вынесении судьи во многом полагаются на интуицию. Требование того, «чтобы мотивировка решений по каждому делу была детально обоснованной, исчерпывающей и полностью аргументированной», считается бессмысленным, ибо «вопросы этики слишком сложны для этого»³. В таких условиях, рассматривая спор о правах человека, судья на деле осуществляет лишь субъективный выбор между двумя неспоставимыми альтернативами, в который потом он просто поверит и будет убеждать себя (и других) в его обоснованности и рациональности⁴.

Как верно замечает К. Мёллер, «в конституционно-правовом контексте это означает, что решение относительно выбора таких конкурирующих ценностей, принятое представительным органом власти, должно быть оставлено в силе», поскольку, «если суд отклоняет решение выборных органов власти относительно двух в значительной степени неспоставимых ценностей, он нарушает демократические принципы»⁵. Другими словами, конституционный контроль за обоснованностью ограничений прав человека оказывается просто невозможен, поскольку а priori нарушает публичный интерес, воплощенный в данном случае в принципах демократического правления. Однако Р. Алекси подчеркивает, что основные права человека столь значимы, что решение об их защите не может быть оставлено на усмотрение только парламентского большинства⁶. Это предполагает необходимость конституционного контроля за надлежащей позитивацией и практическим обеспечением прав человека. В рамках этического и социологического понимания прав человека, не вычленивающих их из иных ценностей и интересов, данное противоречие оказывается неразрешимым.

¹ См.: Цакиракис С. Указ. соч. С. 56.

² См.: Webber G. Ch. The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. Cambridge; N. Y., 2009. P. 89.

³ Мёллер К. Указ. соч. С. 103.

⁴ См.: Webber G. Ch. Op. cit. Ch. 3.

⁵ Мёллер К. Указ. соч. С. 97.

⁶ См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 297.

При социологическом подходе к правам человека необходимость как их признания, так и ограничения в большинстве случаев обосновывается практическими соображениями, а не собственно юридическими¹. Р. Алекси, например, отождествляет права человека с принципами, которые признаются в рамках данной конституционной системы и могут быть реализованы в той или иной мере в зависимости от фактических и юридических возможностей². По сути, права человека у него это лишь «соображения, которые могут быть вытеснены другими соображениями»³.

Впрочем, такие установки не чужды и сторонникам религиозно-нравственного обоснования прав человека. Ж. Маритен, например, подчеркивал, что реализация естественного права «подчинена конкретным возможностям данного общества» и в определенные исторические периоды от осуществления некоторых прав полезно отказаться⁴.

Конституционный Суд РФ неоднократно подчеркивал, что цели ограничений конституционных прав и свобод «должны быть не только юридически, но и социально оправданными»⁵.

Отражением социологических подходов к пониманию прав человека в практике Европейского Суда по правам человека является развиваемая им доктрина «европейского консенсуса». Под ним Суд понимает достаточное единообразие регулирования определенных отношений в государствах — участниках Конвенции о защите прав человека и основных свобод. От наличия «европейского консенсуса» зависит признаваемая ЕСПЧ за государствами степень свободы усмотрения при обеспечении гарантированных Конвенцией прав.

¹ См.: Kumm M. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights, by Robert Alexy. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press, 2002, 463 pp. // International Journal of Constitutional Law. 2004. Vol. 2. No. 3. P. 582.

² См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 47—48, 57.

³ Ibid. P. 57.

⁴ См.: Маритен Ж. Человек и государство / пер. с англ. Т. Лифинцевой. М., 2000. С. 98—99.

⁵ См. определение Конституционного Суда РФ от 10 марта 2016 г. № 450-О «По жалобе гражданина Барсукова Александра Викторовича на нарушение его конституционных прав подпунктом 58 статьи 2 и пунктом 2¹ статьи 33 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»» (п. 2 мотивировочной части); постановление Конституционного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 26-П «По делу о проверке конституционности подпункта 8 пункта 2 статьи 235 Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 17 Федерального закона «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам» в связи с запросом Верховного суда Республики Башкортостан» (п. 4 мотивировочной части).

Если «европейский консенсус» существует, но государство ему не следует, оно должно предоставить особо убедительное обоснование своей позиции¹. ЕСПЧ считает, что он обязан учитывать изменение условий в государствах — участниках Конвенции и реагировать на достижение согласия в отношении стандартов, к которым необходимо стремиться². «Европейский консенсус» как раз и фиксирует наличие общей тенденции или подходов в регулировании тех или иных вопросов в правопорядках многих (большинства) государств — участников Конвенции³.

Таким образом, наднациональные стандарты обеспечения прав человека ставятся в зависимость от сложившегося на национальном уровне понимания содержания тех или иных прав человека, пределов их осуществления и допустимых ограничений, т. е. от того социального контекста, в рамках которого они реализуются.

Доктрина «европейского консенсуса» используется Судом применительно практически ко всем гарантируемым Конвенцией правам⁴. При этом исследователи отмечают, что особенно часто Европейский Суд обращается к ней в делах «с ярко выраженным моральным подтекстом»⁵. ЕСПЧ исходит из отсутствия «единообразной европейской концепции морали». Требования морали находят в законодательстве различное отражение в зависимости от времени и места, причем наша эпоха отличается быстрой и радикальной эволюцией мнений по разным моральным проблемам. Национальные власти, непосредственно и непрерывно взаимодействуя с жизненно важными для страны общественными интересами и соприкасаясь с реакцией на

¹ См., например: *Dickson v. the United Kingdom*. Application no. 4436/04. Judgment of 4 December 2007. Para. 81; *S. L. v. Austria*. Application no. 45330/99. Judgment of 9 January 2003. Para. 31; *Tănase v. Moldova*. Application no. 7/08. Judgment of 27 April 2010. Para. 176; *Demir and Baykara v. Turkey*. Application no. 34503/97. Judgment of 12 November 2008. Para. 85; *Weller v. Hungary*. Application no. 44399/05. Judgment of 31 March 2009. Para. 28; *Stec and Others v. the United Kingdom*. Applications no. 65733/01, 65900/01. Judgment of 12 April 2006. Paras. 63—64; *Ünal Tekeli v. Turkey*. Application no. 29865/96. Judgment of 16 November 2004. Para. 54; *Stafford v. the United Kingdom*. Application no. 46295/99. Judgment of 28 May 2002. Para. 68; *Kiyutin v. Russia*. Application no. 2700/10. Judgment of 10 March 2011. Para. 65; *Konstantin Markin v. Russia*. Application no. 3078/06. Judgment of 22 March 2012. Para. 126.

² См.: *Bayatyan v. Armenia*. Application no. 23459/03. Judgment of 7 July 2011. Para. 101.

³ См.: *Dzehtsiarou K. Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights* // Public Law. 2011. P. 541—546; *Idem*. European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights. Cambridge, 2015. P. 10—14.

⁴ См.: *Dzehtsiarou K. Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*. P. 546—548.

⁵ *Нуссбергер А.* «Консенсус» как элемент аргументации Европейского суда по правам человека // Международное правосудие. 2013. № 1. С. 17.

те или иные решения в своих странах, в принципе могут лучше, чем международный суд, оценить точное содержание требований морали, принятой в соответствующей стране, и ограничения прав человека, необходимые для их соблюдения¹. И когда дело касается «особо деликатных вопросов», Суд склонен предоставлять государствам большую свободу усмотрения².

Доктрина «европейского консенсуса» подвергается серьезной критике, в центре которой как раз и находится вопрос о социальном признании прав человека как условия их обеспечения. С одной стороны, отмечается, что она лишает государства возможности развивать права человека согласно нравам, традициям и культуре, присущим их обществам³, с другой — что она способствует сохранению status quo и отдает обеспечение прав человека на откуп государствам, действующим в рамках своего социального контекста⁴.

Критики доктрины «европейского консенсуса» подчеркивают, что, несмотря на свой кажущийся демократизм, она ориентирована на учет доминирующих представлений и подходов (как собственно юридических, так и нравственных) на национальном уровне и не может обеспечить защиту прав меньшинств⁵. Основываясь на доктрине «европейского консенсуса», Европейский Суд оказывается не в состоянии выполнять свою функцию «внешнего гаранта от тирании большинства»⁶.

В ряде случаев государства пытались оправдать свой отказ от следования «европейскому консенсусу» ссылками на так называемый

¹ См.: *Handyside v. the United Kingdom*. Application no. 5493/72. Judgment of 7 December 1976. Series A. No. 24. Para. 48; *A., B. and C. v. Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment of 16 December 2010. Para. 223.

² См., например: *Stübing v. Germany*. Application no. 43547/08. Judgment of 12 April 2012. Para. 61.

³ См.: *Martens P.* Perplexity of the National Judge Faced with the Vagaries of European Consensus // Dialogue between Judge. Strasbourg. 2008. European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf (дата обращения: 23.07.2018).

⁴ См.: *Murray J.* Consensus: Concordance or Hegemony of the Majority // Dialogue between Judge. Strasbourg. 2008. European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_ENG.pdf (дата обращения: 23.07.2018).

⁵ См.: *Benvenisti E.* Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards // New York University Journal of International Law & Politics. 1999. Vol. 31. Iss. 4. P. 850—854. Показательно, что, по мнению Европейского Суда, защита безопасности, идентичности и образа жизни меньшинств необходима не только в целях обеспечения их интересов как таковых, но и для сохранения культурного разнообразия как ценности всего сообщества. См.: *D. H. and Others v. the Czech Republic*. Application no. 57325/00. Judgment of 13 November 2007. Para. 181.

⁶ *Macdonald R. S.* The Margin of Appreciation // The Europe System for the Protection of Human Rights / ed. by R. Macdonald, F. Matscher, H. Petzoud. Dordrecht; Boston; L., 1993. P. 124.

внутригосударственный консенсус¹, т. е. свои устойчивые и общепризнанные культурные традиции², моральные позиции, ценностные ориентации, социальную эффективность тех или иных институтов³. Европейский Суд в целом признает возможность отступления от «европейского консенсуса» по серьезным внутригосударственным историческим и политическим причинам, но редко соглашается с такими доводами⁴.

Однако в деле «А., В. и С. против Ирландии» Суд признал, что действующее в Ирландии ограничение права на аборт исключительно случаями, когда беременность угрожает жизни матери, совместимо с Конвенцией, несмотря на существующий «европейский консенсус» в отношении гораздо более либерального регулирования данного вопроса. ЕСПЧ аргументировал свою позицию тем, что установленные в Ирландии ограничения основывались на существующих там «принципиальных этических взглядах на природу жизни»⁵. От установления «природы жизни» и момента ее возникновения Европейский Суд самоустранился в силу отсутствия по этому поводу «европейского научного и юридического консенсуса»⁶, оставив решение данного вопроса, а следовательно, и регулирование аборт на усмотрение государств — участников Конвенции.

При использовании доктрины «европейского консенсуса» судебная аргументация базируется не на собственно юридических доводах (относительно природы соответствующих прав, характера протекающих из них притязаний, способов и пределов их обеспечения), а на сугубо социологических — признанность соответствующих

¹ См.: Лондрас де Ф., Дегтярев К. «А., В. и С. против Ирландии»: возникновение блокирующего внутригосударственного консенсуса / пер. с англ. С. Усскина, М. Тимофеева // Международное правосудие. 2013. № 1. С. 25—35.

² См.: *Buscarini v. Sun Marino*. Application no. 24645/94. Judgment of 18 February 1999. Para. 32.

³ См.: *Tyrer v. the United Kingdom*. Application no. 5856/72. Judgment of 25 April 1978.

⁴ См., например: *Tănase v. Moldova*. Application no. 7/08. Judgment of 27 April 2010. Paras. 174—176.

⁵ *A. B. and C. v. Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment of 16 December 2010. Para. 226. Спорность принятого Европейским Судом обоснования наличия таких взглядов составляет отдельную проблему. Показательно, что данное решение ЕСПЧ вызвало в Ирландии прямо противоположные движения как за либерализацию, так и за ужесточение регулирования абортов. См.: Лондрас де Ф., Дегтярев К. Указ. соч. С. 33—34. На референдуме в мае 2018 г. граждане Ирландии высказались за легализацию абортов и предоставление женщине права прервать нежелательную беременность на сроке до 12 недель без объяснения причин. См.: Жители Ирландии проголосовали за легализацию абортов // Interfax. 2018. 26 мая. URL: <https://www.interfax.ru/world/614464> (дата обращения: 17.02.2020).

⁶ *A. B. and C. v. Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment of 16 December 2010. Para. 237.

стандартов в государствах — участниках Конвенции. Исследователи подчеркивают, что доктрина «европейского консенсуса», и особенно «внутригосударственного консенсуса», позволяет Европейскому Суду уйти от необходимости формулирования четких очертаний конвенциональных прав в спорных сферах отношений¹.

К. Санстейн вообще утверждает, что права человека в том виде, как они защищаются судами, представляют собой «недостаточно теоретически обоснованные соглашения» («incompletely theorized agreements»). По его мнению, возможно достижение согласия в отношении абстрактных принципов и конкретных решений без теоретического обоснования того или иного права². В частности, разработчики Всеобщей декларации прав человека отказались заниматься высокой теорией. Вместо этого они изучали конституционное законодательство и судебную практику различных стран и выявили существующую общность подходов, что и позволило сформировать перечень провозглашаемых прав³. Ж. Маритен, который был активно вовлечен в процесс подготовки Всеобщей декларации, писал: «Да, мы согласны с этими правами, но при условии, что никто не спросит нас почему»⁴. Общий подход заключается в том, что решение в пользу ряда прав может быть принято при наличии разногласий или неопределенности в отношении оснований этих прав⁵.

В современном плюралистическом обществе это помогает достигать согласия по поводу конкретных вопросов обеспечения отдельных прав человека, не погружаясь в сложные и часто ценностно нагруженные рассуждения относительно их общего теоретического понимания. Люди, полагает К. Санстейн, могут принимать конституционную практику и конституционные права, даже когда они не разделяют определенных конституционных теорий. Для того чтобы

¹ См.: Лондрас де Ф., Дегтярев К. Указ. соч. С. 34. Необходимо отметить, что доктрина «европейского консенсуса» не является единственным основанием аргументации Европейского Суда. Наличие или отсутствие «европейского», равно как и «внутригосударственного», консенсуса однозначно не определяет позицию Европейского Суда, и в целом ряде дел она формировалась с учетом того, что демократия не предполагает осуществление исключительно воли большинства; необходим баланс, обеспечивающий уважительное отношение к меньшинствам и исключающий возможность злоупотребления доминирующим положением. См.: *Young, James and Webster v. the United Kingdom*. Applications no. 7601/76 7806/77. Judgment of 13 August 1981. Series A. No. 44. Para. 63.

² См.: *Sunstein C.* Op. cit. P. 7.

³ См.: *Glendon M. A. A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. N. Y., 2001. P. 51, 57.

⁴ Цит. по: *Ibid.* P. 77.

⁵ См.: *Sunstein C.* Op. cit. P. 8.

защищать конкретные права человека и разрешать их сложные коллизии, нет необходимости обсуждать такие абстрактные проблемы, как: что важнее — равенство или свобода; существует ли свобода воли; оправдан ли утилитаризм; преследует ли наказание карательные цели. Замалчивание подобных проблем является важным источником успешности конституционализма и социальной стабильности¹. Во многих странах при разрешении конституционных споров не всегда проявляют содержание основополагающих принципов, исходя из того, что в гетерогенном обществе следует стремиться к достижению согласия лишь там, где оно необходимо, и не следует добиваться согласия, если оно невозможно².

В качестве примера К. Санстейн приводит известное дело *Roe v. Wade*³, рассмотренное Верховным судом США, которое опять-таки было связано с абортми. Признавая право женщины на прерывание беременности, судьи, по его мнению, могли руководствоваться совершенно разными соображениями: одни считали, что Суд должен уважать свои прецеденты; другие исходили из необходимости обеспечения равноправия женщин или уважения частной жизни; третьи полагали, что такое решение надлежащим образом определяет социальную роль религии; некоторые руководствовались прагматическими доводами относительно того, что запрет абортов не способен защитить плод, и т. п. Стремиться к согласованному и полному (принципиальному, теоретическому) обоснованию допустимости абортов было совершенно излишне⁴.

Несмотря на определенную прагматическую оправданность такого подхода, неотрефлексированность оснований предоставления того или иного права не позволяет обеспечить когерентность всех признаваемых за человеком прав, их необходимые корреляции, предсказуемость защиты тех или иных притязаний.

«Открытый характер» прав человека и установка на отказ от содержательного обоснования принимаемых судом конкретных решений по их обеспечению обусловили появление так называемой реалистической теории конституционного толкования, видным представителем которой является М. Тропер. По мнению М. Топера, в процессе толкования судьи как бы «воссоздают» конституцию и при этом они связаны «не какими-либо юридическими нормами, а исключительно системой властных отношений, в которых они при-

¹ См.: *Sunstein C. Op. cit.* P. 1—2.

² *Ibid.* P. 5.

³ *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) // JUSTIA. US Supreme Court. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113> (дата обращения: 15.02.2020).

⁴ См.: *Sunstein C. Op. cit.* P. 4—5.

нимают участие»¹. Подлинным автором нормы является тот, кто ее толкует, а подлинным толкованием нормы является то, которое нельзя оспорить². Толкование, исходящее от уполномоченного органа при условии, что оно не может быть оспорено в другом органе, является обязательным и «полностью встраивается в истолкованный текст, который впредь может применяться только в том смысле, который был выявлен в ходе толкования». Только такой акт толкования и позволяет установить истинный смысл толкуемой нормы³. Действительность акта толкования, по М. Троперу, определяется не истинностью его содержания, а тем, что «он исходит от компетентного органа (независимо от своего содержания)»⁴. Е. В. Тимошина вполне обоснованно называет такую теорию толкования волюнтаристской⁵. В ней со всей очевидностью проявляются опасные практические следствия социолого-институционального истолкования прав человека.

О. Пферсманн предупреждает, что теории, обосновывающие принятие правильных решений в рамках толкования-решения, не будут юридическими; они окажутся связанными с соображениями из сферы нравственности, политики, рационального выбора или с теорией вероятности. «Выдвигать требование, согласно которому каждое решение должно быть обосновано в рамках права, — это то же самое, что предполагать, что некая система содержит все индивидуализированные элементы для любой ситуации при любой конфигурации выбора»⁶. При этом «требования права» сводятся им исключительно к содержанию нормативного текста, а юридическое обоснование решения — к лингвистическому анализу текста. Таким образом, юридическая нормативность ставится в зависимость от лингвистической нормативности⁷, а право, по сути, отождествляется с лингвистикой.

Между тем, как справедливо подметил Б. Бикс, толкование права не может основываться исключительно на природе языка и сводиться к выяснению значения используемых в тексте слов, в том числе предоставляемого им законодателем; оно с неизбежностью «будет зависеть от определенной теории, описывающей роль различных институтов и

¹ Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции. С. 179.

² См.: Тропер М. Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 16—18.

³ См.: Тропер М. Свобода толкования конституционного судьи. С. 193.

⁴ Там же. С. 197.

⁵ См.: Тимошина Е. В. Судья как новый суверен. С. 50—60.

⁶ Пферсманн О. Указ. соч. С. 125.

⁷ Там же. С. 130.

их взаимосвязь»¹. В нашем случае — теории прав человека. Очевидно, что весьма распространенные сегодня этические и социологические интерпретации прав человека не могут в должной мере обеспечить последовательность, определенность (предсказуемость) и обоснованность принимаемых судами решений и, как следствие, постепенное формирование устойчивых представлений о содержании прав, гарантируемых конституциями и международными актами. Это актуализирует проблему обоснования собственно юридического понимания прав человека и принципов их обеспечения и защиты, которые не могут исчерпываться позитивацией тех или иных требований. Перспективным в этом отношении кажется обращение к либертарной концепции права, но это предмет самостоятельного исследования.

§ 3. Международно-правовой реализм судебной интерпретации и его проявление в толковании национальных судов

1. *Судебное толкование: идентификация явления.* Современный этап функционирования правовых систем и юрисдикций, справедливо определяемого «эрой судов»², диктует необходимость осмысления ключевых вопросов права и правообразования во взаимосвязи с проблематикой судебного толкования, часто (но по-разному) в национальных правовых режимах недооцениваемой не только «обычными» субъектами правоотношений, но и судьями. По-прежнему рядовым в отечественном праве стоит полагать вопрос: «может ли суд дать вполне ясной норме закона толкование, явно расходящееся с ее буквальным смыслом в случаях, когда он приводит к явно абсурдным и несправедливым решениям?»³. Этим традиционно подтверждается характерная для позитивистских правовых систем неочевидность идеи о том, что «каждая законодательная норма как естественное и самоочевидное явление содержит наделение суда толковательной властью»⁴.

¹ Бикс Б. Г. Л. А. Харт и «открытая текстура» языка. С. 59. Показательно, что сам О. Пфферсманн обращает внимание на то, что в теологическом толковании смысл священного текста должен устанавливаться с учетом принципов, присущих тому священному контексту (пониманию Бога), частью которого данный текст является. См.: Пфферсманн О. Указ. соч. С. 113—114.

² См.: Медведев Д. А. 25 лет Конституции: баланс между свободой и ответственностью // Закон. 2018. Декабрь; Выступление И. Н. Барцица «Право на конституционную идентичность или глобальные ценности» на конференции — учебном курсе Совета Европы и МГИМО «Реализация конституционных и международных гарантий прав человека в российском праве и правоприменительной практике», апрель 2019 г.

³ Каранетов А. Г. Указ. соч. С. 3.

⁴ Цит. по: Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ.; науч. ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун. М., 1999. С. 130. См.: HCL 73/85 *Kach Party v. Knesset Speaker Shlomo Hillel* [1985]. См. также: *Rabin Y. Marbury v. Madison and its Impact on the Israeli Constitutional*

Саму тему так называемой толковательной власти суда, объема составляющих ее признаков, несмотря на востребованность и популярность категории судебного толкования (с учетом конституционного признания идеи судебной власти, ее самостоятельности в системе разделения властей), в отечественном правоведении вряд ли можно считать получившей полное освоение. В основном знание о судебной интерпретации определено ставшей аксиомой идеей, согласно которой «толкование юридической нормы всегда предшествует ее применению», а также представлениями о методологической основе такой интерпретации. Вместе с тем за кулисами часто остаются концептуальные вопросы, значимые для рассмотрения данного явления в масштабе общеправовой деятельности, в числе которых: возможно ли судебное толкование как явление в условиях исключительно формалистической (нормативистской) парадигмы оценки? Какова природа и характеристика реалистических оснований судебных решений? Как соотносится судебное толкование с другими публично-правовыми функциями (в том числе судов), каковы конституционные границы их соотношения?

Названные вопросы при рассмотрении судебного толкования одинаково могут казаться как самоочевидными для одного круга правоведов, так и малоцелесообразными для другого. Нередко в отечественном праве к оценке судебного толкования подходят со стороны механистической юриспруденции (в связи с чем соответствующее явление не всегда понятийно обозначается): когда явление рассматривается с позиции «безоценочного» применения судами правовой нормы (т. е. только в ее буквальном значении); иное толкование определяется как проявление судами правотворчества или даже законотворчества, что, очевидно, сразу определяет акцент на проблеме организации публичной власти (диссонанса с правилом разделения властных полномочий). Такой «механистический» подход, в целом характерный для правовых систем континентального права, можно признать по-своему исключаящим конструктивизм в анализе судебного толкования и обращения к нему в судебной работе¹.

Заметим, что в соотношении с доктринами формализма и реализма как концептуальными системами правообразования принято рас-

Law. URL: https://www.researchgate.net/publication/228235382_Marbury_v_Madison_and_its_Impact_on_the_Israeli_Constitutional_Law.

¹ Такой подход постепенно получает обоснование в отечественной теории права. См., например: Тимошина Е. В. Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2018. Т. 13. № 1. С. 72—102; Антонов М. В. Указ. соч.

сма­три­вать тему право­вой интер­пре­та­ции в кон­крет­ных юри­с­дик­ци­он­но-пра­во­вых кон­тек­стах, вне за­ви­си­мо­сти от то­го, на­сколь­ко она яв­ля­ет­ся в них при­ня­той (про­ра­бо­тан­ной), при этом от­ли­чия в «ин­тер­пре­та­ци­он­ных» про­яв­ле­ни­ях в ос­нов­ном ха­рак­те­ри­зу­ют­ся кри­те­ри­ем сте­пе­ни та­ких от­ли­чий. Ис­то­ри­че­ских при­ме­ров при­зна­ния в кон­ти­нен­таль­ном пра­ве су­деб­но­го тол­ко­ва­ния в та­ком «раз­но­пла­новом» клю­че не­ма­ло: не­ред­ко при­во­дит­ся раз­ви­тие су­деб­но­го пра­во­твор­че­ства во Фран­ции в свя­зи с тол­ко­ва­нием нор­м Граж­дан­ско­го ко­дек­са (1804), не­смот­ря на ус­та­нов­лен­ный в нем за­пре­т по соз­да­нию на его ос­но­ве об­ще­об­язатель­ных нор­м (имею­щих ха­рак­тер «об­ще­го рас­по­ря­же­ния»)¹.

Су­деб­ное тол­ко­ва­ние, ме­то­до­ло­гичес­ки иден­ти­фи­ци­руе­мое (с уче­том круга прие­мов, спо­со­бов его осу­ществ­ле­ния) как пред­по­ла­гаю­щее при­зна­ние на­ли­чия су­деб­но­го ус­мо­т­ре­ния — воз­мож­но­сти вы­бо­ра из числа «пра­во­мер­ных альтер­на­тив», по-преж­не­му ма­ло обо­зна­ча­ет­ся в рос­сий­ском пра­во­ве­де­нии не столь­ко по­ня­тий­но, сколь­ко по своей идее и со­дер­жа­нию.

Все еще уместна и не теряет актуальности дис­кус­сия о су­щности и на­зна­че­нии су­деб­ной де­ятель­ности, со­дер­жа­нии су­деб­ной функ­ции, на­чав­шая­ся в оте­че­ствен­ном пра­во­ве­де­нии на эта­пе раз­ви­тия пред­став­ле­ний о пра­во­вой ха­рак­те­ри­стике су­деб­ной вла­сти (при под­го­тов­ке про­ек­тов кон­сти­ту­ци­он­ных нор­м в со­от­вет­ст­вую­щей сфе­ре, до при­ня­тия дей­ст­вую­щей Кон­сти­ту­ции). При­ме­ча­тель­но, что при опи­сании пред­став­ле­ний по дан­но­му во­про­су (в 1991 г.) за­ме­че­но, что, «когда пи­шут о раз­де­ле­нии вла­стей, о су­деб­ной вла­сти вспо­ми­на­ют обыч­но где-то в кон­це, очень “роб­ко” и скоро­гово­р­кой»².

Важно и то, что при об­суж­де­нии ро­ли су­да нор­ма­тив­ный под­ход к пра­ву в до­статоч­ной мере ус­ту­пал место «нрав­ствен­ной» (ес­те­ствен­но-пра­во­вой) кон­цеп­ции пра­ва, опре­де­ляе­мой рас­смот­ре­нием «пра­ва как фор­мы об­ще­ствен­но­го соз­на­ния»³: в част­но­сти, обос­но­вы­ва­лась «гу­ма­ни­сти­че­ская на­прав­лен­ность ре­ше­ния во­про­сов о за­да­чах и зна­че­нии су­деб­ной вла­сти» (ко­торая рас­смот­ри­ва­лась приз­ван­ной быть «сте­р­жнем всех пра­в»), «об­щая нрав­ствен­ная ха­рак­те­ри­стика су­деб­но­го ре­ше­ния»⁴. Со­от­вет­ст­вую­щим по­ни­ма­нием пра­ва в опре­де­лен­ной его взаи­мо­свя­зи с дру­гими кон­цеп­ци­ями (осо­бен­но со­цио­

логи­че­ской) во мно­гом пред­при­ни­ма­лась по­пыт­ка об­яс­нить, что су­ды по мень­шей мере уже не вос­при­ни­ма­лись как иг­раю­щие «за­штат­ную» роль на­ряду с дру­гими мно­го­чис­лен­ны­ми го­су­дар­ст­вен­ны­ми ор­га­на­ми, осу­ществ­ляю­щи­ми «ох­ра­ни­тель­ную функ­цию»¹.

Вместе с тем за­мет­но в ра­мках рас­смот­ри­вае­мо­го пе­ри­ода от­сут­ствие до­статоч­ной про­ра­бот­ки соб­ст­вен­но су­деб­ских пред­став­ле­ний о пра­ве. При всем вни­ма­нии к раз­лич­ным шко­лам пра­ва на за­ре кон­сти­ту­ци­он­но­го стро­и­тель­ства и глу­бо­ком осмыс­ле­нии бур­жуаз­ных под­хо­дов к пра­ву еще в со­вет­ской пра­во­вой мы­сли за­ко­но­мер­но не­мно­го спе­ци­аль­но­го вни­ма­ния уде­ля­лось, в част­но­сти, аналитичес­кой юри­с­п­ру­ден­ции, обо­соб­ляю­щей оцен­ку пра­ва с по­зи­ции его логи­ко-аналитического анализа (при­ме­не­ния ме­то­дов, прие­мов пра­во­ве­де­ния при обра­ще­нии к юри­дичес­ким тек­стам), спо­соб­ной служ­ить своего ро­да те­о­ре­ти­че­ским кар­ка­сом обос­но­ва­ния осо­бо­го ме­ста су­дов и зна­че­ния су­деб­но­го тол­ко­ва­ния. Ее рас­смот­ре­ние если и пред­по­ла­галось, то по­пут­но с анал­и­зом тра­ди­ци­он­ных пра­во­вых кон­цеп­ций, т. е. в со­от­не­се­нии с по­зи­ти­ви­ст­скими и со­цио­ло­гичес­кими идеями пра­ва. Уместно вспо­м­нить, что, уде­ляя вни­ма­ние «праг­ма­ти­че­скому» со­от­не­се­нию (раз­личению) пра­ва и за­ко­на (опре­де­ляе­мо­го критицизмом соб­ст­вен­но фор­маль­ных ос­но­ва­ний пра­ва), по­лу­чив­шему раз­ви­тие в за­пад­но­европейской мы­сли, В. С. Нерсесянц в своем фун­да­мен­таль­ном тру­де² не толь­ко свя­зы­вал под­хо­ды аналитической юри­с­п­ру­ден­ции с рис­ком су­деб­ско­го по­зи­ти­ви­зма и ука­зы­вал, что «по­зи­ти­ви­зм свел пра­во­вую те­о­рию к опи­сатель­ству и ком­мен­та­тор­ству нор­м на­лич­но­го, к их фор­маль­но-логи­че­ской обра­бот­ке и тол­ко­ва­нию»³, но также со­от­но­сил их с *ре­ля­тив­ным по­зи­ти­ви­змом*, де­лая ак­цент на про­ме­жу­точ­ном ха­рак­те­ре та­ких под­хо­дов (по от­но­ше­нию к по­зи­тив­ной и не­по­зи­тив­ной трак­тов­ке пра­ва), в том числе при­ни­мая во вни­ма­ние уче­ние Р. Двор­кина, крити­ку­ю­щего по­зи­ти­ви­ст­скую кон­цеп­цию Г. Хар­та и счита­ю­щего, что под пра­вом по­ни­ма­ют­ся не толь­ко нор­мы по­зи­тив­но­го пра­ва, но и пра­во­вые прин­ци­пы, и в то же время от­вер­гаю­щего в «чи­стом ви­де» ес­те­ствен­но-пра­во­вые воз­з­ре­ния⁴.

Не­смот­ря на мно­гие ха­рак­те­ри­стики со­вре­мен­но­го пра­во­во­го ре­гу­ли­ро­ва­ния, ука­зы­ваю­щие на стрем­ле­ние к со­че­та­нию ре­гу­ля­тив­ны­ми сред­ства­ми ос­нов­ных сло­жив­ших­ся кон­цеп­ций пра­ва, опре­

¹ См.: Каранетов А. Г. Указ. соч. С. 15—16.

² Ковалев М. А. Су­деб­ная вла­сть — на­ча­ло пу­ти // Со­вет­ское го­су­дар­ство и пра­во. Ин­сти­тут го­су­дар­ства и пра­ва Ака­де­мии наук СССР. 1991 (10). С. 140.

³ Лейст О. Э. Со­дер­жа­ние и крити­ка ос­нов­ных кон­цеп­ций пра­ва // Со­вет­ское го­су­дар­ство и пра­во. 1991. № 12.

⁴ В част­но­сти, при­во­ди­лись под­хо­ды В. И. Вик­тор­ско­го, Д. Г. Таль­бер­га, П. А. Лу­пин­ской, М. С. Стро­го­ви­ча. См.: Ковалев М. А. Указ. соч. С. 141—142.

¹ См.: Ковалев М. А. Указ. соч. С. 139.

² См.: Нерсесянц В. С. Пра­во и за­кон. Из ис­то­рии по­ли­ти­че­ских уче­ний. М., 1983.

³ Там же. С. 313.

⁴ Там же. С. 319—320. См.: Лейст О. Э. Указ. соч. Также см.: Грачева С. А. К про­бле­ме су­деб­но­го тол­ко­ва­ния в свя­зи с дис­кус­сией о со­от­но­ше­нии пра­ва и за­ко­на (по сле­дам воз­з­ре­ний ака­де­ми­ка В. С. Нерсесянца) // Пра­во и ре­ли­гия в ме­ждис­ци­п­ли­нар­ной интер­пре­та­ции / под ред. А. Б. Ди­ди­ки­на. М., 2019. С. 166—175.

деляющие центральность проблемы правовых условий, принципов проявления судебской воли, усмотрения¹, вряд ли можно вести речь о достаточном внимании в связи с этим к возможностям аналитической юриспруденции или судебно-правового анализа в отечественном правоведении и правовой практике. Отчасти развитию в данном направлении способствует проработка направления интегративного (иногда именуемого синтетическим) правопонимания².

Обозначенное в целом также может служить следствием недостатка учета (и в настоящее время) судебной власти по ее «существенным признакам, которые отличают ее от законодательной и исполнительной власти»³. В числе таких признаков — «ее предназначение в государстве и соответственно ее цели, задачи, предмет ее ведения или деятельности, а также специфика осуществляющих ее субъектов, применяемых ими методов и средств»⁴, в совокупности определяющих общую картину ее правовых гарантий⁵. При этом индикатором (показателем) соответствующего «учета», несомненно, можно рассматривать практику судебного применения и толкования права (правового регулирования), обращение к правовым основаниям, критериям судебной дискреции в процессе судебной аргументации.

Применение национального суда проявляется в более интерпретационной направленности во многом под влиянием международного права, его имплементации (осуществления) во внутреннем правопорядке. Известно, что современное международное право становится все более «судебным» — развиваемым рядом ключевых актов международного права, обеспеченных механизмами судебного толкования и контроля, а значит, в немалой степени определяемым акторами международной судебной деятельности. Соответственно, его имплементация — во многом дело национальных органов судебной власти, связанных не только требованием обязательности международных судебных решений (прежде всего, в части правовых последствий для сторон спора), но и необходимостью регулярного приме-

¹ См.: *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты; *Каранетов А. Г.* Указ. соч.

² См.: *Ершова В. В., Ершов В. В.* Концепция интегративного правопонимания: сборник статей. М., 2019; *Лазарев В. В.* Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда // Журнал российского права. 2017. № 7; *Ланаева В. В.* Интегральное правопонимание в российской теории права: история и современность // Законодательство и экономика. 2008. № 5; *Варламова Н. В.* Интегративная юриспруденция и «чистое» учение о праве // Труды МГЮА: сб. ст. 2003. № 10.

³ Из выступления А. И. Трусова. См.: *Ковалев М. А.* Указ. соч. С. 140.

⁴ Там же.

⁵ См.: *Анишина В. И.* Полномочия судебной власти Российской Федерации: проблемы конституционно-правового регулирования // Российский судья. 2008. № 6. С. 3.

ния актов международного права, принятых государством, что обращает к международной судебно-прецедентной проблематике в целом.

В этом смысле наличие международного фактора играет ведущую роль в обозначении активно реалистических тенденций в судебном правоприменении, способствуя осмыслению судебной интерпретации как целостного явления (для которого важна не только его формалистическая основа), что «ретранслируется» в национальный контекст осуществления судебной функции.

В результате смещается акцент с более обыденной составляющей оценки судебной интерпретации, связанной с концентрацией внимания на ее формально-юридических аспектах и вызывающей остроту «правотворческой» повестки судебной деятельности — причастности судов к формированию права, обычно констатируемой путем различных теоретических оценок итогов судебской работы, принятия судебного решения (конкретизация норм, восполнение пробелов, устранение коллизий).

И проявляется наиболее важная составляющая судебной деятельности, связанная не столько со способами «судейского принуждения», сколько с судебным аргументированием и убеждением. Последнее имеет ключевое значение при осмыслении явления международно-правовой интерпретации, исследуемой часто в контексте развития идеи авторитета, определенной «содержанием [принятого решения] и процедурой принятия», а не обязательной силы решений международной организации, что, однако, по справедливой оценке, «не должно пониматься как абсолютная концепция в смысле строгой дихотомии между обязательными нормами и неправом»¹.

2. «Глобализация» идей правового реализма как тенденция развития международного права. Судебное толкование, как сказано выше, уже давно не только «монопольный» объект внимания англосаксонской правовой традиции, но повсеместный результат прогрессивного развития представлений о праве и конвергенции правовых систем². Международно-правовой контекст судебного толкования становится доминирующим, что во многом определено активностью международных судов и все большим признанием за ними роли в «развитии международного права»³. В целом это содействует глобализации правотворческой стороны судебного толкования по всему миру.

¹ *Дмитриева Г. К., Лукашук И. И.* Становление международной нормативной системы // Российский ежегодник международного права. 2005. С. 12.

² См., например: *Cappelletti M.* Judicial Review in Comparative Perspective // California Law Review. Vol. 58. 1970. No. 5. P. 1018.

³ См., например: *Толстых В. Л.* Указ. соч. С. 86; *Alter K. J.* Do International Courts Enhance Compliance with International Law? // Review of Asian and Pacific Studies

Обращаясь к международному проявлению правового реализма, стоит предварительно дать общую характеристику последнего, обозначающего часто в рамках направления аналитической юриспруденции в праве, и в конечном счете получающего собственное (специфическое) преломление в рассматриваемом международном контексте в сравнении с англо-американской правовой традицией, служащей правовым истоком названного направления.

Вспомним, что реалистическое учение судебного толкования делает акцент на том, «что говорит судья», а не на том, «на основании чего он говорит». Поэтому нельзя не отметить присущие ему попытки обобщения, «интегративного» применения разного рода правового регулирования и правовых средств с целью «оживления» права в обстоятельствах конкретного дела с учетом общей оценки права как развивающегося со временем по мере развития общества. Для правового реализма также характерно то, что «объединяются другие теории в единую теорию», и при отсутствии «формалистических» ответов реалист-правовед может дать объяснения, «используя традиционные формалистические приемы»¹. Как отмечал американский судья Р. Познер, задача судьи — разрешать дела разумным образом, насколько это возможно, даже в делах, именуемых интересными, в которых обычные материалы принятия судебных решений просто не подходят².

Обозначение таких «аналитических» оценок в основном протекало в границах соотнесения реализма и формализма в праве, когда приоритетным этапом анализа является осмысление того, что есть право (закон) *in abstracto*, каково его отношение к морали³. В связи с этим принято выделять прагматический и (или) поведенческий реализм, в большей мере ориентированный на выявление характеристик судейской деятельности (судебной воли)⁴.

Международное право имеет собственные реалистические традиции, которые изначально не связывались с судебной проблемати-

No. 25. URL: http://faculty.wcas.northwestern.edu/~kal438/KarenJAlter2/Comparative_International_courts_files/Courts%26compliance.pdf.

¹ Jenkins K. Competing Theories of Judicial Decision Making: Attitudinalism and Legal Realism. URL: <https://www.californiasupremecourtreview.com/2016/05/competing-theories-of-judicial-decision-making-attitudinalism-and-legal-realism>.

² См.: Posner R. A. The Role of the Judge in the Twenty-First Century. URL: <https://californiasupremecourtreview.lexblogplatformthree.com/wp-content/uploads/sites/718/2016/05/posnerv.2.pdf>.

³ См.: Shaffer G. The New Legal Realist Approach to International Law // *Leiden Journal of International Law* (2015). URL: https://www.researchgate.net/publication/276165283_The_New_Legal_Realist_Approach_to_International_Law.

⁴ См., например: Jenkins K. Op. cit.

кой, а служили характеристикой выстраивания юридических отношений в системе межгосударственных в основном на базе политико-дипломатических взаимосвязей (И. И. Лукашук)¹. На основе этого (но в более широкой трактовке) сторонники реалистической концепции, как отмечается в литературе, предлагали рассматривать международное право не как систему норм, а как процесс нормообразования², составляющего «часть международной практики в том, что касается констатации наличия норм международного права или их толкования»³.

С этим связана важная особенность реалистического подхода в его преломлении к международному праву — его особый социально-фактический контекст, определяемый широким (и непрерывно расширяющимся) кругом сфер воздействия международного права, включающим и транснациональные вопросы, в которых международное право играет свою роль⁴. Характерной чертой также является развитие собственной правовой методологии для целей юридикации международных отношений, на что воздействуют и современные представления об их субъектном составе (в том числе в связи с тенденцией «индивидуализации» международной правосубъектности⁵).

С определенного времени стало принято считать, что международное правосудие «глубоко и разносторонне влияет на механизм международно-правового регулирования»⁶, с чем связано особое внимание к применению эмпирических приемов анализа права, контекст которых определяет специфику оценки таких привычных конструкций, как нормативное единство, системный подход к праву, идея «закона» (как обосновывающая дифференциацию и иерархизацию источников права)⁷.

В условиях настоящего объема международной судебной деятельности, его фрагментации в свете функционирования различ-

¹ См.: Лукашук И. И. Международно-правовое регулирование международных отношений. М., 1975; Он же. Международное право. Общая часть: учебник для студентов юрид. фак. и вузов. М., 2003. С. 34. См. также: Вылегжанин А. Н., Дудыкина И. П. Понятие «международно-правовая политика государства». URL: <https://www.mjil.ru/jour/article/viewFile/197/137>.

² См.: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. С. 16.

³ Тункин Г. И. Теория международного права / под общ. ред. Л. Н. Шестакова. М., 2000. С. 161—163.

⁴ См.: Shaffer G. Op. cit.

⁵ См.: Международное право: учебник для вузов / отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Туинов. М., 1999.

⁶ Толстых В. Л. Указ. соч. С. 75.

⁷ См., например: Кучин М. В. Юридическая природа правовой нормы: интегративный подход // *Журнал российского права*. 2017. № 12.

ных международных региональных судов тема реализма в международном праве стала осваиваться в судебском ракурсе. Очевидно, что реалистическая правовая традиция стала характерной для международных судов в силу ряда причин (не только имплицитно предполагаемых природой судебного толкования), в их числе: наличие широкого круга применимого права, нежели только одного закона (хотя суды основывают свое решение прежде всего на одном основном акте, в силу, как правило, абстрактности его положений возникает необходимость его толкования во взаимосвязи со многими правовыми регуляторами); допустимость применения международных актов любого уровня и формы, невозможность опоры только на конкретный национальный правовой режим с учетом разрешения дела «на перспективу» и потребности выявления консенсуса правовых волей (практик)¹.

Тем самым «новый правовой реализм» (в контексте международного права) основывается на юридической традиции, отвечающей на вопрос о том, «как акторы используют и применяют право в целях продвижения нашего представления о трех взаимосвязанных вопросах — как право получает смысл, воплощается (закон в действии), изменяется со временем»². Сошлемся и на авторитетное мнение: «...роль судьи в системе международного права подобна роли судьи в системе общего права, где он занимает главное место в формулировании общих принципов, в их применении и изменении путем ссылок на соответствующее стечение обстоятельств, в расширении путем аналогии и выводов из принятой гипотезы»³. Однако при этом международно-правовой интерпретационный реализм определяется собственной «логикой и легитимностью». По меньшей мере его социологический вектор выражен сильнее, нежели в любых национальных системах, где более явно проявляется конкуренция с нормативно-формалистическими основаниями права, что определено особенностями функционирования международных судов и осуществления ими судебной функции.

Во-первых, обсуждение темы международного судебного прецедента ведется в менее привычном ракурсе не с точки зрения рассмотрения правообразующей роли суда в системе разделения властей

¹ См., например: *Греве К.* Сравнение методов интерпретации европейских конституционных судов и Европейского Суда по правам человека // Дайджест публичного права. Институт Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву. 2015. Вып. 4.

² *Shaffer G.* Op. cit.

³ *O'Connell D. R.* International Law. L., 1965. Vol. 1. P. 28. Цит. по: *Тункин Г. И.* Теория международного права / под общ. ред. *Л. Н. Шестакова.* М., 2000. С. 160.

(с учетом присущего ей верховенства парламента, режима законности), что в международно-правовом контексте (в значении функций, компетенции публичной власти) не столь выражено, а как своего рода современное проявление (способ) сочетания формалистических и реалистических канонов в международном праве. И в этом контексте концепция судебного прецедента предполагается (хотя мало озвучивается) не обусловленной темой источников права как привычно проявляющих юридическое значение актов в зависимости от их правотворческой природы¹, хотя сама проблема международного судебного правотворчества обсуждается нередко.

Как правило, по-прежнему как сторонники, так и противники философии судебного активизма международного суда ведут дискуссию с позиции применимых правовых источников, для чего они обращаются к положениям Статута Международного Суда ООН. Если первые находят поддержку в ст. 38, определяющей широкий круг обязательно применимым Судом источников международного права, то вторые скорее обращаются к ст. 59 Статута, устанавливающей юридическую силу решения Суда лишь для участвующих в деле сторон и лишь в связи с данным делом.

Во-вторых, в основе правоприменения международных судов лежит приоритет системно-аргументационного анализа правового регулирования (заметим, что получили распространение подходы «системной интеграции» («systemic integration»²), согласительного приема («reconciliation approach»³)) в противовес специально-формалистическому, связанному с иерархическим порядком источников права, приоритетом «буквальной» оценки применяемых правовых положений.

Международные (региональные) суды обращаются к международному праву на основе приема системной интеграции и к национальным правовым моделям путем их сравнительных оценок, соот-

¹ Например, ЕСПЧ указывает на то, что он «всегда понимал и понимает термин “закон” в его “сущностном”, а не “формальном” смысле. Он включает как акты более низкой категории, чем закон, так и неписаное право... было бы неправильным преувеличивать различия между странами общего и континентального права... В сфере действия писаного права “законом” является действующий правовой акт, как он истолкован компетентными судебными органами в свете новых фактических обстоятельств...» (постановление по делу «Крюслен [Kruslin] против Франции» от 24 апреля 1990 г.).

² См.: Panagiotis Merkouris. Article 31(3)(c) of the VCLT and the Principle of Systemic Integration. 2. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/cdb056/pdf>.

³ См.: *Scheinin M.* Human Rights Treaties and the Vienna Convention on the law of treaties — Conflicts or Harmony // The Status of International Treaties on Human Rights (Unidem Seminar). CDL-UD (2005)014rep. Strasbourg, 8 September 2005.

ветственно, их вполне можно рассматривать фактором интеграции как таковым¹. В этом смысле проблема судебного прецедента может также рассматриваться как не более чем вопрос накопленного правового опыта², в связи с которым значимы и другие правовые основания оценки.

Круг возможностей судебной интерпретации применяемых правовых положений широко очерчен правилами методологии согласно Венской конвенции о праве международных договоров, в целом свидетельствующими о ключевом значении в этом деле судебного усмотрения, а значит, поиска баланса между судебным активизмом и самоограничением.

Интересно, что обращение к «основаниям» судебной оценки все чаще осуществляется именно в аспекте применяемых правил (приемов) толкования международно-правовых норм. При этом толкование международного суда признается, по сути, ключом к пониманию его функций и роли в международном праве и правообразовании, что также является условием его судебного самоограничения. В этом может заключаться ответ на вопрос о специфике осуществления судебной функции международными судами (проявляющей Judicial Lawmaking³), ее отличии от национального судебного правоприменения — когда первичен вопрос о применимом судом правовом регулировании, нормативных основаниях его интерпретации.

В-третьих, правовой реализм толкования международным (региональным) судом концептуально основывается на первичном значении эффективности его судебного контроля⁴ с акцентом на применение телеологического (ценностно-целевого) приема оценки, когда ключевым критерием является «объект и цели» интерпретации⁵. В связи с этим объективные правовые границы судебной оценки

¹ См.: Международное правосудие как фактор интеграции / отв. ред. Т. Я. Хабриева, А. И. Ковлер; предисл. В. М. Лебедева. М., 2019.

² Так, ЕСПЧ указал, что «Суд не связан своими предыдущими решениями... Тем не менее он обычно следует своим собственным прецедентам и применяет их в интересах правовой определенности и развития устойчивой практики применения Конвенции... Это не лишает Суд права отойти от своего раннего решения, если Суд убежден, что для этого имеются убедительные причины» (постановление по делу «Косси [Cossey] против Соединенного Королевства» от 27 сентября 1990 г.).

³ См., например: Ginsburg T. International Judicial Lawmaking. URL: https://www.law.berkeley.edu/files/ginsburg_05.pdf.

⁴ См.: Werde E. Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and its Implications for the International Court of Justice // Netherlands International Law Review. Vol. 47. Iss. 2. August 2000. P. 181—210; Watson G. R. Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court, 1993. URL: <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1409&context=scholar>.

⁵ См., например: Греше К. Указ. соч.; Scheinin M. Op. cit.

ближе скорее не к «юриспруденции понятий», а к их ценностной основе (целям и принципам права)¹.

Заметим, что правозащитная активность международных структур (таких как ЕСПЧ, Межамериканский суд по правам человека) усиливает «моральную» составляющую международного реализма (входят в употребление идеи «морального реализма международного права»). Этим дополнительно доказывается, что аналитическая юриспруденция за длительное время все более обосновывается через естественно-правовую школу права.

Немаловажно, что целевой подход в рамках «реалистической» тенденции можно трактовать и как более широко применимый, в частности при рационалистическом обосновании (исходя из собственных целей деятельности международной организации) или в рамках прагматической оценки (связанной с акцентом на интересах национальных правовых порядков) при вынесении решений.

На этой «целевой» почве особое внимание привлекает проблема принадлежности международному праву идеи общепризнанных принципов и норм, общих принципов права, обозначаемых все чаще критериями выделения и осуществления среди функций международного права конституционной функции по легитимации правовых решений и, соответственно, конституционализации на этой основе правоотношений². Это находит отражение также в научных работах, где говорится, что «при постановке решения международный суд обязан руководствоваться теми общими началами положительного международного права, которые в какой бы то ни было форме признаны сторонами»³. Немаловажна концепция «двуединства конституционных аспектов основных прав», согласно которой конституционно гарантированные права и свободы образуют лишь часть общепризнанных прав⁴.

Тем самым современное международное право вполне ассоциируется с «судебным правовым реализмом». Однако, если учитывать,

¹ Подробнее об истоках данного подхода см. работы по философии права, например: Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности); Тимошина Е. В. Право как «идея», как «фикция» и как «факт»: о номинализме и реализме в теории права // Труды Института государства и права. 2013. № 4.

² См.: Богданди фон А. Конституционализм в международном праве: комментарии к предложению из Германии. URL: https://dpp.mpiil.de/01_2012/01_2012_1_28.pdf. Среди отечественных работ названная проблема комплексно проработана в книге: Интернационализация конституционного права: современные тенденции / под ред. Н. В. Варламовой и Т. А. Васильевой. М., 2017.

³ Камаровский Л. А. Указ. соч. С. 435.

⁴ См.: Алкема Е. А. Юридические последствия ратификации Российской Федерацией Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод человека (включая 11-й Протокол) // Российский ежегодник международного права. 1995. С. 110.

что оно направлено на обеспечение взаимодействия правопорядков, ориентировано на необходимость имплементации международных правил в национальных системах, возникает вопрос, как это может сказываться на «суверенной» оценке международных обязательств, в основе признания и выполнения которых всегда лежит прежде всего нормативная воля их участников.

В целом в свете международного права можно говорить о глобализации идей правового реализма, но в том его международно-правовом наполнении и многообразии, которое характерно для соответствующего уровня правовой организации.

3. *Отражение международного правового реализма в национальной судебной оценке.* Тенденция интернационализации права за счет усиления его международно-правовой составляющей, значение и масштаб влияния которой во многом определяются практикой интерпретации международных судебных органов (как в случае актов эволютивного толкования ЕСПЧ), несомненно, создает условия для более «реалистического» взгляда на внутреннее право и его применение национальными судами, определяя центральность интерпретационного подхода¹.

Такой обновленный (едва ли не альтернативный по отношению к легистскому) взгляд на судебное правоприменение направляет внимание на общеметодологические основания интерпретации, как, например (по оценке М. Тропера): «применяемая норма всегда оставляет (вольно или невольно) множество вариантов толкования», «не существует такого метода, который позволил бы установить “истинное” толкование»². Как отмечалось выше, международный судья в отличие от национального значительно менее «скован» нормативным подходом к праву, формалистическими приемами его оценки, и можно даже сказать, что его «правотолковательный реализм» отсутствует до тех пор, пока он не начинает интерпретировать.

Другое дело — каким образом может проявляться снижение в национальной судебной деятельности нормативно-формалистическо-

го акцента, от выраженности (обязывающего статуса) которого в конечном счете зависит наличие интерпретационного усмотрения при «возможности выбора судом конкретного смысла нормы из ее интерпретационного поля» («правомерных альтернатив»)¹.

Важно осмысление путей проявления (обеспечения) правового реализма (как аргументационной концепции) при осуществлении национальной судебной интерпретации. В качестве общей посылки стоит учесть, что формалистическая традиция, особенно в ее нормативистском выражении, закономерно требует наличия (определения) оснований, возможностей любых отклонений (по принципу «если прямо разрешено»), в том числе проявлений судебного активизма, с которым принято связывать реалистический стиль судебного толкования².

Стоит обратиться к вопросу судебной интерпретации прежде всего в прагматичном ключе. Очевидно, наиболее показательно роль и значение судов в правовом механизме отражает техника судебного правоприменения, также служащая индикатором развития наряду с правоприменительными «правотолковательными» и правообразовательными функций³.

При этом заметно и отмечаемо в отечественном праве (правоведении) влияние международного права на национальную судебную оценку, прежде всего через обращение судов к системному толкованию национальных правовых актов «во взаимосвязи с международным правом». Законодательные основания такого толкования включают положения Конституции РФ (например, ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ч. 1 ст. 55), Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» (абз. 4 ст. 3, ч. 3 ст. 5), процессуальных кодексов⁴.

Национальные суды законодательно определены прежде всего как субъекты применения общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федера-

¹ См.: Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с англ. М., 1999. С. 13; Малютин Н. В. Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации: конституционно-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 59.

² См.: Тимошина Е. В. Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода.

³ См.: Васильева Т. А. Указ. соч.

⁴ Стоит заметить, что обеспечение толкования «во взаимосвязи с международным правом», как правило, происходит при приведении в судебных актах названных нормативных оснований, однако если текст решения ограничивается самим их указанием, без последующего приведения международно-правовой аргументации, вряд ли можно признать наличие судебного обращения к обозначенному приему толкования.

¹ Все больше внимания этому уделяется в научных работах. См.: Ковлер А. И. Эволютивное толкование Европейской конвенции по правам человека: возможности и пределы. Европейский Суд по правам человека как субъект толкования права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 3; Гаджиев Х. И. Судебное правотворчество в международном правосудии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 3; Исполинов А. С. Прецедент в международном праве (на примере Международного суда ООН, ЕСПЧ, ВТО и Суда ЕАЭС) // Законодательство. 2017. № 1; Теория государства и права в науке, образовании, практике / пред. ред. совета Т. Я. Хабриева. М., 2016. С. 441—450.

² Тропер М. Кельсен, теория толкования и структура правового порядка. URL: <https://publications.hse.ru/mirror/pubs/share/folder/rm7g4vjnm5/direct/82312343>.

ции, предусмотренных (согласно ст. 3 Закона «О судебной системе Российской Федерации») в ряду применимого ими правового регулирования, после указания актов федерального законодательства. Обращение к международному праву в аспекте международных судебных прецедентов хотя и следует из соответствующих правовых положений, в то же время имеет собственное обеспечение. Например, законодательно предусмотрено положение об обязательности на территории РФ постановлений международных судов, определяемой международными договорами Российской Федерации (ч. 3 ст. 6 Закона «О судебной системе Российской Федерации»), что конкретизировано специальным регулированием прежде всего в отношении ЕСПЧ в части обязательности его юрисдикции (судебных позиций)¹.

Для целей названного системного толкования ключевым является правило об иерархии (приоритете) применения правовых актов, проистекающее из ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, предусмотренное также ч. 3 ст. 5 Закона «О судебной системе Российской Федерации»: «Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно должностного лица... общепризнанным принципам и нормам международного права, международному договору Российской Федерации... принимает решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу». Такие несоответствия (коллизии) часто обнаруживаются в судебной практике при появлении международных актов применения и толкования международных договоров.

В правовой практике идея судебного усмотрения при обеспечении сочетания (согласования) актов национального и международного права оказывается неоднозначной, что в целом обусловлено и алгоритмом применения правового регулирования. Как следует из постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении», суд ориентирован на применение законоположения, во-первых, непосредственно относимого к делу (специального); во-вторых, обладающего достаточной юридической силой для того, чтобы быть применимым в качестве правового акта, разрешающего возникший спор. При установлении противоречий в применимом регулировании суду необходимо учитывать в том числе постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных

¹ Вопросы судебного применения позиций ЕСПЧ конкретизированы, в частности, постановлением Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней».

принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». Также отдельно обозначается значение учета постановлений ЕСПЧ о толковании Конвенции.

В результате, с одной стороны, суды обладают в целом достаточным усмотрением в вопросах применения релевантного рассматриваемому делу регулирования, при этом, вероятно, являясь в меньшей мере «адресатом» среди национальных органов по требованию о выполнении международных обязательств (например, по отношению к исполнительным органам власти). С другой стороны, с учетом общего приоритета применения международных договоров РФ по отношению к законодательству предполагается, что при их коллизии суды должны ориентироваться на применение международных положений¹.

Само по себе развитие системного толкования, позволяющего выйти за пределы «буквальной» оценки применимого закона, обеспечивая его смысловую взаимосвязь с положением международного права, является важным поводом для обозначения необходимости внимания к судебной аргументации — кругу взаимосвязанных логико-риторических начал, значимых для качества и определенности судебного правоприменения. Тем не менее это вряд ли позволяет перейти к проблеме «методологической гармонизации» в части обозначения реалистических начал судебного толкования, обеспечиваемых различными интерпретационными приемами (результатом которого допускается установление значения толкуемой нормы, не совпадающего с буквальным).

Очевидно, стоит рассматривать и другие знаковые вопросы применимости общих правоположений судами, создающих для них «окно возможностей» по интерпретации. Также можно вести речь о значении и возможностях реализации телеологического (ценностно-целевого) толкования. Во-первых, данный прием (канон) толкования относится к числу ключевых применительно к собственно интерпретационной проблематике (получив отражение в правиле толкования международно-договорных норм согласно Венской конвенции о праве международных договоров через формулу «исходя из объекта и целей»). Во-вторых, внимание к нему (по отношению к другим интерпретационным приемам) в большей мере демонстрирует потребность обращения к «моральной аргументации», что показывает приоритетное к нему обращение при судебном толковании региональных правозащитных судов (как ЕСПЧ, Межамериканский суд по правам человека).

¹ Подробнее см.: Современная концепция применения международных договоров / отв. ред. А. Я. Капустин; ИГиСП. М., 2020. С. 173—174 (автор главы — С. А. Грачева).

Стоит заметить, что наиболее «востребованные» в отечественном праве судебные позиции ЕСПЧ, образующие (на основе применения и толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод) право Конвенции, несомненно, методологически влияют на обособление в фокусе судебной деятельности проблематики прав и свобод человека в контексте международных стандартов их защиты¹. Как указывает Пленум Верховного Суда РФ, содержание прав и свобод, предусмотренных российским законодательством, должно определяться с учетом содержания аналогичных прав и свобод, раскрываемого ЕСПЧ при применении Конвенции и Протоколов к ней². Соответственно, обязательность толкования ЕСПЧ способствует применению судебных тестов и доктрин³, характерных для «реалистической» аргументации (получившей первоначальное развитие при толковании актов о правах человека⁴).

Правовой реализм в целом вряд ли может рассматриваться как «внешний» (привнесенный извне) для отечественного судебного толкования, наоборот, он является имманентно ему присущим (как отмечалось выше). Его можно полагать необходимым проявлением сочетания различных концепций права, критерии которых определены правовым регулированием (начиная с положений Конституции РФ, например ст. 17, 18, 46, 55), следующим в целом логике «согласительной» природы самого права, его интерпретации.

Конституционной гарантией концептуального принятия в российском праве судебного правового реализма и развития судебного толкования как комплексного правового явления выступает деятельность Конституционного Суда РФ, законодательно наделенного прерогативой конституционного истолкования нормативных актов

¹ См.: Ковлер А. И. От председателя редакционного совета ежегодника (вместо предисловия) // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. М., 2015. Вып. 1: Европейская конвенция: новые «старые» права. С. 11–18; Дудко И. А., Кряжкова О. Н. Защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации: учеб. пособие. М., 2020.

² См. постановление Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней».

³ См.: Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. М., 2019. Вып. 5: Россия и Европейская конвенция по правам человека: 20 лет вместе.

⁴ См.: Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2; Вайпан Г. В. Концепция пропорциональности в современном международном праве: малое зло ради великого блага // Международное правосудие. 2015. № 2; Бажанов А. А. Соразмерность как принцип права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019.

и толкования норм Конституции РФ, что допускает обладание им широким кругом интерпретационных возможностей, в том числе по телеологическому (ценностно-целевому) толкованию¹.

При этом процесс оценки судебного толкования в конституционном контексте вряд ли можно считать линейным. Судебная интерпретация с учетом всех ее классических канонов в основном связывается с деятельностью конституционного актора (Конституционного Суда РФ), официально наделенного полномочием толкования Конституции РФ². Заметна тенденция признания за ним прерогативы контроля применения общих положений (нередко обозначаемых принципами права), часто соотносимых с фундаментальными положениями национальной Конституции, а также многосторонних международных договоров, принятых Российской Федерацией³. С этим может связываться отсутствие достаточных исследований по вопросам судебного толкования, «осуществляемого вне рамок конституционного судопроизводства, а также соотношения судебных инстанций в процессе осуществления толкования»⁴.

Между тем значителен спрос на преодоление исключительно формального (легистского) подхода в судебном толковании обычных судов (что часто обусловлено их «естественной» потребностью полагаться на более высокие инстанции как обладающие интерпретационным инструментарием для обращения к принципам права), который также закономерно происходит из практики Конституционного Суда РФ, нередко сталкивающегося с таким подходом. Например, в недавнем постановлении (от 14 января 2020 г. № 2-П) он указал (в очередной раз) на необходимость тщательного исследования судами фактических обстоятельств конкретного дела, а также на то, что формальный подход тем более не должен допускаться в делах,

¹ Подробнее см.: Хабриева Т. Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. М., 1998.

² В редких случаях и фрагментарно проблема телеологического толкования обозначалась применительно и к другим российским судам, например: Карапетов А., Соломин С., Петрищев В. и др. Телеологическое толкование договорных норм: новый вектор судебной практики // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2017. № 2.

³ Такая динамика прослеживается прежде всего при обращении к ряду позиций высших судов по непосредственному применению Конституции РФ. См. постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 апреля 2013 г. № 9 «О внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 года № 8 “О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия”».

⁴ Малютин Н. С. Судебное толкование нормативных правовых актов в Российской Федерации: конституционно-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 8.

где гражданин в отношениях с органами публичной власти выступает как слабая сторона¹.

Заметим, что вопросы судебного толкования в позициях Конституционного Суда РФ практически не звучат вне связи с проблематикой защиты конкретных прав и свобод (т. е. абстрактно), при этом им часто устанавливается взаимосвязь судебной защиты таких прав с применением общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров Российской Федерации². На «особом счету» при толковании Конституционного Суда находится право Конвенции. Как отмечено Судом, он исходит из того, какое толкование (данное им на основе положений Конституции РФ или данное ЕСПЧ на основании Конвенции) лучше обеспечивает права человека в правовой системе России с учетом баланса конституционно защищаемых ценностей и международно-правового регулирования статуса личности³. Имеется немало примеров «конституционной ретрансляции» (через практику Конституционного Суда РФ) позиций ЕСПЧ, также часто «бросающего вызов» легистскому подходу в судебном толковании. Например, в деле (2017 г.) о проверке конституционности положения п. 1 ст. 302 ГК РФ (об истребовании имущества от добросовестного приобретателя)⁴, по которому решения российских судов, вынесенные в пользу публичных образований, продолжительно демонстрировали главным образом формальное применение данной нормы⁵, Конституционный Суд, очевидно сделав акцент на защите прав добросовестного приобретателя жилого помещения, опирался на практику ЕСПЧ⁶, после чего последовали соответствующие

¹ В рамках данного постановления Конституционным Судом РФ также отмечено, что одно лишь отсутствие регистрации права собственности не может быть основанием для возврата выплаты, поскольку это означало бы сугубо формальный подход к отправлению правосудия и противоречило бы Конституции РФ.

² См., например, постановление Конституционного Суда РФ от 23 ноября 1999 г. № 16-П; определение Конституционного Суда РФ от 27 октября 2000 г. № 233-О; постановления Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П, от 17 октября 2011 г. № 22-П.

³ См. постановление Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2016 г. № 24-П.

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 22 июня 2017 г. № 16-П.

⁵ Подробнее см.: Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения / под общ. ред. В. В. Лазарева. М.: ИЗиСП: Норма: ИНФРА-М, 2019. § 4 гл. V (автор параграфа — М. Л. Шелютто).

⁶ ЕСПЧ, в частности, отмечал: «...несоразмерность вмешательства в случаях с изъятием жилых помещений у их добросовестных приобретателей по требованиям публичных органов определяется тем, что процедуры, на основании которых происходило отчуждение государственных активов в пользу частных лиц, находятся в исключительной компетенции государства. Недостатки этих процедур, повлекшие за собой утрату

щие изменения в гражданское законодательство¹. Согласимся с мнением Т. Г. Морщаковой: положение Конституции о том, что «в России признаются непосредственно действующими и обеспечиваются права согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам РФ, изначально воспринималось Конституционным Судом как обязывающее его в соответствии с самой Конституцией защищать существо этих прав в том понимании, которое принято в международном сообществе»².

Отдельно справедливо задаться вопросом, скорректировались ли представления о международно-правовой составляющей судебного толкования на фоне обозначенных (обнаруженных) так называемых конституционно-конвенционных коллизий, в целом повлекших обоснование и законодательное введение полномочия Конституционного Суда РФ по проверке возможности исполнения решения межгосударственного органа, приведшего к расхождению толкуемого им международного договора с Конституцией³. Очевидно, акцент в основном сделан на вопросе конституционной легитимации международных обязательств в случае возникновения спора о конституционной возможности их выполнения в части прецедентного толкования (при установлении критерием обеспечения верховенства национальной Конституции⁴). Тем самым, казалось бы, развивается дуалистическая модель соотношения национального и международного права, при которой прямое применение актов последнего как конституционная идея становится менее востребованной.

Но в свете таких изменений, получивших развитие на уровне конституционных норм, также стоит обратить внимание на ряд аспектов, значимых в контексте отражения (принятия) международно-правового реализма в национальном судебном толковании.

Во-первых, конституционно признается возможность появления в правовом поле коллизий (конфликтов) в связи с практикой судебного применения и интерпретации принятого Российской Федерацией международного договора, тем самым выводя данный вопрос, часто

государством собственного недвижимого имущества, не могут устраняться за счет добросовестных приобретателей имущества» (постановление ЕСПЧ по делу «Гладышева (Gladysheva) против Российской Федерации» от 6 декабря 2011 г., жалоба № 7097/10).

¹ См. Федеральный закон от 16 декабря 2019 г. № 430-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

² Морщакова Т. Г. Судебное правоприменение в России: должное и реальное. М., 2010.

³ Такое полномочие введено Федеральным конституционным законом от 14 декабря 2015 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”».

⁴ Это было «усилено» новой редакцией ст. 79 и п. «б» ч. 51 ст. 125 Конституции РФ согласно Закону РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ.

зреющий в недрах «судейского диалога», в плоскость законодательного разрешения о правовой процедуре (не исключающей конституционный контроль его выполнения Конституционным Судом РФ).

Во-вторых, обозначение проблемы судебного применения международного права в случае дилеммы иерархического выбора на конституционном уровне в конечном счете «замыкается» на интерпретационном подходе, исключающем гипотетическую оценку о верховенстве конституционных правоположений, равно как и права Конвенции, в делах о реализации (имплементации) права Конвенции¹. В конечном счете речь идет о развитии согласованной интерпретации (допускающей иные варианты толкования помимо собственно исполнительского) как способа преодоления «нормативно-иерархических» противоречий, вызванных конфликтами толкования². Получивший известность пример такого толкования Конституционного Суда РФ находим при разрешении им вопроса о возможности исполнения постановления ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России»³, по результатам которого проведена законодательная реформа и, как следствие, постановление ЕСПЧ снято с контроля исполнения Комитетом министров Совета Европы.

В-третьих, конституционные поправки при обозначении формально-иерархических координат правовой оценки в случае названных коллизий оставляют за рамками вопросы «моральной аргументации» (не затрагивая прямо статус международных договоров в области прав и свобод человека). Соответственно, конституционное значение в качестве критерия согласования сохраняет уровень гарантирования прав и свобод, определяющих особый статус международных обязательств в соответствующей сфере (с учетом ч. 1 ст. 17, ч. 3 ст. 46, ч. 1 ст. 55 Конституции РФ).

¹ Также предполагается, что конституционный суд связан рамками теста на конституционность, принимая во внимание, что официальное толкование норм Конвенции — прерогатива ЕСПЧ, в связи с чем проблема исполнимости (в свете конвенционных обязательств) не может быть ограничена (охвачена) и, соответственно, предопределена только одной проверкой на конституционность.

² См.: *Ковлер А. И.* Соотношение европейского конвенционного и национального конституционного права — обострение проблемы (причины и следствия) // *Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека*. М., 2015. Вып. 1: *Европейская конвенция: новые «старые» права*; *Филатова М. А., Балюк Е. В.* О частичном исполнении постановлений Европейского суда по правам человека: на примере дел «Ким и другие против России» и «Анчугов и Гладков против России» // *Международное правосудие*. 2019. № 4; *Арановский К. В., Князев С. Д.* Исполнение актов ЕСПЧ в позициях российского конституционного правосудия: любой ценой или с нюансами // *Закон*. 2019. № 6.

³ См. постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 12-П.

Немаловажно обозначение в правовой практике идеи субсидиарности конституционного судопроизводства, получившей и конституционное принятие: согласно п. «а» ч. 4 ст. 125 Конституции РФ данный Суд проверяет по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан конституционность примененных законов и иных нормативных актов при исчерпании других внутригосударственных средств судебной защиты. Тем самым по своему характеру и назначению Конституционный Суд РФ «не может подменять иные, ординарные судебно-юрисдикционные средства защиты прав и свобод»¹. В этом можно усмотреть не только юрисдикционное развитие внимания к вопросу непосредственной защиты основных прав в практике Конституционного Суда РФ по отношению, в частности, к изменениям Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» 2010 г.² (по которым граждане могут обращаться с конституционной жалобой, только если закон применен в конкретном деле). В этом может усматриваться также усиление связи судебной интерпретации с проблематикой защиты прав человека, судебная гарантия которых предполагается обязательной на всех уровнях осуществления судебной юрисдикции.

В заключение подчеркнем, что соответствующий «судебный» поиск путей и оснований интерпретации примененного правового регулирования определяет центральность согласованного (конформного) подхода, в рамках которого, например, в случае обращения к международному праву (в соотношении с национальным правом) непросто определить правоположения «первой очереди или приоритетности», соответственно обеспечиваемого на основе сочетания риторических и ценностных компонентов, чему посвящается все больше внимания в отечественном правоведении³.

Очевидно, реализм в национальной судебной интерпретации, определенный международно-правовой проблематикой, проявляется как отличный по отношению к системе общего (англосаксон-

¹ Мнение судьи Конституционного Суда РФ Н. С. Бондаря к определению Конституционного Суда России от 26 января 2017 г. № 203-О.

² См. Федеральный конституционный закон от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»».

³ См.: *Соболева А.* Риторика ограничений: аргументация в судебных спорах о фундаментальных правах // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2019. № 5 (132). С. 34—54; *Урошлева А.* Обоснование решений органов конституционного правосудия: «на подступах» к риторическому подходу // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2019. № 5 (132); *Белов С. А.* Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2014. № 5 (316). С. 224—236.

ского) права, представляемой исторически обусловленной и традиционной в собственном праве. В целом такой «реализм» позволяет вести речь о комплексном внимании к судебному толкованию, выраженном большей рационализацией применения судами правового регулирования, однако не приводящем к смещению акцента в сторону судебного правообразования и судебной обусловленности нормативных решений. Одновременно это приводит к вопросу единообразия и последовательности судебных позиций, на каком бы уровне они ни идентифицировались¹, при этом в основе лежит проблема не судебных форм права (связываемых с рисками «прецедентности» права²), а аргументов при казуальной интерпретации (учитывая допускаемый ею объем и критерии оценки).

В этом ключе, полагаем, стоит рассматривать и проблематику судебных доктрин, служащих знаковым проявлением уровня судебного анализа, когда, по сути, они становятся способом «формализации» связанности научного рационализма и правового эмпиризма в рамках судебной оценки, тем самым во многом определяя ее авторитет. Очевидно, последнее выступает ключевой «силой» убеждения при выполнении судебного решения (и в сравнении с его юридической обеспеченностью).

¹ См., например: Интервью с А. Карапетовым, Ю. Таем. «Вместо единомыслия судей нам нужно единообразие практики» // Закон. 2020. № 1.

² Неудивительно, что следствием этого становится постановка вопроса о целесообразности мотивированности судебных актов (в качестве правила). См. проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (о реформе процессуального законодательства)» на этапе его внесения в Государственную Думу. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/383208-7>.

Глава IV. Риторические основания судебных решений

§ 1. Судебная аргументация и решение суда

Долгое время аргументация и правила, по которым ее выстраивают, принадлежали к предметам, «не осмысленным» в западной процессуальной философии; в то время как судебное разбирательство является подходящим местом для обмена аргументами, будь то в форме письменных или устных заявлений сторон, в правовой доктрине редко уделяют внимание тому мысленному сходству, которое может наблюдаться между аргументацией, с одной стороны, и судебным решением — с другой.

Хотя в течение длительного времени законодатель стремился определить точные институциональные рамки для обмена аргументами между сторонами и кодифицировать эти рамки и нормы изложения позиций в процессе, в кодексах нет ни одного упоминания понятия аргументации; пока еще ни в одном нормативном правовом акте не проводилась связь между аргументацией и судебным решением, несмотря на то, что второе вытекает из элементов, реализованных в первом; скорее даже создается впечатление, что законодатель, напротив, стремился избежать как в Уголовно-процессуальном, так и в Гражданском процессуальном кодексе употребления слов «аргумент» и «аргументация», которые там встречаются очень редко. Таким образом, в европейской и особенно французской процессуальной традиции отдается предпочтение использованию понятия «довод», а не понятия «аргумент». Последнее слово латинского происхождения — *argumentatum* — и означает «элемент речи, служащий для подкрепления какого-либо суждения или тезиса», оно было выбрано римскими юристами для перевода греческого слова «*apodeixis*», означавшего «рассуждение». При этом само слово «*argumentatum*» имеет индоевропейский корень (*arg*), которым обозначалось все, что блестит, откуда и появилось слово «серебро»¹.

¹ Слово «серебро» по-французски — *argent*. — *Примеч. пер.*

В сознании римлян аргумент был тем, что помогает высказанному тезису засиять новыми красками и стать очевидным благодаря данным пояснениям. Таким образом, аргумент должен пролить свет и внести ясность в сознание слушателей; но слово «аргумент» имело в связи со своим лингвистическим происхождением второе значение, уничижительное: иногда блеск аргумента ассоциируется с ловушкой; благодаря ложному блеску аргумент может найти поддержку у слушателей, несмотря на то, что смысл аргумента может не иметь ничего общего с реальностью. Следовательно, аргумент может представлять собой способ введения в заблуждение! Этот семантический анализ слова отсылает к хорошо известному спору между Платоном и софистами 2500 лет назад об искусстве убеждения и его связи с моралью. Платон обвинял софистов, поскольку они рассматривали искусство убеждения как чистую технику наравне с кулинарией и магией и видели назначение этого искусства лишь в манипулировании сознанием, при этом они не считали необходимым опираться на истину или же руководствоваться ее поиском.

Отсюда, без сомнения, и проистекает это нежелание воспроизводить в кодексе слово «аргументация», слишком явно отсылающее к софистике, которая не должна иметь места в судебном процессе, по окончании которого выносится судебное решение.

Вторая причина, по которой слово «аргументация» исключается при нормативном описании судебного процесса, кроется в самой цели аргументации, а именно в попытке убеждения, и это при использовании правил риторики; ведь для многих риторика по-прежнему наполнена негативным или даже уничижительным содержанием: назвать какое-либо выступление риторикой — значит хотеть подчеркнуть ее искусственный, напыщенный и неискренний характер, а также ее направленность на манипулирование сознанием. До сих пор для многих риторика представляет собой лишь украшение языка с помощью различных оборотов, стилистических фигур, образов, игры слов, ораторских приемов, которые не нашли своего применения в судебной процедуре по подготовке судебного решения, поскольку в формулировках судебного решения, напротив, должны исключаться любые ораторские уловки.

В связи с этим трудно понять, как почерпнутые из риторики методы и правила, которые структурируют аргументацию, могут применяться для подготовки судебного решения в рамках судебного процесса.

На самом деле, думать таким образом — значит игнорировать существование риторики, которая со времен работ Брюссельской

школы и опубликования трактата об аргументации Х. Перельмана в 1958 г. вышла из «чистилища» теории, в которое ее поместили как рационалистическая философия Р. Декарта, так и английский эмпиризм Дж. Локка. Выражаясь словами Р. Барта, риторика аргументации должна рассматриваться как *метаязык*, т. е. как описание характеристик искусства убеждения и особенно условий задействия в аргументации элементарных правил формальной логики и ценностей.

Таким образом, учитывая, что риторика представляет собой подход к феномену языка и коммуникации, а решение суда, в свою очередь, состоит из набора рассуждений о праве, обстоятельствах, ценностях, доказательственных фактах и толкования, можно задаться вопросом о применимости критериев риторики, благодаря которым возможно было бы оценить качество аргументации в судебном решении.

Будучи предметом последующего рассмотрения, такой подход приводит к постановке двух вопросов.

Прежде всего, можем ли мы утверждать, что судебное решение подчиняется стандартным принципам риторики, а именно убедительности?

Тогда возможно ли попытаться выявить общие критерии качества, которым любая аргументация и судебное решение должны соответствовать?

Возможно ли подчинить судебные решения стандартам риторики, в частности стандартам убедительности? А priori ответ кажется отрицательным по ряду оснований.

1. Цель судебного решения и его институциональный характер.

Решение суда представляет собой письменное выражение функции судьи, символической функции, функции социального регулирования, функции рассмотрения жалоб, всех институционализированных функций. Поэтому для выполнения этих функций решение суда подлежит принудительному исполнению; к тому же это является следствием согласия субъектов гражданского общества в рамках социального договора и приоритета государственной юстиции над частной.

Подобно тому как мы не обсуждаем приказ и подчиняемся ему, мы исполняем решение суда, поскольку оно по своей природе наделено институциональностью посредством делегирования прав народа и суверенитета.

Риторический дискурс заключается отнюдь не в этой логике подчинения суверенитету, а скорее в логике оболыщения. Аргументация,

основанная на риторике, подобна дискурсивной технике оказания влияния и в этом качестве оставляет за слушателем свободу выбора в вопросе согласия или несогласия с предложенным тезисом. В отличие от риторического дискурса решение суда не имеет и не может иметь своей основной целью убеждение тех, кто с ним знакомится, а именно участников судебного процесса.

2. Решение суда и его соотношение с истиной.

Такой подход к цели судебного решения и его институциональной природе привел некоторых авторов к разработке процессуальной философии, согласно которой судебное решение имеет неразрывную связь с истиной, истиной о спорной ситуации, которая проявится в ходе судебного разбирательства и на которую судья *прольет свет* (это словосочетание использовано специально) в своем решении. В этом смысле критерий истины являлся бы а priori составным элементом судебного решения. Этот философско-рационалистический, если не сказать идеалистический, контекст никоим образом не относится к риторике, которая, следует напомнить, развивается в рамках релятивизма и основывает свои стандарты убеждения не на наличии истины в судебном деле, а лишь на «правдоподобию», слишком часто являющемся следствием субъективной оценки неопределенных ситуаций на основе невыраженных ценностей.

В связи с этим стремиться подчинить судебное решение стандартам риторики — значит признать, что само решение суда не обязательно имеет неразрывную связь с истиной или, что более точно, что истина является результатом принятого решения суда, при этом не обязательно выступая его условием. Означает ли это, однако, что судебному решению чужда с философской точки зрения любая аргументация и любые попытки убеждения участников разбирательства, для которых оно предназначено? Опыт юридической практики и риторический анализ самого решения суда требует от нас, очевидно, уточнить нашу точку зрения.

Тем не менее в действительности решение суда должно получить поддержку у всех, кому оно предназначено, и в первую очередь у участников судебного разбирательства.

На самом деле решение суда — это не демонстрация¹, а текст, похожий на аргументацию.

Независимо от своего институционального и суверенного характера решение суда не может следовать строгой логике и, таким образом, не может иметь отношение к истинности математических или

научных рассуждений, т. е. демонстрации. В этом смысле решение суда, поскольку оно находится в пространстве аргументации, не может иметь такого же отношения к истине, как демонстрация, и поэтому оставляет необходимость добиваться убеждения участников судебного разбирательства.

Проведение границы между демонстрацией и убеждением является классическим для риторики. Так, для Перельмана «демонстрация» характеризуется несколькими составными элементами:

— она выражается в однозначных терминах, ибо они искусственно определены;

— при демонстрации логически применяется ряд аксиом, которые являются бесспорными или универсально верными; посредством дедуктивных, строгих рассуждений из них выводятся необходимые следствия, приводящие к формулировке вывода с абсолютной доказательственной силой;

— результаты демонстрации не могут быть оспорены.

Мы сразу обнаружим, что это неприменимо к решению суда, которое с точки зрения риторики похоже на аргументацию. Язык судебного решения в терминах лингвистики является естественным, а следовательно, иногда неоднозначен. Тогда исходные пункты судебного решения не обязательно будут признаны истиной участниками судебного разбирательства. Точно так же мы установим, что в рассуждениях судьи, насколько это можно проследить по судебному решению, очень часто просматриваются субъективные элементы — образование судьи и ценности, которых он придерживается, и это пропорционально свободе толкования, которую оставляет за ним процессуальное законодательство, в отношении норм, которые он должен применять.

И последнее, но не менее важное: будучи аргументацией, решение суда может быть оспорено хотя бы потому, что оно может быть предметом обжалования, когда речь идет о решениях низшей инстанции.

У такого анализа простое следствие: если мы признаем, что решение суда обладает некоторыми характеристиками, присущими аргументации, в частности тот факт, что его исходный пункт, а именно правовая норма, всегда может стать предметом толкования судьи и, следовательно, применение указанной нормы к совокупности фактов, представленных судье, зависит *in fine* от его субъективности и от ценностей, которые им движут, или экономических и социальных сил, которые его олицетворяют, и что существо решения суда обязательно опосредуется частичным и пристрастным образом либо адвокатами, либо по уголовным делам полицией и прокуратурой,

¹ Демонстрация (форма доказательства) — способ обоснованной логической связи между утверждаемым тезисом и аргументами. — *Примеч. пер.*

то тогда мы вновь вводим решение суда в пространство риторики, и, следовательно, совершенно законно стремление применить к нему стандарты аргументации, а именно стремление добиться убеждения тех, кому оно предназначено.

Этот предварительный вывод можно также обобщить, приведя превосходную формулировку Т. Совела из его статьи о мотивированном судебном решении¹, в которой он писал: «Мы просим судью не только положить конец нашим спорам, но и предоставить понятное объяснение, мы хотели бы, чтобы нас не только судили, но, если возможно, и убедили, что совсем другое дело».

Здесь мы сталкиваемся с аспектом риторики, который кажется общим для аргументации и решения суда. Решение суда должно стремиться получить одобрение всех его адресатов и, следовательно, должно включать как в мотивировочной части, так и в резолютивной условия, необходимые для получения согласия тех, кого оно прямо или косвенно касается. Конечно, речь идет, во-первых, об участниках судебного разбирательства, во-вторых, о судебной системе, которой, возможно, одновременно придется рассматривать это судебное решение, в-третьих, о корпусе специальных толкователей, которые в случае необходимости могли бы делать доктринальные комментарии к нему, и, в-четвертых, особенно об общественном мнении и мнении средств массовой информации.

Утверждение такого требования вызывает серьезные трудности, поскольку действительно мнения людей часто разделяются и условия приемлемости решения для них, как и при любой аргументации, могут быть различными или даже несовместимыми друг с другом.

Таким образом, судебная аргументация, как и судебное решение, может полностью соответствовать закону и (или) процессуальным правилам, при этом не отвечая ожиданиям средств массовой информации или общественного мнения.

Очевидно, что средства, с помощью которых судья может оценить ситуацию, находящуюся на его рассмотрении, будут основываться главным образом на соблюдении норм и принципов права, применимого к спору. Такой подход непохож на подход, например, журналиста, который больше заботится о разоблачении того, что, по его мнению, является пороком системы.

Как то, что понятие «универсальная аудитория», которое так знакомо для Х. Перельмана, является лишь концепцией, так и мысль о том, что каждый из упомянутых выше адресатов решения суда может

его понять и принять и что каждый в состоянии согласиться с ним, постоянно руководствуясь голосом разума, увы, останется лишь желанием или мечтой.

Таким образом, мы заключаем, что как для решения суда, так и для аргументации, изложенной в процессуальных рамках, в действительности необходимо соблюдение простых правил, правил логики — риторики, применение которых может способствовать достижению согласия всей разнообразной аудитории с тезисом и (или) предложенным решением.

Применение к решению суда в рамках судебного процесса критериев риторики, характерных для любой убедительной аргументации. Напомним, из каких частей состоит риторика как дисциплина. Первая часть — инвенция, которая посвящена нахождению материала для аргументативного дискурса, формулированию речи, проверке правильности аргументативных связей и обоснованности рассуждений, лежащих в ее основе. Вторая часть посвящена диспозиции, т. е. поиску порядка изложения аргументов и в более общем смысле поиску убедительной структуры выступления. Третья часть риторики посвящена тому, что Аристотель называл элокуцией и что в современном языке называется словесным выражением; это опять-таки та часть, которая *stricto sensu* относится к лингвистическому выражению аргументации.

Учитывая характер и концептуальное содержание, любое судебное решение, как и любой аргумент, состоит из слов естественно-го или технического языка, из предложений, связанных друг с другом логическими коннекторами, из самих предложений, которые составляют логические связи между двумя или более понятиями, из значимых мыслей, расположенных в формальных рамках рассуждения. Поэтому мы можем применить к решению суда, подобно тому, как мы их применяем к аргументации, несколько критериев, которые должны на трех перечисленных выше уровнях обеспечить качество убедительной коммуникации. Соблюдение этих критериев повысит шансы более простого получения поддержки, упомянутой выше.

1. Критерий полноты.

Первый критерий, благодаря которому мы можем судить о качестве судебной аргументации, измеряет полноту смысла, которую она смогла достигнуть на основе элементов дела. Составление аргументации происходит при методичном и всеобъемлющем анализе всей совокупности элементов спора, будь то фактические, юридические, технические, психологические или идеологические, которые составляют основу дела: в этом смысле мы можем говорить о критерии полноты.

¹ См.: *Sauvel T.* La motivation du jugement // *Revue de droit public et de sciences politiques*. 1955. P. 51.

Так же как судебная аргументация черпает свою силу убеждения из предварительного и полного изучения указанных элементов и обогащается глубиной знания о данных, переданных адвокату, так и мы можем сказать, что решение суда также подчиняется критерию полноты: в этом смысле решение суда должно быть результатом полного и безошибочного судебного анализа документов, которые переданы судьям в рамках спора, и соответствовать предусмотренным для него процессуальным нормам.

Благодаря соблюдению критерия полноты адресаты судебного решения почувствуют при его прочтении, что ничто не осталось без рассмотрения и что все заявленные факты, как в своем существе, так и в своем толковании, их доказательства, их квалификация в соответствии с правовой нормой были изучены и оценены, даже если суд делал это для последующего их отклонения; что изучение фактов было сосредоточено не только на доводах, но и на аргументах каждой из сторон и даже на их утверждениях. Таким образом, соблюдение этого критерия полноты имеет более широкое значение, чем возложенное на судью обязательство рассматривать и отвечать на заявленные сторонами доводы.

Если судебная практика Кассационного суда Франции действительно принимает в качестве принципа, что судебное решение должно отвечать на доводы, заявленные сторонами, т. е. доводы, которые определяются как факты или документы, представленные в качестве доказательства, и сопровождаются юридическими заключениями с целью повлиять на разрешение спора, и которые при необходимости включаются в резолютивную часть¹, то при прочтении надлежащего решения суда тем не менее должна возникать уверенность в том, что в совокупности были учтены не только доводы сторон, но также аргументы, выдвинутые в рамках спора. Уважение к критерию полноты решения суда усилит поддержку, которую последний сможет получить среди всех участников и, в частности, проигравшей стороны. Таким образом, стороны будут чувствовать, что судья принял во внимание все представленные ему доводы.

2. Критерий согласованности.

Основным критерием в отношении правил, регулирующих существо аргументации, как это определено в инвенции, является критерий согласованности: любая речь, направленная на получение поддержки у аудитории, должна избегать в тот или иной момент своего развития противоречивости или несовместимости, какой бы незначительной она ни была.

¹ См.: Cf. Cass. Civ. 3/11/1897-DP 1898.1. См. также: Jacques et Louis Boré, Dalloz. la Cassation en Matière Civile. 2003/2004—77211. P. 284s.

Критерий согласованности имеет широкое применение: он должен характеризовать каждый элемент судебного решения, принимаемый по отдельности, логические связи, которые существуют между ними, и то целое, которое они составляют. Стоит рассмотреть сферу применения критерия согласованности для оценки решения суда.

2.1. Согласованность аргументации и решения суда.

Элементы аргументации и судебного решения в терминах риторики схематически состоят из права, фактов и ценностей.

В первую очередь, что касается права, судья должен выбрать в своем решении правовую норму, применимую к совокупности представленных ему фактов. Выбор этой нормы производится в соответствии с фактами дела; эта работа по поиску подходящей нормы также выполняется адвокатом при анализе дела.

Кроме того, работа по поиску подходящей правовой нормы для квалификации обстоятельств дела часто требует толкования указанной нормы, особенно когда судья или адвокат вынуждены использовать то, что принято называть правовыми понятиями с изменяемым содержанием, гибкими, каучуковыми, или нечеткими нормами, критикуемыми специалистами.

Мы, конечно, помним понятия «добрые нравы», «публичный порядок» или «общественная полезность». В этом случае толкование решения должно соответствовать не только букве самого закона, но и имеющейся судебной практике, общим принципам права и, в более широком смысле, опять же ценностям, которых придерживаются или должны придерживаться адресаты решения.

Наконец, в отношении толкования ясно, что решение суда должно соответствовать правилам толкования, которые являются обязательными для судьи. Так, можно привести в пример уголовные дела, где правовая норма должна толковаться строго и где недопустимы заключения по аналогии.

Когда судья и адвокат имеют в своем распоряжении несколько методов толкования, таких как рациональные логические критерии, толкование намерения законодателя, цели правовой нормы и системное толкование, они должны следить за тем, чтобы результаты их толкования не противоречили друг другу.

Мы могли бы также применить принцип согласованности к оценке и выбору фактов, используемых в решении суда. И здесь Гражданский процессуальный кодекс или Уголовно-процессуальный кодекс и последующая судебная практика четко закрепляют соответствующую роль судей и сторон в отношении определения и выбора фактического материала для спора.

2.2. Критерий согласованности в отношении логических связей.

Так же как и судебная аргументация, судебное решение устанавливает либо между двумя фактами, либо между фактом, его доказательством и (или) фактом и его толкованием, либо же между нормой права и ее толкованием структурные связи.

В логических терминах в том случае, когда, используя выражения Аристотеля, мы утверждаем «что-то о чем-то», имеет место аргументативное утверждение.

Связи, которые составляют основу аргументативного утверждения и образуют структуру любого судебного решения, могут быть, по мнению Перельмана, квазилогическими в том случае, если при их формулировании исходить из элементарных законов традиционной логики, а именно закона тождества: $A = A$, или закона противоречия: A не может быть не- A одновременно и в том же отношении. Для того чтобы избежать несогласованности, судья должен обязательно в своем решении применять вышеуказанные законы.

То же относится и к связям, которые Перельман квалифицирует как эмпирические, поскольку они основаны на опыте, а именно на причинно-следственных связях, преемственности, принадлежности и т. д. Неучет элементов, позволяющих установить причинно-следственную связь, приведет к логической ошибке и, следовательно, к нарушению критерия согласованности.

2.3. Критерий согласованности в отношении самого судебного умозаключения, обосновывающего смысл принятого решения.

В настоящее время умозаключение определяется как комбинация аргументативных утверждений, каждое из которых связывает одно или несколько понятий друг с другом; все умозаключения должны подчиняться признанному в формальной логике принципу согласованности в том смысле, что они должны быть строгими и последовательными. Но оно также может характеризоваться как более сложный интеллектуальный процесс, такой как сбор улик с учетом целого ряда сведений в их взаимосвязи.

Таким образом, умозаключение, которое приводит судью к принятию решения, получит поддержку со стороны участников судебного разбирательства, если оно будет отвечать критерию согласованности, т. е. будет соответствовать формальным условиям для установления обоснованной взаимосвязи между посылками и условиям обоснованности вывода, который может следовать из них.

К наиболее строгим умозаключениям Аристотель относил дедукцию в форме дедуктивного силлогизма, состоящего из трех частей. Данный силлогизм может стать в одно и то же время основой для

общего правоприменения и подготовки судебных решений. Первая посылка, т. е. большая посылка, будет, таким образом, заключаться в установлении нормы права; во второй посылке, меньшей, будут представлены факты, к которым судья применяет указанную норму, а третья часть силлогизма будет выражена последствиями, которые мы выводим ввиду применения к фактам выбранной правовой нормы, в этом смысле вывод дедуктивного силлогизма будет приведен в резолютивной части судебного решения.

Здесь опять-таки критерий согласованности должен применяться на каждом этапе построения дедуктивного силлогизма, т. е. на каждом этапе квалификации, посредством которой судья подводит совокупность представленных ему обстоятельств под определенную правовую норму в его толковании.

Очевидно, что в таких присущих судебному решению умозаключениях должны быть исключены любые ошибки, характерные для ложных умозаключений, которые традиционная риторика квалифицирует как паралогизмы, лишаящие все решение в целом доказательственной силы из-за своей несогласованности.

Так, наиболее известным примером паралогизма является логическая ошибка, которую мы совершаем, когда предполагаем истинным то, что пока лишь находится на рассмотрении, т. е. когда для обоснования умозаключения мы исходим из его вывода.

В одном из своих выступлений на тему «Разнообразие методов и способов суждения» профессор М. де Бешийон находил забавными судебные решения, в которых судья, очевидно, сам «смастерил» (это выражение самого профессора) большую часть своих рассуждений с помощью чрезмерно конструктивного толкования лишь для того, чтобы любой ценой прийти к желаемому результату, несмотря на большую вероятность вынесения противоположного решения.

Таким образом, как и любой аргументативный дискурс, судебное решение получает поддержку со стороны участников судебного разбирательства только в том случае, если оно отвечает всем характеристикам общей, юридической и логической согласованности и по возможности как с точки зрения применимых норм права, так и с точки зрения обстоятельств дела.

3. Критерий правильного расположения.

Диспозиция, как мы уже говорили, — это второй раздел риторики, посвященный изучению правильного и убедительного расположения в речи ее столь различных элементов.

Отыскав и установив все изобилие доказательств, мыслей и умозаключений, необходимых для принятия решения, судья, как и ад-

вокат, должен организовать их изложение по таким правилам и особенно в таком порядке, чтобы это облегчало их понимание. Само расположение материала должно при необходимости служить цели убеждения.

Критерий, который можно извлечь из второго раздела риторики, а именно критерий правильного расположения, применим и к решению суда.

Совершенно очевидно, что при составлении решения суда не может использоваться деление, присущее судебной аргументации, требований сторон или их выступлений, которые состоят, как мы знаем, из вступления, повествования, изложения тезиса, опровержения и заключения.

Тем не менее решение суда все же включает в себя изложение представленных фактов, тезисов, возможного опровержения аргументов, которые подлежат отклонению, и, наконец, синтетическую формулировку тезиса.

Таким образом, при составлении каждой из этих частей судебного решения можно воспользоваться достижениями риторики и теми качествами, которые они придают каждой из указанных частей.

Так, судья при составлении решения может воспользоваться эмпирическими рекомендациями риторики в отношении повествования, краткости, объективности представленных в деле доказательств и, наконец, ясности повествования, которая исключила бы на этом уровне возможность любого толкования и (или) начала спора.

Кроме того, для облегчения понимания судебного решения участниками судебного разбирательства избранная структура судебного решения в части изложения умозаключений суда должна соответствовать рабочей методике, рекомендуемой законодательством или судебными инстанциями, методике, сильно зависящей от конкретного характера той миссии, которая возложена на трибунал и (или) суд, призванный вынести решение, и соблюдение которой соответствовало бы ожиданиям участников судебного разбирательства и, следовательно, способствовало бы лучшему пониманию.

Так, мы могли бы привести в пример особенную и строго формализованную структуру постановлений Кассационного суда Франции, чьи постановления об отклонении жалобы состоят из трех совершенно отдельных и следующих друг за другом пунктов.

4. Качество правосудия в отношении словесного выражения (*elocutio*): критерий понятности.

Качество текста должно быть постоянной заботой составителя судебного решения. Более того, в своей книге «Об ораторе» Цицерон

писал, что здравомыслящий человек в состоянии обнаружить определенные вещи и привести их в порядок, но умение их выразить принадлежит только благородному человеку, т. е. судье.

В связи с этим понятность речи является, очевидно, главным критерием убедительной коммуникации, которому должно отвечать также и судебное решение.

Определение требований к понятности решения суда тем не менее вызывает ряд весьма деликатных вопросов:

— вопрос использования технического языка, сложных понятий или норм, незнакомых участникам судебного разбирательства, или иностранного языка;

— вопрос о разделении, которое судебное решение должно делать между тем, что должно быть прямо выражено, и (или) тем, что может подразумеваться, и (или) тем, что есть нечто, обуславливающее толкование судьи, при этом даже неосознанное, как, например, идеология;

— вопрос о требовании к обоснованности и в то же время краткости, необходимой для решения, исходящего от органа, такого как верховный суд, который обязан давать официальное толкование закона и который убежден в отсутствии необходимости предоставлять обоснование своего решения, по крайней мере в большей степени, чем это делает законодатель.

Критерии риторики, призванные обеспечить понятность аргументативного дискурса, могут быть распространены на судебные решения. Упомянем кратко два главных критерия: правильность и ясность.

4.1. Правильность.

Основой любой коммуникации, конечно же, является язык, поэтому правильность проявляется в том, чтобы произносить только слова определенного языка, использовать их в правильном значении и соблюдать грамматические правила, общепринятые при построении предложений; такая правильность предполагает, конечно, хорошее владение языком и богатство словарного запаса, она позволяет избежать двусмысленностей, присущих естественному языку.

Критерий правильности в действительности облегчает то, что лингвисты называют потоком чтения, и увеличивает уровень поддержки решения со стороны участников судебного разбирательства.

4.2. Ясность.

Ясность рассматривается Цицероном как первое достоинство любой речи (Об ораторе. 38).

Ясность речи, очевидно, тесно связана с ясностью мысли.

Следует понимать, что от судебного решения требуется ясность. И действительно, помимо чисто лингвистических требований, необходимо также раскрывать в решении, особенно в мотивировочной части, ход рассуждений судьи на каждом этапе.

Ясность в лингвистическом выражении не представляет никаких трудностей, за исключением соблюдения стиля, который должен быть лишен какого-либо пафоса. В связи с этим можно задаться вопросом о том, может ли судья в своем решении использовать все фигуры речи, предоставленные ему традиционной риторикой, такие как фонетические и ритмические средства выразительности, игра слов и особенно фигуры речи, или тропы, к которым относятся метафора, метонимия, синекдоха, а также логические приемы, такие как перечисление, повторение, анафора, антитеза, контраст или параллелизм.

Необходим разумный подход. Решение суда должно быть лаконичным и прямым и исключать эмоции. Судья, чтобы обогатить свои мысли, уточнить их и сделать их еще более понятными, может, очевидно, использовать фигуры речи при условии, конечно, что это не усложнит текст решения и не поспособствует, наоборот, еще большей неясности. Иногда использование метафоры, предназначенной для лучшего понимания мысли говорящего, приводит к пагубной двусмысленности; и наоборот, иногда метафора звучит лучше, чем долгое развитие мысли.

Вместе с тем использование стилистических фигур свойственно организации речи. Трудно представить, чтобы в решении суда не использовалось, например, перечисление, хотя бы при изложении элементов тезиса или при ссылке на составные части правовой нормы. То же касается аналогии или тождества, поскольку эти две аргументативные формы лежат в основе деятельности по отысканию подходящей правовой нормы и квалификации совокупности фактов.

Более деликатным является вопрос об объеме содержания решения суда с учетом критерия ясности. Речь идет о проблеме, связанной с необходимостью представить мотивы принятия судебного решения.

Ответ, который можно дать на последний вопрос, далеко не однозначен. Это зависит как от судебных и культурных традиций страны, так и от того места, которое выносящий решение суд занимает в судебной системе.

Как известно, п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод обязывает все суды обосновывать свои решения. И если в решении суда участники судебного разбирательства видят обоснования, которые позволяют им удостовериться в

том, что судья принял решение в соответствии с законами, применимыми к спору, руководствуясь законом и (или) чувством справедливости и (или) совести, провел тщательное, строгое и беспристрастное исследование фактов с учетом общепринятых в гражданском обществе этических или социальных ценностей, не совершил никакой логической ошибки в построении своих рассуждений, не нарушил закон тождества или закон противоречия, они признают это решение судебным решением, которое, помимо обязательной силы, получит также поддержку всех участников судебного дела.

Также необходимо, чтобы каждый из составных элементов решения имел обоснование; в случае необходимости в решении суда должны быть также кратко объяснены те ценности, которые обусловили выбор, сделанный судом при толковании.

Таким образом, участники судебного разбирательства смогут увидеть те умственные усилия, которые были предприняты при вынесении судебного решения, и усилия, направленные на сведение к минимуму предрассудков, предубеждений и других субъективных суждений, которые обязательно возникают у человека при принятии решения.

Даже если работа по обоснованию решения придаст ему дополнительно объем, к которому привыкли практики, имеющие дело с решениями в рамках common law, это будет чертой рационализаторских усилий по аргументации судебных решений.

Заключение. Решение суда является суверенным (зависимым от самого суда) решением, но это решение, для того чтобы получить моральную поддержку как со стороны участников судебного разбирательства, так и со стороны судебной системы, его последующих комментаторов и в целом общественного мнения, должно сопровождаться выработкой систематизированной и структурированной аргументации.

Аргументация, свойственная решению суда, имеет особую природу; она не должна преследовать цель любого традиционного аргументативного дискурса, состоящую в убеждении, но должна подчиняться риторическим критериям аргументации, а именно критерию согласованности, правильного расположения (последовательности) и критерию понятности. Наконец и прежде всего мы должны добавить, что соблюдение судьями и адвокатами таких критериев должно быть обусловлено моральными требованиями добросовестности и честности в судебном процессе, который завершается подготовкой и последующим принятием судебного решения и исключает мошенничество и обман.

Только в этом случае решение окажется прозрачным для сторон, участвующих в судебном процессе, и в целом для всех граждан и, следовательно, станет надлежащим судебным решением.

§ 2. Юридическая аргументация в Европейском Суде по правам человека — постоянный диалог с национальным законодательством

В ответ на события Второй мировой войны и в целях предотвращения их повторения 10 декабря 1948 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Всеобщую декларацию прав человека (далее — Всеобщая декларация), утвердившую перечень основных прав и свобод человека. Однако эти основные права не имеют обязательной юридической силы и не защищены контролирующим механизмом.

Совет Европы, основанный 5 мая 1949 г., преследовал аналогичные цели, провозгласив в своем Статуте защиту и развитие основных прав и свобод человека. Ввиду отсутствия обязательной юридической силы прав, содержащихся во Всеобщей декларации, Совет Европы принял решение создать более эффективную региональную систему защиты, с тем чтобы избежать в будущем наиболее серьезных нарушений прав человека, имевших место во время Второй мировой войны. Кроме того, такая система должна также защищать государства-члены от новых форм тоталитаризма, появившихся в послевоенное время, путем поощрения плюралистической демократии и верховенства права. В результате 4 ноября 1950 г. была подписана Конвенция Совета Европы о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция), которая вступила в силу 3 сентября 1953 г. после ее ратификации 10 государствами-членами.

Конвенция была разработана в качестве международного договора, в соответствии с которым государства — члены Совета Европы обещали обеспечить основные гражданские и политические права не только для своих собственных граждан, но и для всех лиц, находящихся под их юрисдикцией. Это отражено в преамбуле, в которой:

— правительства считают, что целью Совета Европы является достижение большего единства между его членами и что одним из средств достижения этой цели является защита и развитие прав человека и основных свобод;

— подтверждают свою глубокую приверженность основным свободам, «которые являются основой справедливости и всеобщего мира и соблюдение которых наилучшим образом обеспечивается, с одной стороны, подлинно демократическим политическим режимом и,

с другой стороны, всеобщим пониманием и соблюдением прав человека, которым они привержены»;

— преисполнены решимости «как правительства европейских государств, движимые единым стремлением и имеющие общее наследие политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права, сделать первые шаги на пути обеспечения коллективного осуществления некоторых из прав, изложенных во Всеобщей декларации».

Соответственно, как указано в ст. 1 Конвенции, Высокие Договаривающиеся Стороны обеспечивают каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, определенные в разд. I Конвенции. С этой целью в 1959 г. был создан Европейский Суд по правам человека (далее — Суд), базирующийся в Страсбурге (Франция), в состав которого входит число судей, равное числу государств — членов Совета Европы. Он принимает решения по заявлениям отдельных лиц или государств, в которых сообщается о нарушениях прав и свобод, изложенных в Конвенции или в последующих Протоколах, ратифицированных 47 государствами — членами Совета Европы. С 1 ноября 1998 г. Суд заседает на постоянной основе, что заменяет первоначальную двухуровневую структуру, состоявшую из Комиссии и Суда, который работал непостоянно. В настоящее время Суд рассматривает как приемлемость, так и существо заявлений и позволяет заявителям обращаться непосредственно в Суд.

Вместе с тем возникает вопрос о том, как Суд рассматривает эти заявления, в частности, как он излагает аргументы при рассмотрении дел; какие элементы и особенности могут повлиять на процесс принятия решений и составления решений; какие методы и концепции Суд применяет; какие основные проблемы возникают перед Судом в этом отношении.

Постараемся дать некоторые ответы на эти вопросы, оценив различные аспекты судебной аргументации в Европейском Суде по правам человека с необходимой осторожностью и сдержанностью, обусловленными должностью судьи в этом Суде. Оценка будет сосредоточена на решениях, вынесенных палатами и Большой палатой, и не будет касаться решений Комитета, решений, объявляющих заявления неприемлемыми, а также консультативных заключений в соответствии со ст. 47 Конвенции или Протоколом № 16.

Официальная структура решений Суда. В отношении структуры решений Суда в ст. 46 Конвенции говорится лишь о том, что должны быть приведены причины (п. 1) и любой судья имеет право вынести отдельное мнение (п. 2).

Вместе с тем в Регламенте Суда содержание решений изложено более подробно следующим образом:

«Правило 74. Содержание решения

1. Решение, упомянутое в статьях 28, 42 и 44 Конвенции, содержит

а) имя Председателя и других судей, входящих в состав соответствующей Палаты или Комитета, а также имя Секретаря или заместителя Секретаря;

b) даты его принятия и оглашения;

c) описание сторон;

d) имена агентов, адвокатов или советников сторон;

e) отчет о применяемой процедуре;

f) факты дела;

g) резюме представлений сторон;

h) обоснование с точки зрения права;

i) постановляющие положения;

j) решение, если таковое имеется, в отношении расходов;

k) число судей, составляющих большинство;

l) где это необходимо, заявление о том, какой текст является аутентичным.

2. Любой судья, принимавший участие в рассмотрении дела Палатой или Большой палатой, имеет право приложить к решению либо отдельное мнение, согласное или несогласное с этим решением, либо заявление о несогласии.

Правило 75. Постановление о справедливой компенсации

1. В тех случаях, когда Палата или Комитет приходит к выводу о том, что имело место нарушение Конвенции или Протоколов к ней, он выносит в том же решении решение относительно применения статьи 41 Конвенции, если в соответствии с правилом 60 была представлена конкретная претензия и вопрос готов к решению; если вопрос не готов для принятия решения, Палата или Комитет резервирует его полностью или частично и устанавливает дальнейшую процедуру».

В соответствии с этими правилами основные части решений в настоящее время составляются по той же структуре, начиная с процедуры; за ними следуют факты, включая обстоятельства дела; соответствующее внутреннее право и практика, а также соответствующее международное право и практика; правовая часть, включая ходатайства, представления сторон и указание возможных третьих сторон, а также оценку приемлемости и существа дела, с разбивкой на изложение общих принципов и применение этих принципов к фактам дан-

ного дела; при установлении факта нарушения Конвенции следует применение ст. 41 и в некоторых ситуациях указание в соответствии со ст. 46 конкретных мер, которые должны быть приняты государством-ответчиком; постановляющая часть; наконец, к решению могут быть приложены особые или совпадающие мнения.

Настоящий анализ будет посвящен оценке существа дел, которая состоит в установлении соответствующих фактов и правовой аргументации, иными словами, той части, где фактически принимается судебное решение и приводятся аргументы Суда.

Стиль решений Суда. С тех пор как Суд вынес свое первое решение в 1960 г.¹, на судебный стиль более 22 500 решений — при более чем чем 882 000 заявлений² — повлияло множество различных элементов и процессов.

Порядок составления и принятия решений Судом отражает общий характер и роль Суда, в частности его наднациональный статус, его взаимосвязь и субсидиарность по отношению к внутренним юрисдикциям, которые представляют собой широкий спектр правовых и культурных особенностей, и ситуативный характер решений. Прежде всего Суд принимает решения по индивидуальным заявлениям и обеспечивает защиту прав человека в конкретных случаях. Кроме того, Суд не может аннулировать национальное законодательство или национальные решения, однако в принципе может присудить индивидуальному заявителю компенсацию за причиненный ему материальный или нематериальный ущерб. С учетом этого Суд сосредоточивает внимание на конкретных обстоятельствах индивидуального ходатайства, а не на общей ситуации в конкретном государстве-участнике³.

К этим элементам хотелось бы добавить возможность для судей представлять особые и совпадающие мнения, которые также оказывают определенное влияние на аргументацию решений, поскольку Суд пытается рассматривать и интегрировать мнения и аргументы меньшинств в целях достижения единодушных решений или по крайней мере решений, принятых большинством голосов. Однако ценой, которую придется заплатить за поиск точек соприкосновения и компромиссов, может быть потеря ясности и строгости правовых доводов.

¹ См.: «Лавлес против Ирландии» (*Lawless v. Ireland*), № 332/57, 14 ноября 1960 г.

² См. Обзор ЕСПЧ (Overview ECHR 1959—2019). URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592019_ENG.pdf.

³ См.: *Gerards J. H. Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights // The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond / N. J. H. Huls, M. Adams and J. Bomhoff (eds). T. M. C. Asser Press, 2009.*

И наконец, объем работы Суда, обусловленный огромным количеством ежегодно подаваемых ходатайств, также является импорт-фактором, не способствующим большей четкости, определенности его актов. В 2019 г., например, 44 500 заявлений было выделено для судебного рассмотрения, были вынесены решения по 2187 заявлениям; по состоянию на 31 января 2020 г. на рассмотрении Суда находилось 60 550 дел, из них 20 450 — в палатах и Большой палате¹.

Для рассмотрения огромного количества заявлений и решения различных проблем Суд разработал различные концепции аргументации для установления соответствующих фактов по каждому делу и для юридической оценки. Что касается первого аспекта, Суд установил нормы, касающиеся, в частности, бремени доказывания², использования презумпций³ и принципа субсидиарности⁴, включая «правило четвертой инстанции» в качестве одного из элементов⁵.

Суд также разработал концепции, связанные с правовой оценкой. Некоторые из этих концепций основаны на его вспомогательной роли, например на пределе дискреционных полномочий, предоставляемых государствам-членам, хотя они и остаются под действием европейского надзора, осуществляемого Судом, европейского консенсуса и требований обеспечения качества национального процесса принятия решений⁶. Однако после рассмотрения дела *Tyrer* Суд также подчеркивает, что Конвенция о правах человека является живым документом, который необходимо толковать в соответствии с современными условиями⁷. Кроме того, Суд требует, чтобы национальные власти установили справедливый баланс между конкурирующими правами, в частности конкурирующими правами, предусмотренными Конвенцией, и для этой цели Суд устано-

¹ См. статистические данные на сайте Суда (www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c).

² См., например: «Ж. К. против Швеции» (*J. K. v. Sweden* [G. C.]), № 59166/12, 23 августа 2016 г., § 91—98.

³ См., например: «Бунд против Бельгии» (*Bouyid v. Belgium* [G. C.]), № 23380/09, 28 сентября 2015 г., § 82—83.

⁴ См., например: «Ф. Г. против Швеции» (*F. G. v. Sweden* [G. C.]), № 43611/11, 23 марта 2016 г., § 117—118.

⁵ См., например: «Бочан против Украины» (*Bochan v. Ukraine* (no. 2) [G. C.]), № 22251/08, 5 февраля 2015 г., § 61.

⁶ См., в частности: *Spano R. The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law* // HRLR. 2018. 1.

⁷ См.: «Тайер против Соединенного Королевства» (*Tyrer v. the United Kingdom*), 25 апреля 1978 г., № 5856/72; см. также, например, «Остин и другие против Соединенного Королевства» (*Austin and Others v. the United Kingdom* [G. C.]), № 39692/09, 40713/09 и 41008/09, 15 марта 2012 г., § 53.

вил конкретные критерии¹. Другие концепции касаются различия между негативными и позитивными обязательствами, а также проблем, связанных с одной стороны, с судебным активизмом при эволюционном/динамичном толковании Конвенции, и с другой — с судебной сдержанностью с упором на правовую определенность и важность прецедентов².

Аргументация в Суде — несколько примеров. Далее будут приведены некоторые из этих концепций, с тем чтобы продемонстрировать их развитие и фактическое применение на основе отдельных прецедентов, касающихся конкретных прав и свобод, закрепленных в Конвенции.

1. Презумпция и бремя доказывания.

Суд установил правила, касающиеся использования презумпций и бремени доказывания в соответствии с различными правами, предусмотренными Конвенцией. Однако для целей этой публикации ограничимся ст. 3 и некоторыми конкретными аспектами тюремного заключения.

Запрет бесчеловечного или унижающего достоинство обращения, закрепленный в ст. 3, является одной из основополагающих ценностей демократических обществ. Он также является ценностью цивилизации, тесно связанной с уважением человеческого достоинства, что входит в суть Конвенции³. Статья 3 запрещает пытки, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания независимо от обстоятельств и поведения жертвы⁴. Однако под действие этого положения подпадает только минимальное жестокое обращение. Оценка этого минимума является относительной и зависит от всех обстоятельств дела⁵. В контексте лишения свободы Суд последовательно подчеркивал, что для того, чтобы подпадать под действие ст. 3, соответствующие страдания и унижения должны выходить за рамки неизбежного элемента страданий и унижений, свя-

¹ См., например: «Принцесса Ганноверская против Германии» (*Von Hannover v. Germany* (no. 2) [G. C.]), № 40660/08 and 60641/08, 7 февраля 2012 г., § 108—113. См.:

² См.: *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, Colloquy in Honour of Paul Mahoney // 36. HRLJ. 2016. No. 7—12; см. также: *Gerards J. H.* Op. cit.

³ См.: «Хлайфия и другие против Италии» (*Khlaifia and Others v. Italy* [G. C.]), № 16483/12, 15 декабря 2016 г., § 158; «Илиас и Ахмед против Венгрии» (*Ilias and Ahmed v. Hungary* [G. C.]), № 47287/15, 21 ноября 2019 г., § 124.

⁴ См.: «Лабита против Италии» (*Labita v. Italy* [G. C.]), № 26772/95, 6 апреля 2000 г., § 119; «Свинаренко и Сляднев против России» (*Svinarenko and Slyadnev v. Russia* [G. C.]), № 32541/08 и 43441/08, 17 июля 2014 г., § 113.

⁵ См.: «Яллох против Германии» (*Jalloh v. Germany* [G. C.]), № 54810/00, 11 июля 2006 г., § 67.

занных с содержанием под стражей. Государство должно обеспечить, чтобы лицо содержалось под стражей в условиях, совместимых с уважением человеческого достоинства, чтобы способ и метод исполнения этой меры не подвергали его страданиям или лишениям, превышающим неизбежный уровень страданий, присущий содержанию под стражей, и чтобы с учетом практических требований, связанных с тюремным заключением, обеспечивалась надлежащая охрана здоровья и благополучия¹.

Суд применяет эти принципы, в частности используя презумпции и распределяя бремя доказывания. Это может быть показано в следующих аспектах:

— переполненность тюрем.

Суду часто приходится выносить решения по ходатайствам о нарушении ст. 3 в связи с переполненностью тюрем и камерами, содержащими большое количество заключенных. Судебная практика за предыдущие годы показала, что в значительном числе случаев, когда объем помещения, отведенного задержанному лицу, не превышал 3 кв. м, Суд считал переполненность тюрем настолько серьезной, что это само по себе являлось нарушением ст. 3. Однако, когда заключенные имеют в своем распоряжении личное пространство площадью от 3 до 4 кв. м, Суд часто констатировал нарушение ст. 3 только в том случае, если фактор пространства сочетается с другими аспектами ненадлежащих физических условий содержания под стражей². Однако в некоторых других случаях Суд счел, что личная площадь менее 4 кв. м уже является фактором, достаточным для того, чтобы сделать вывод о нарушении ст. 3³.

В деле «Муршич против Хорватии»⁴ Большая палата согласовала расхождения в своем прецедентном праве и разъяснила соответствующие принципы и правовую аргументацию следующим образом.

Во-первых, она подтвердила, что для целей ст. 3 применимым минимальным стандартом является 3 кв. м площади на одного заклю-

¹ См.: «Кудла против Польши» (*Kudla v. Poland* [G. C.]), № 30210/96, 26 октября 2000 г., § 92-94; «Свинаренко и Сляднев против России», № 30210/96, § 116; «З. А. и другие против России» (*Z. A. and Others v. Russia* [G. C.]), № 61411/15 и др., 21 ноября 2019 г., § 182.

² См.: «Орховский против Польши» (*Orchowski v. Poland*), № 17885/04, 22 октября 2009 г., § 122; «Ананьев и другие против России» (*Ananyev and Others v. Russia*), № 42525/07 и 60800/08, 10 января 2012 г., § 145 и 149; «Варга и другие против Венгрии» (*Varga and Others v. Hungary*), № 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 и 64586/13, 10 марта 2015 г., § 75 и 78.

³ «Котлет против Румынии» (*Cotlet v. Romania* (no. 2)), № 49549/11, 1 октября 2013 г., § 34 и 36; «Апосту против Румынии» (*Apostu v. Romania*), № 22765/12, 3 февраля 2015 г., § 79.

⁴ *Muršić v. Croatia* [G. C.], no. 7334/13, 20 October 2016.

ченного в многоместной камере. Если площадь на одного заключенного составляет менее 3 кв. м, отсутствие личного пространства считается настолько серьезным, что это дает основание для презумпции о нарушении ст. 3. Эта презумпция опровергалась в обстоятельствах, когда другие конкретные факторы могли адекватно компенсировать недостаток личного пространства. Однако бремя доказывания лежит на правительстве-ответчике.

Во-вторых, Палата постановила, что в тех случаях, когда речь идет о тюремной камере площадью от 3 до 4 кв. м личного пространства на одного заключенного, фактор пространства остается весомым фактором, и нарушением ст. 3 будет считаться ситуация сочетания личного пространства такой площади с другими аспектами ненадлежащих физических условий содержания под стражей, связанных, в частности, с доступом к физическим упражнениям на открытом воздухе, естественному освещению или воздуху, наличием вентиляции, адекватностью комнатной температуры, возможностью использовать туалет приватно и с соблюдением основных санитарно-гигиенических требований.

В-третьих, в случаях, когда задержанный располагает личным пространством площадью более 4 кв. м, другие аспекты физических условий содержания под стражей по-прежнему имеют отношение к оценке Судом адекватности условий содержания заявителя в соответствии со ст. 3.

Используя презумпции, Суд воздержался от установления фиксированных минимальных стандартов личного пространства, нарушение которых неизбежно привело бы к выводу о нарушении ст. 3. Суд предпочитает сохранить определенную гибкость и проводить своего рода общую оценку с учетом всех обстоятельств конкретной ситуации. Такой «целостный подход» применялся Судом также в делах, касающихся других положений Конвенции, в частности ст. 6, и мы вернемся к этой практике позже;

— условия содержания в тюремных камерах.

Как упоминалось выше, в случаях, когда не возникает никаких проблем в связи с вопросом о личном пространстве, Суд отмечает, что другие аспекты условий содержания под стражей являются актуальными. Необходимо учитывать совокупные последствия этих условий, а также конкретные утверждения заявителя¹. Однако как оцениваются такие кумулятивные последствия? Когда считается, что порог достигнут? Каким образом Суд обосновывает свои вы-

¹ См.: «Стори и другие против Мальты» (*Story and Others v. Malta*), № 56854/13, 57005/13 и 57043/13, 29 октября 2015 г., § 106.

воды? Кроме того, хотя Суд неоднократно подчеркивал, что «правительство-ответчик обязано организовать свою пенитенциарную систему таким образом, чтобы обеспечить уважение человеческого достоинства задержанных независимо от финансовых или материально-технических трудностей»¹, возникает вопрос о пределах таких обязанностей государств.

Дело «Янез Пинон и другие против Мальты»² иллюстрирует возникающие в таких случаях сложности. Суд уже рассмотрел ряд проблемных вопросов, касающихся условий содержания в камерах конкретной тюрьмы, в деле «Стори и другие» (§ 128). Выражая обеспокоенность по поводу ряда отмеченных вопросов, Суд «не был убежден в том, что общие условия содержания под стражей и медицинское обслуживание, получаемое заявителями, подвергают их страданиям или лишениям, превышающим неизбежный уровень страданий, присущих содержанию под стражей», и не обнаружил нарушения ст. 3. Меньшинство, состоящее из трех судей, не согласилось³. Эти судьи отметили, что предыдущее дело «Стори и другие» касалось той же тюрьмы и даже той же секции этой тюрьмы в тот же период времени. Однако, хотя суд в деле «Янез Пинон и другие против Мальты» признал некоторые дополнительные вопросы и вновь выразил «серьезную озабоченность» по поводу условий содержания в тюрьмах, несогласные судьи отметили, что большинство не считает эти опасения нарушением ст. 3. Они выразили мнение, что совокупные последствия различных недостатков должны были подтолкнуть Суд к выводу о том, что порог тяжести для целей этого положения, которое запрещает в абсолютном выражении пытки или бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания, был достигнут, в частности, с учетом длительного периода времени, в течение которого заявители должны были находиться в этих плачевных условиях;

— жестокое обращение с заключенными.

В соответствии с прецедентным правом Суда утверждения о жестоком обращении в нарушение ст. 3 должны подтверждаться соответствующими доказательствами. Для оценки доказательств, на которых основывалось бы решение о том, имело ли место нарушение ст. 3, Суд принимает стандарт доказывания «при отсутствии обоснованно-

го сомнения». Такое доказательство может вытекать из сосуществования достаточно сильных, ясных и совпадающих выводов или аналогичных неопровержимых презумпций факта¹. Кроме того, Суд разъяснил в деле «Бунд против Бельгии» (§ 82—84), что в тех случаях, когда лицо заключено под стражу в нормальном состоянии здоровья и когда такое лицо признано получившим травму или заболевание при освобождении, государство обязано представить достоверное объяснение того, каким образом были причинены эти повреждения, в противном случае возникает явный вопрос в связи со ст. 3. В тех случаях, когда соответствующие события полностью или в значительной степени относятся к компетенции властей, как, например, в случае лиц, находящихся под их контролем, в отношении телесных повреждений и смерти, имевших место во время содержания под стражей, будут возникать серьезные презумпции факта. Действительно, бремя доказывания может рассматриваться как возлагающееся на власти, которые должны дать удовлетворительное и убедительное объяснение путем представления доказательств, ставящих под сомнение описание событий, данное жертвой. В отсутствие такого объяснения Суд может делать выводы, неблагоприятные для государства².

Кроме того, хотя в задачу Суда не входит рассмотрение фактических или правовых ошибок, предположительно совершенных национальными судами, за исключением случаев и в той мере, в какой такие ошибки могут повлечь за собой нарушение прав и свобод, защищаемых Конвенцией, он применяет особенно тщательный анализ в тех случаях, когда обвинения были предъявлены в соответствии с положениями ст. 3 Конвенции, даже если некоторые внутренние процедуры и расследования уже были проведены. Иными словами, в этом контексте Суд готов провести тщательное изучение выводов национальных судов. При их рассмотрении он может принимать во внимание качество внутренних процедур и любые возможные недостатки в процессе принятия решений³.

2. Прецеденты и формирование судебной практики.

Преимущество судебной практики Суда является важным легитимизирующим фактором для толкования Конвенции. Поэтому

¹ См., в частности: *Labita*, § 121; *Jalloh*, § 67.

² Там же. См. также: «Бунтов против России» (*Buntov v. Russia*), № 27026/10, 5 июня 2012 г., § 161, и «Александр Андреев против России» (*Aleksandr Andreyev v. Russia*), № 2281/06, 23 февраля 2016 г., § 56—57.

³ См. дело *Bouyid* (§ 85); см. также: «Денисенко и Богданчиков против России» (*Denisenko and Bogdanchikov v. Russia*), № 3811/02, 12 февраля 2009 г., § 83; «Георгий Быков против России» (*Georgiy Bykov v. Russia*), № 24271/03, 14 октября 2010 г., § 51; «Самесов против России» (*Samesov v. Russia*), № 57269/14, 20 ноября 2018 г., § 47.

¹ См., в частности: «Мамедова против России» (*Mamedova v. Russia*), № 7064/05, 1 июня 2006 г., § 63.

² *Yanez Pinon and Others v. Malta*, no. 71645/13, 19 December 2017.

³ См. особое мнение судей Пинто де Альбукерке, Ранзони и Босньяка, приложенное к решению по делу (*Yanez Pinon and Others*).

Суд пытается поместить свои решения в контекст существующего прецедентного права путем подтверждения прецедентов. Он тщательно разрабатывает свои толкования, в частности проводя различие между новыми фактическими или правовыми элементами того или иного дела, и лишь в исключительных случаях его новый судебный акт превалирует над прецедентом¹. Этот подход может быть проиллюстрирован двумя недавними решениями Большой палаты по различным аспектам лишения свободы в соответствии со ст. 5 Конвенции:

— предварительное заключение.

Дело «С., В. и А. против Дании»² касалось задержания заявителей в течение более семи часов. Они приехали в Копенгаген для просмотра футбольного матча; задержание было направлено на предотвращение насилия со стороны хулиганов. Согласно прецедентному праву Суда такое краткосрочное задержание может быть законным либо в соответствии с подп. «b» п. 1 ст. 5, если оно осуществляется для обеспечения выполнения возложенного обязательства, предусмотренного законом, либо в соответствии с подп. «с» п. 1 ст. 5, если оно подпадает под контекст уголовного судопроизводства. Содержание под стражей, о котором идет речь в данном случае, не соответствует ни одному из этих сценариев, и поэтому Большой палате пришлось рассмотреть вопрос о том, может ли п. 1 ст. 5 иным образом предусматривать мандат на такое задержание.

Суд пересмотрел прецеденты начиная с решения 1961 г. по делу «Лавлес против Ирландии»³, уточнил и адаптировал их, в частности изменив позицию большинства в предыдущем решении по делу «Остендорф против Германии»⁴ и подтвердив, что подп. «с» п. 1 ст. 5 («когда задержание считается разумно необходимым для предотвращения совершения преступления») может санкционировать превентивное задержание вне контекста уголовного судопроизводства. Суд постановил, что содержащееся в этом подпункте требование о том, чтобы лицо было законно арестовано или задержано «с целью доставки его в компетентный юридический орган», не должно являться препятствием для краткосрочного задержания и поэтому должно применяться с определенной степенью гибкости. Строгое толкование требования о цели может неоправданно продлить срок содержа-

ния под стражей и сделать невозможными поддержание полицией порядка и защиту населения. Если задержанный в срочном порядке доставляется к судье для рассмотрения законности его задержания или освобождается до этого времени, Суд будет считать требование о цели, предусмотренное в подп. «с» п. 1 ст. 5, выполненным.

Однако, расширяя сферу применения этого положения, Суд в то же время подчеркнул и усилил необходимые гарантии для обеспечения того, чтобы такое превентивное задержание не было произвольным или несоразмерным. Он подчеркнул, в частности, следующие требования:

а) как следует из подп. «с» п. 1 ст. 5, мера должна быть законной; преступление должно быть «конкретным»; меры менее сурового характера, чем содержание под стражей, являются недостаточными; рассматриваемое преступление должно носить «серьезный характер, чреватый опасностью для жизни и здоровья или значительным материальным ущербом»; и содержание под стражей должно быть прекращено сразу же после того, как риск такого события прошел;

б) как следует из п. 3 ст. 5, требование о незамедлительности, содержащееся в этом положении, фактически определяет приемлемую продолжительность превентивного задержания; как правило, освобождение «в период до оперативного судебного контроля» в контексте превентивного задержания должно быть делом часов, а не дней.

Интересно отметить тот факт, что во всем решении акцент делался на необходимости сбалансировать обязательства государства по защите/расследованию в соответствии со ст. 2 и 3 с правами индивида в соответствии со ст. 5. Мы вернемся к этой балансировке, когда речь пойдет о ст. 8 и 10;

— задержание лиц с психическими расстройствами.

Еще в 1979 г. Суд установил три основных условия — так называемые критерии Винтерверпа¹, которые должны быть выполнены для того, чтобы лишить человека с психическим расстройством свободы:

- 1) достоверно доказано, что лицо не находится в здравом уме;
- 2) психическое расстройство имеет вид или степень, оправдывающие принудительное заключение;
- 3) обоснованность продолжения содержания под стражей зависит от сохранения проявлений такого расстройства.

Позднее было добавлено четвертое условие, а именно: должна существовать определенная связь между основанием для допустимого

¹ См.: «Винтерверп против Нидерландов» (*Winterwerp v. the Netherlands*), № 6301/73, 24 октября 1979 г., § 39.

¹ См.: *Garlicki L. Judicial Deliberations: The Strasbourg Perspective // The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond / N. J. H. Huls, M. Adams and J. Bomhoff* (eds).

² *S., V. and A. v. Denmark* [G. C.], no. 35553/12, 36678/12 и 36711/12, 22 October 2018.

³ *Lawless v. Ireland* (no. 3), no. 332/57, 1 July 1961.

⁴ *Ostendorf v. Germany*, no. 15598/08, 7 March 2013.

лишения свободы и местом и условиями содержания под стражей¹. В связи с этим со временем эволюционировала концепция «пригодности» учреждений, предназначенных для размещения лиц, страдающих психическими заболеваниями. Суд постепенно расширил сферу применения подп. «е» п. 1 ст. 5 и все чаще подчеркивал необходимость эффективных и последовательных мер терапии, с тем чтобы не лишать таких лиц возможности освобождения. Однако конкретный смысл этого обязательства остается неясным. Поэтому Большая палата прояснила и уточнила свои принципы в деле «Руман против Бельгии»², касавшемся неспособности национальных властей обеспечить психиатрическое лечение совершившему преступление сексуального характера преступнику, который содержался в принудительном заключении более 13 лет. Суд прямо признал, что власти обязаны обеспечивать надлежащую и индивидуальную терапию, заявив, что «любое задержание психически больных лиц должно иметь терапевтическую цель, направленную конкретно и, насколько это возможно, на лечение или смягчение их психического состояния, включая, в соответствующих случаях, снижение их опасности или контроль над ними». Суд также указал, что «уровень ухода, необходимый для этой категории заключенных, должен выходить за рамки базового ухода. Для того чтобы лечение считалось надлежащим и, следовательно, удовлетворительным в соответствии со статьей 5, одного лишь доступа к медицинским работникам, консультациям и медикаментам недостаточно»³.

Особенность прецедентного права Суда изложена в частично несогласном мнении меньшинства (включая автора этих строк) о том, были ли правильно применены разработанные или уточненные принципы в соответствующем деле. На первый взгляд общие принципы, установленные Судом, могут показаться ясными, однако их применение к конкретным делам может привести к расхождениям в толковании, влекущим за собой различные выводы в отношении их результатов. Это, в свою очередь, может поставить под сомнение эти принципы. В деле *Rooman* несогласные судьи, соглашаясь с общими принципами, выразили мнение о том, что в отношении конкретного периода эти принципы применялись неправильно. В отличие от большинства меньшинство не сделало вывод о том, что медицинское обслуживание, предоставляемое в течение этого периода,

¹ См.: «Эшингдейн против Соединенного Королевства» (*Ashingdane v. the United Kingdom*), № 8225/78, 28 мая 1985 г., § 44; см. также «Станев против Болгарии» (*Stanev v. Bulgaria*) [G. C.], № 36760/06, 17 января 2012 г., § 201—03.

² *Rooman v. Belgium* [G. C.], no. 18052/11, 31 January 2019.

³ Ibid, § 205—209.

соответствовало терапевтической цели принудительного заключения заявителя¹.

3. Целостная оценка.

В этом разделе хотелось бы вернуться к «целостному подходу», упомянутому выше, когда речь шла об условиях содержания в тюрьмах. Чаще всего эта концепция разрабатывалась и применялась в соответствии со ст. 6, в частности в случаях, касающихся права на доступ к адвокату в соответствии с п. 1 и 3 ст. 6 в уголовном аспекте.

Оценка Суда в соответствии со ст. 6 Конвенции носит особый характер, поскольку права, изложенные в п. 3 этого положения, являются не самостоятельными правами, а конкретными аспектами общего права на справедливое судебное разбирательство, о котором говорится в п. 1. Их цель заключается в содействии обеспечению справедливости уголовного судопроизводства «в целом». Это означает, что недостатки в положении одного из прав п. 3 ст. 6 не характеризуют разбирательство как несправедливое автоматически. Главная задача Суда заключается в оценке «общей справедливости» уголовного судопроизводства².

Основываясь на предыдущем решении по делу «Салдуз против Турции»³, Большая палата по делу «Ибрагим и другие против Соединенного Королевства»⁴ установила конкретный подход, который следует применять при рассмотрении ходатайства заявителя о том, что он был лишен доступа к адвокату в уголовном судопроизводстве, которое впоследствии было доработано и уточнено, в частности в делах «Симоновы против Болгарии»⁵ и «Без против Бельгии».

Суд неизменно рассматривал ранний доступ к адвокату как процессуальную гарантию привилегии против самообвинения и основополагающую гарантию против жестокого обращения, отмечая особую уязвимость обвиняемого на ранних стадиях судебного разбирательства. Поэтому, как правило, доступ к адвокату должен предоставляться с даты ареста или с самого первого допроса подозреваемого полицией или его участия в любой другой следственной мере, если только в свете конкретных обстоятельств дела не доказано, что существуют причины для ограничения этого права. Критерий для

¹ См. совместное частично несогласное мнение судей Туркович, Дедова, Мотос, Ранзони, Босньяка и Чантурия, приложенное к решению по делу *Rooman*.

² См. в этом отношении резюме общих принципов Суда в деле «Без против Бельгии» (*Beuze v. Belgium*) [G. C.], № 71409/10, 9 ноября 2018 г., § 120—122.

³ *Salduz v. Turkey* [G. C.], no. 36391/02, 27 November 2008.

⁴ *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* [G. C.], no. 50541/08, 13 September 2016., § 250—251, 262.

⁵ *Simeonovi v. Bulgaria* [G. C.], no. 21980/04, 12 May 2017.

оценки того, совместимо ли ограничение доступа к адвокату с правом на справедливое судебное разбирательство, состоит из двух этапов: во-первых, оценка критерия «веских причин» для ограничения такого доступа; во-вторых, оценка воздействия этого ограничения на общую справедливость разбирательства. В деле *Ibrahim* (§ 255—265) Суд разъяснил эти два этапа и взаимосвязь между ними следующим образом.

С самого начала, учитывая основополагающий характер и важность раннего доступа к юридической помощи, в частности на первом допросе подозреваемого, ограничения на доступ к юридической помощи допускаются только в исключительных обстоятельствах, они должны носить временный характер и основываться на оценке конкретных обстоятельств дела. Важно также, существуют ли основания для ограничения во внутреннем праве, устанавливающие сферу охвата и содержание ограничения. В тех случаях, когда установлены веские причины, должна проводиться целостная оценка всей процедуры, с тем чтобы определить, являются ли они справедливыми. Однако отсутствие убедительных причин само по себе не является поводом для вывода о нарушении ст. 6, а серьезно сказывается на балансе, фактически создавая презумпцию несправедливости. Затем Суд применяет очень строгий контроль к своей оценке справедливости. Бремя доказывания будет лежать на соответствующем государстве, которое должно убедительно продемонстрировать, почему в исключительных случаях и в конкретных обстоятельствах дела ограничение доступа к адвокату не нанесло непоправимого ущерба общей справедливости судебного разбирательства.

Для оценки последствий процессуальных нарушений на досудебной стадии для общей справедливости уголовного судопроизводства или, другими словами, для рассмотрения процесса в целом Суд определил неисчерпывающий перечень факторов¹, заимствованный из его прецедентного права, который следует принимать во внимание:

- а) является ли заявитель особенно уязвимым, например по причине возраста или умственных способностей;
- б) установлены ли правовые рамки, регулирующие досудебное разбирательство и допустимость доказательств в ходе судебного разбирательства, а также соблюдаются ли они; в случае применения правила исключения маловероятно, что разбирательство в целом будет считаться несправедливым;
- в) имел ли заявитель возможность оспорить подлинность доказательств и выступить против их использования;

¹ См. дело *Ibrahim*, § 274.

г) соответствует ли качество доказательств предъявляемым к ним требованиям, не ставят ли обстоятельства, в которых они были получены, под сомнение их достоверность или точность с учетом степени и характера любого принуждения;

д) если доказательства были получены незаконным путем, то наличествует ли противоправность, о которой идет речь, и, если она проистекает из нарушения другой статьи Конвенции, каков характер обнаруженного нарушения;

е) в случае заявления каков характер заявления и было ли оно незамедлительно отозвано или изменено;

ж) как используются доказательства и, в частности, являются ли приведенные обоснования неотъемлемой или значительной частью убедительных доказательств, на которых основывался обвинительный приговор, и какова сила других доказательств по делу;

з) была ли оценка вины проведена профессиональными судьями или непрофессиональными судьями или присяжными заседателями, а также каково содержание любых указаний, даваемых последним;

и) насколько значимы общественные интересы в расследовании и наказании за конкретное преступление;

к) другие соответствующие процессуальные гарантии, предусмотренные внутренним законодательством и практикой.

Суд также счел неотъемлемым элементом привилегии против самообвинения, права хранить молчание и права на юридическую помощь то, что лицо, «обвиняемое в совершении уголовного преступления» по смыслу ст. 6, должно иметь право быть информированным об этих правах, без чего гарантированная таким образом защита будет непрактичной и неэффективной. Следовательно, подп. «с» п. 3 ст. 6 должен толковаться как гарантирующий право лицам, обвиняемым в совершении преступления, быть незамедлительно информированными о содержании права на юридическую помощь независимо от их возраста или конкретного положения и независимо от того, представляет ли их интересы официально назначенный адвокат или адвокат по их выбору. В принципе не может быть никаких оснований для уведомления подозреваемого об этих правах. Однако в тех случаях, когда подозреваемый не был уведомлен об этом, Суд должен рассмотреть вопрос о том, было ли, несмотря на это, разбирательство в целом справедливым¹.

Наконец, следует подчеркнуть, что принцип, согласно которому в основе оценки лежит общая справедливость разбирательства, не

¹ См. дело *Beuze*, § 129—130.

ограничивается лишь правом на доступ к адвокату в соответствии с подп. «с» п. 3 ст. 6, а является неотъемлемым элементом более широкого прецедентного права, касающегося права на защиту, закрепленного в п. 1 ст. 6 Конвенции.

4. Субсидиарность и широта дискреционных полномочий.

Понятие subsidiarity¹ глубоко укоренилось в Конвенции и было признано Судом уже в Бельгийском лингвистическом деле 1968 г.² Субсидиарность включает в себя два элемента: обязательство государств осуществлять гарантии Конвенции, поскольку это обязательство является обязательством результата, а не средств, и обязательство Суда предоставить национальным властям возможность в полной мере рассмотреть ходатайство по Конвенции до судебного рассмотрения. Кроме того, subsidiarity налагает ограничения на механизм Конвенции и ограничивает широту полномочий Суда. Эти ограничения носят как процедурный, так и содержательный характер.

Основным процедурным элементом является обязательство заявителей исчерпать эффективные внутренние средства правовой защиты в соответствии с п. 1 ст. 35 Конвенции³. Существенный элемент subsidiarity отражен, в частности, в двух доктринах, разработанных Судом, а именно в правиле четвертой инстанции и в широте дискреционных полномочий. Правило четвертой инстанции касается ограниченной юрисдикции Суда проверять оценку фактов национальными судами и их толкование и применение внутреннего законодательства. Роль Суда заключается не в том, чтобы подменить собой национальные суды, а в обеспечении того, чтобы решения этих судов не были произвольными или иным образом явно не обоснованными⁴.

Однако наиболее заметной доктриной является широта дискреционных полномочий, которая будет закреплена после вступления в силу Протокола № 15, в преамбулу Конвенции будет вставлен новый текст следующего содержания: «Подтверждая, что Высокие Договаривающиеся Стороны в соответствии с принципом subsidiarity несут главную ответственность за обеспечение прав и свобод,

¹ См., в частности: Справочный документ для судебного семинара, посвященного официальному открытию 2015 судебного года: Subsidiarity: a two sided coin? (Субсидиарность: две стороны одной медали?). URL: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=events/ev_sem&c.

² *Belgian Linguistic case*, nos. 1474/62 et al. 23 July 1968.

³ Общие принципы см.: «Вукович и другие против Сербии» (*Vučković and Others v. Serbia* [G. C.]), № 17153/11, 25 марта 2014 г., § 69—77.

⁴ См.: «Анхойзер-Бусх Инк. против Португалии» (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*), № 73049/01, 11 октября 2005 г., § 83.

определенных в настоящей Конвенции и Протоколах к ней, и что при этом они пользуются широтой дискреционных полномочий при условии соблюдения надзорной юрисдикции Европейского Суда по правам человека, учрежденного настоящей Конвенцией»¹.

Вопрос о широте дискреционных полномочий был впервые упомянут Судом в 1976 г. в деле «Хандисайд против Соединенного Королевства»². С тех пор он разрабатывался и совершенствовался во многих делах и в соответствии с различными положениями Конвенции. В рамках этой концепции Суд признает, что при применении определенных гарантий Конвенции может существовать ряд различных, но законных в зависимости от контекста решений, особенно в том, что касается оценки соразмерности допустимого ограничения права или свободы или установления баланса между конкурирующими правами. Широта дискреционных полномочий распространяется не только на судебный надзор, но и на признание того значения, которое необходимо придавать демократическому процессу, и на ряд вариантов, которые могут иметься у законодателей при соблюдении положений Конвенции³. Национальные власти имеют прямую демократическую легитимизацию и, как неоднократно отмечал Суд, в принципе лучше, чем международный суд, для оценки местных потребностей и условий⁴.

Широта дискреционных полномочий варьируется в зависимости от характера интереса, защита которого испрашивается, наличия или отсутствия европейского консенсуса по рассматриваемому вопросу, а также от необходимости сбалансировать конкурирующие права, предусмотренные Конвенцией⁵. Ниже рассмотрим эти элементы на основе некоторых конкретных аспектов прецедентного права Суда.

1. Право на уважение частной жизни против свободы выражения мнений (ст. 8 и 10). В тех случаях, когда государство-ответчик долж-

¹ Статья 1 Протокола № 15 к Конвенции (на конец января 2020 г. 45 из 47 государств-членов ратифицировали этот Протокол).

² *Handyside v. the United Kingdom*, no. 5493/72, 7 December 1976, paras. 49—50.

³ См.: «Энимал дифендерс Интернэшнл против Соединенного Королевства» (*Animal Defenders International v. the United Kingdom* [G. C.]), № 48876/08, 22 апреля 2013 г., § 115—116.

⁴ См., например, «Морис против Франции» (*Maurice v. France* [G. C.]), № 11810/03, 6 октября 2005 г., § 117, и «Хаттон и другие против Соединенного Королевства» (*Hatton and Others v. the United Kingdom* [G. C.]), № 36022/97, 8 июля 2003 г., § 97.

⁵ См. в связи с этим также первое консультативное заключение в соответствии с Протоколом № 16, касающееся признания во внутреннем праве законных отношений между ребенком, рожденным в результате гестационного суррогатного материнства за границей, и предполагаемой матерью, № P16-2018-1, 10 апреля 2019 г., § 43—45 и 51—55.

но установить справедливый баланс между конкурирующими правами по Конвенции, оно извлекает выгоду из определенной широты дискреционных полномочий, которая, однако, идет рука об руку с европейским надзором, охватывающим как законодательство, так и решения, применяющие его. При осуществлении своей надзорной функции задача Суда заключается в рассмотрении в свете дела в целом вопроса о том, совместимы ли решения, принятые национальными судами в соответствии с их дискреционными полномочиями, с положениями Конвенции, на которые они опираются. В тех случаях, когда такая балансировка проводится национальными властями в соответствии с критериями, изложенными в прецедентном праве Суда, Суду потребуются веские основания для того, чтобы заменить свое собственное мнение на мнение национальных судов¹.

Для того чтобы помочь национальным судам сбалансировать право на свободу выражения мнений в соответствии со ст. 10 и право на уважение частной жизни согласно ст. 8, Суд определил несколько важных критериев: вклад в обсуждение, представляющее общественный интерес; степень, в которой затрагиваемое лицо известно; предмет сообщения; метод получения информации и ее достоверность; предшествующее поведение соответствующего лица; содержание, форма и последствия публикации; строгость введенной санкции².

Кроме того, в отношении публикаций в прессе Суд неоднократно подчеркивал ту важную функцию, которую пресса выполняет в демократическом обществе. Хотя пресса не должна выходить за определенные рамки, ее функция заключается в распространении информации и идей по всем вопросам, представляющим общественный интерес, с тем чтобы она могла выполнять свою жизненно важную роль «общественного контроля». Кроме того, Суд постановил, что свобода журналистов также охватывает возможное использование в определенной степени преувеличения или даже провокаций. Вместе с тем осуществление свободы выражения мнений сопряжено с обязанностями, которые приобретают важное значение, когда возникает вопрос о нападении на репутацию частных лиц и подрыве прав других лиц. Таким образом, гарантии, предоставляемые журналистам в соответствии со ст. 10 в отношении освещения

¹ См. дело *Hannover*, § 104—107; см. также: «Кудерк и компания “Ашетт Филиппакки ассосье” против Франции» (*Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [G. C.]), № 40454/07, 10 ноября 2015 г., § 90—92.

² См.: «Аксель Шпрингер АГ против Германии» (*Axel Springer AG v. Germany* [G. C.]), № 39954/08, 7 февраля 2012 г., § 95—98; *Von Hannover*, § 108—113; см. также «“Новая Газета” и Милашина против России» (*Novaya Gazeta and Milashina v. Russia*), № 45083/06, 3 октября 2017 г., § 60—75.

вопросов, представляющих общий интерес, зависят от добросовестности их действий в области предоставления точной и надежной информации в соответствии с журналистской этикой¹. Данные этические требования, на наш взгляд, должны применяться не только к журналистам, но и к другим лицам или организациям, таким как неправительственные организации, которые привлекают внимание к вопросам, представляющим общественный интерес, и в связи с этим выполняют роль «общественного наблюдателя», т. е. являются столь же важными, как и пресса².

2. Ношение религиозных символов или одежды (ст. 9). В деле «Лейла Шахин против Турции»³, касающемся запрещения ношения исламского платка в университете, Суд, ссылаясь на широту дискреционных полномочий, отметил, что во всей Европе не представляется возможным выявить единую концепцию значимости религии в обществе, а значение или воздействие публичного выражения религиозных убеждений будут различаться в зависимости от времени и контекста. Следовательно, правила в этой сфере будут варьироваться в зависимости от национальных традиций и требований, обусловленных необходимостью защиты прав и свобод других лиц и поддержания общественного порядка. Соответственно, выбор объема и формы таких норм неизбежно должен быть оставлен на усмотрение соответствующего государства, поскольку он будет зависеть от конкретного внутреннего контекста.

В деле «С. А. С. против Франции»⁴, касающемся запрета на публичное ношение одежды, предназначенной для сокрытия лица, Суд подчеркнул основополагающую вспомогательную роль механизма Конвенции в тех случаях, когда речь идет о взаимосвязи между государством и религией. Он вновь подтвердил, в частности, что национальные власти имеют прямую демократическую легитимизацию и в принципе более широкие возможности, чем международный суд, для оценки местных потребностей и условий. Что касается

¹ См.: «Эрла Хлынсдоттир против Исландии» (*Erla Hlynisdottir v. Iceland* (no. 3)), № 54145/10, 2 июня 2015 г., § 62—64; см. также: «Пентикайнен против Финляндии» (*Pentikäinen v. Finland* [G. C.]), № 11882/10, 20 октября 2015 г., § 89—91.

² См.: «Отделение исламской общины в Брчко и другие против Боснии и Герцеговины» (*Međžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* [G. C.]), № 17224/11, 27 июня 2017 г., § 86—87; см. также: Animal Defenders International, para. 103, и «Венгерский хельсинкский комитет против Венгрии» (*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [G. C.]), № 18030/11, 8 ноября 2016 г., § 166.

³ *Leyla Şahin v. Turkey* [G. C.], no. 44774/98, 10 November 2005, § 109; см. также: «Османоглу и Кочабаш против Швейцарии» (*Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*), № 29086/12, 10 января 2017 г., § 88.

⁴ *S. A. S. v. France* [G. C.], no. 43835/17, 1 July 2014, para. 129.

ст. 9 Конвенции, то государству следует предоставить широкие возможности для принятия решения о необходимости ограничения права исповедовать свою религию или убеждения и степень такого ограничения. В данном случае эти дискреционные полномочия не были ограничены европейским консенсусом, поскольку вопрос о публичном ношении одежды, полностью закрывающей лицо, не возникал в определенном числе государств-членов, где такая практика была необычной. Поэтому в Европе не существует консенсуса по вопросу о том, следует ли вводить общий запрет на ношение одежды, полностью закрывающей лицо, в общественных местах¹. В связи с этим следует подчеркнуть, что нереагирование на несуществующие проблемы в некоторых государствах-членах не может иметь никакой доказательной ценности. Доктрина консенсуса измеряет подходы и правовые решения, принятые в отношении аналогичных социально-политических дилемм, а не отсутствие таких правовых решений².

В деле «Хамидович против Боснии и Герцеговины»³ свидетель по уголовному делу был выслан из зала суда, впоследствии осужден за неуважение к суду и оштрафован за отказ снять шапку. Суд пришел к выводу о нарушении ст. 9, поскольку национальные власти превысили дискреционные полномочия, предоставленные им. Судья Ранзони не согласился с оценкой большинства по ряду причин⁴. Хотя он согласился с тем, что наказание, примененное к заявителю, представляет собой ограничение на проявление его религии, в решении, по его мнению, помимо того, что речь не идет о аргументах национальных судов, не было учтено несколько важных элементов при рассмотрении вопроса о вмешательстве государства. Ранзони подчеркнул, что в тех случаях, когда государству предоставляются широкие дискреционные полномочия, а национальные суды делают оценку, основанную на конкретном национальном контек-

¹ См.: *S. A. S. v. France*, para. 156.

² См.: *Draghici C. The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process?* // *Public Law*. 2017. P. 18–19. См. также: «Барбулеску против Румынии» (*Bărbulescu v. Romania* [G. C.]), № 61496/08, 5 сентября 2017 г., § 118; напротив, см., помимо прочего, особые мнения, приложенные к решениям по делам *S. A. S. v. France*, и «Дубска и Крейзова против Чешской Республики» (*Dubská and Krejzová v. the Czech Republic* [G. C.]), № 28859/11 и 28473/12, 15 ноября 2016 г.

³ *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, no. 57792/15, 5 December 2017.

⁴ См. особое мнение судьи Ранзони, приложенное к решению по делу *Hamidović*; в отношении «широты дискреционных полномочий» и «европейского консенсуса» см. также особое мнение судьи Ранзони, приложенное к решению по делу «А. П., Гарсон и Нико против Франции» (*A. P. Garçon and Nicot v. France*), № 79885/12, 52471/13 и 52596/13, 6 апреля 2017 г.

сте, с учетом прецедентного права Суда, потребуются веские причины для того, чтобы заменить мнение Суда мнением национально-го суда. В связи с этим он сослался, в частности, на решение по делу «Ндиди против Соединенного Королевства»¹, в котором Суд при применении ст. 8 постановил следующее:

«Требование о “европейском надзоре” не означает, что при определении того, обеспечивает ли оспариваемая мера справедливый баланс между соответствующими интересами, задача Суда обязательно заключается в том, чтобы вновь провести оценку соразмерности согласно статье 8. Напротив, в делах, связанных со статьей 8, Суд в целом понимал, что в тех случаях, когда независимые и беспристрастные национальные суды тщательно изучили факты, применяя соответствующие стандарты в области прав человека в соответствии с Конвенцией и ее прецедентным правом и надлежащим образом сбалансировали личные интересы заявителя и более широкие общественные интересы в деле, он не должен подменять свою собственную оценку существа дела (включая, в частности, свою собственную оценку фактических деталей соразмерности) оценкой компетентных национальных органов. Единственным исключением из этого являются случаи, когда доказано, что для этого имеются веские основания».

Если такая оценка, как в деле *Hamidović*, фактически проводилась независимыми и беспристрастными национальными судами на основе принципов Суда, должным образом учитывая конкретные обстоятельства дела и конкурирующие интересы, и если решение национальных судов было вполне понятным результатом этой оценки и оставалось в пределах дискреционных полномочий, предоставленных государству-члену в соответствии с соответствующим правом Конвенции, тогда их решение должно быть принято Страсбургским судом, тем более в случае, когда дискреционные полномочия являются бесспорно широкими.

5. Судебный активизм и судебное сдерживание.

Эта последняя тема не является самостоятельным вопросом, а неразрывно связана с большинством ранее обсуждавшихся концепций, презумпций, прецедентов (их изменений), учитывающих вопросы целостной оценки, субсидиарности, консенсуса и определяющих широту дискреционных полномочий. Судебная активность может быть охарактеризована как «неуклонное расширение прав человека на все более широком фронте»² или как явление, соответствующее

¹ *Ndidi v. the United Kingdom*, no. 41215/14, 14 September 2017, para. 76.

² *Wildhaber L. Rethinking the European Court of Human Rights* // *The European Court of Human Rights between Law and Politics*. OUP, 2011. P. 212.

«первостепенной роли Суда как инструмента, гармонизирующего защиту прав человека»¹. Напротив, судебное сдерживание может толковаться как означающее, что Суд должен «уважать здоровое разнообразие и признавать способность демократических обществ проводить различную политику в области прав человека при условии, что они уважают основные ценности Конвенции»² или что он должен прежде всего обеспечивать «вдохновение, руководящие принципы, минимальные стандарты и программу реалистичного идеализма и идеалистического реализма»³.

Два различных подхода отражают двойственность роли Суда. С одной стороны, он должен защищать основные права в максимально возможной степени, и он должен делать это динамичным и прогрессивным образом, а с другой стороны, он должен учитывать свою позицию наднационального суда для 47 различных государств, мнения которых по основополагающим вопросам могут резко различаться⁴. В этой ситуации Суд должен стремиться к обеспечению адекватного баланса между судебной активностью и сдержанностью при принятии решений. В связи с этим бывший заместитель Секретаря М. О'Бойл отметил: судьи должны сознавать, что они «действуют не в качестве членов конституционного суда с его широтой видения, а в качестве судей международного суда, руководствующегося конкретной философией юридического толкования», и «судебная сдержанность и знание надлежащих границ, которые должны соблюдаться международным судом, являются неотъемлемыми элементами обоснования права на широту дискреционных полномочий»⁵. Бывший судья П. Махони оправдал свою защиту судебной сдержанности, в частности сославшись на «неисчерпаемое культурное и идеологическое разнообразие государств-членов», и подчеркнул, что Страсбург должен действовать «как сила, способствующая сохранению этого “удивительного богатства” разнообразия, или, по крайней мере, не должен подрывать его, стремясь навязать жестко единообразные решения, применимые ко всем различным демократическим обществам, составляющим сообщество Конвенции»⁶. В отличие от этого

бывший судья К. Розакис утверждал, что Конвенция должна быть «инструментом или механизмом постепенного согласования защиты прав человека между государствами-участниками» и что разнообразие «должно быть исключением и ни в коей мере правилом»¹. Бывший судья Т. Бьёргвинссон даже утверждал, что, «увеличивая свою зависимость от дискреционных полномочий и ссылаясь в большей степени на демократический процесс в государствах-членах, иными словами, начав пытаться умиротворить самых плодотворных критиков Суда, будь то политических или судебных на национальном уровне, Суд рискует потерять свой моральный капитал»².

Такие опасения по поводу слишком ограниченного взгляда Суда следует воспринимать серьезно, они могут привести к применению чисто процедурного подхода. Однако мы бы согласились с тем, что судебная сдержанность в принципе «помогает сохранить систему конвенций на надежной основе, поскольку она защищает от проблем легитимности, перед которыми Страсбург может быть очень уязвим, что скажется в виде значительных издержек для его авторитета»³.

Разумеется, конкретный подход всегда должен зависеть от конкретных обстоятельств конкретного дела и ходатайства. Единогласного подхода нет, никакого решения типа «один размер для всех». В некоторых случаях Суд может применять более строгий подход, в частности при рассмотрении ходатайств о нарушении прав, не допускающих отступлений, которые относятся к числу основополагающих положений Конвенции, в то время как в других случаях может быть уместна большая сдержанность в зависимости от того, что поставлено на карту. В конечном счете, опять же говоря словами бывшего судьи П. Махони, «активность и сдержанность являются дополнительными компонентами методологии судебного подхода, присущими самому характеру Конвенции как международного договора, призванного обеспечить эффективную защиту прав человека и основных свобод»⁴.

Хотя в последние годы Суд, как представляется, проявлял большую сдержанность в судебном порядке, вступая в «возраст субсидиарности»⁵, все еще существуют различные мнения по этому вопросу.

¹ *Rozakis Ch.* Through the Looking Glass: An 'Insider's' View of the Margin of Appreciation, in: *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*. Dalloz, 2011. P. 537.

² *Bates E.* Activism and Self-Restraint: The Margin of Appreciation's Strasbourg Career... Its "Coming of Age" // 36. *HRLJ*. 2016. P. 276.

³ *Wildhaber L.* Op. cit. P. 212.

⁴ См.: *Gerards J. H.* Op. cit.

⁵ *O'Boyle M.* The Legitimacy of Strasbourg Review: Time for a Reality Check? // *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*. Dalloz, 2011. P. 495—496.

⁶ *Mahoney P.* Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism // *HRLJ*. 1998. P. 3—4.

¹ *Rozakis Ch.* Op. cit. P. 529.

² *Björgvinsson Th.* Interview // *Utrecht Journal of International and European Law*. 2015. P. 110.

³ *Bates E.* Op. cit. P. 276.

⁴ *Mahoney P.* Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin // *HRLJ*. 1990. P. 59.

⁵ *Spano R.* Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity // *HRLR*. 2014. P. 487.

Этот плюрализм находит отражение в некоторых отдельных заключениях, вынесенных по делам Палаты и Большой палаты, которые нам хотелось бы обсудить. Ограничимся тремя аспектами, которые регулярно приводят к расходящимся позициям в отношении подхода Суда и, следовательно, к отдельным мнениям.

1. Прямые обязательства. Статья 1 Конвенции содержит двойное обязательство для договаривающихся сторон. С одной стороны, существует негативное обязательство не нарушать права, защищаемые Конвенцией, а с другой стороны, существует позитивное обязательство обеспечить, чтобы эти права гарантировались тем, кто находится под юрисдикцией государств-членов. Последний аспект касается ответственности государств за нарушения прав человека, совершенные в пределах его юрисдикции частными лицами. Такие позитивные обязательства были признаны Судом в соответствии с большинством положений Конвенции, однако остается вопрос о том, каким образом должны быть определены пределы¹.

Дело «Фернандеш де Оливейра против Португалии»² касалось характера существенных обязательств по ст. 2 в ситуации добровольного психиатрического стационара. Взрослый сын заявителя имел серьезные психические заболевания, а также зависимость от алкоголя и рецептурных лекарств. Несколько раз он был госпитализирован на добровольной основе в психиатрическую больницу. Во время последнего пребывания он покинул больницу без разрешения и покончил жизнь самоубийством.

Большая палата разъяснила содержание позитивных обязательств государства в отношении оказания помощи психиатрическим пациентам с суицидальными наклонностями в больнице. Что касается медицинской халатности (см. дело «Лопеш де Соуза Фернандеш против Португалии»³), Суд подтвердил, что государство несет позитивное обязательство создать эффективную нормативно-правовую базу, обязывающую больницы принимать надлежащие меры по защите жизни пациентов. Это налагает — при определенных обстоятельствах — позитивное обязательство принимать превентивные оперативные меры для защиты лица от преступных действий других лиц и от него самого, обязательство, применимое также к случаям, касающимся задержанных лиц и недобровольно госпитализированных психически больных, что в деле *Fernandes de Oliveira* было распространено на добровольных пациентов. Суд выделил и пере-

числил факторы, которые, как указано в прецедентном праве, имели отношение к применению необходимого критерия — так называемого теста Османа¹ — и оценке риска самоубийства задержанного, и в итоге не обнаружил нарушения ст. 2, поскольку не было установлено «реального и немедленного риска». Меньшинство не согласилось, в частности потому, что «мнение большинства *придерживается идеологически мотивированного* минималистского подхода к позитивным обязательствам государства в сфере здравоохранения, на этот раз в отношении особенно уязвимой категории психиатрических стационаров, находящихся под контролем государства. Последствия [заключались] в снижении уровня защиты, предусмотренной Конвенцией, до недопустимого уровня инерции государств»².

Позитивные обязательства государств вступают в силу, в частности, в соответствии со ст. 8. Основная цель этого положения заключается в защите от произвольного вмешательства государственного органа в частную и семейную жизнь, жилище и переписку. Это обязательство носит классический негативный характер, что охарактеризовано Судом как основной объект ст. 8. Однако это положение не просто вынуждает государство воздерживаться от такого вмешательства. Государства-члены также несут позитивные обязательства по обеспечению соблюдения прав, предусмотренных в ст. 8, даже между частными сторонами³. Эти обязательства могут включать принятие мер, направленных на обеспечение уважения частной жизни, в том числе в сфере отношений между отдельными лицами⁴. Однако вопрос заключается в том, насколько далеко идут эти обязательства. Это возвращает нас к той мере, в которой государства-члены ощущают свою ответственность за выполнение своих позитивных обязательств, и к широте дискреционных полномочий.

Суд рассматривал позитивные обязательства по ст. 8 в большом количестве дел. В качестве примеров хотелось бы упомянуть три решения, одно из которых было вынесено в 2003 г. и два недавних решения — соответственно в 2017 и 2019 гг.

¹ См.: «Осман против Соединенного Королевства» (*Osman v. the United Kingdom* [G. C.]), № 23452/94, 28 октября 1998 г.

² Отдельное мнение судьи Пинто де Альбукерке, к которому присоединился судья Арутюнян, приложенное к решению по делу *Fernandes de Oliveira*; см. также отдельные мнения, приложенные к решению по делу *Lopes de Sousa Fernandes*.

³ См. дело *Bărbulescu*, paras. 108—111; см. также: «Лозовые против России» (*Lozovyye v. Russia*), № 4587/09, 24 апреля 2018 г., § 36.

⁴ См.: «Эванс против Соединенного Королевства» (*Evans v. the United Kingdom* [G. C.]), № 6339/05, 10 апреля 2007 г., § 75; «Лопес Рыбальда и другие против Испании» (*López Ribalda and Others v. Spain* [G. C.]), № 1874/13 и 8567/13, 17 октября 2019 г., § 110.

¹ См.: *Jacobs, White & Ovey*. The European Convention on Human Rights. 6th ed. P. 86, 103.

² *Fernandes de Oliveira v. Portugal* [G. C.], no. 78103/14, 31 January 2019.

³ *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [G. C.], no. 56080/13, 19 December 2017.

В деле «Хаттон и другие против против Соединенного Королевства» заявители, которые жили вблизи аэропорта Хитроу, жаловались на то, что с 1993 г. уровень шума от взлета и посадки самолетов в ночное время существенно возрос, в результате чего они и их семьи испытывали значительные нарушения сна. Большая палата постановила, что государства в принципе оставляют выбор между различными путями и средствами выполнения своих обязательств и что надзорная функция Суда, будучи вспомогательной по своему характеру, ограничивается рассмотрением вопроса о том, можно ли считать конкретное принятое решение справедливо сбалансированным. Несогласные в этом деле заявили, что «когда речь заходит о таких интимных личных ситуациях, как постоянное нарушение сна ночью в результате шума, на государство возлагается позитивная обязанность по обеспечению, насколько это возможно, нормальных условий сна обычным людям». Они утверждали, что пределы оценки со стороны государства были сужены в силу основополагающего характера права на сон, «которое может перевешиваться лишь реальными, насущными (если не неотложными) потребностями государства»¹.

В деле «Барбулеску против Румынии» работодатель запретил личную деятельность на рабочем месте и следил за электронными сообщениями заявителя. Поскольку некоторые из этих сообщений были личными и даже интимными, заявитель был уволен за использование ресурсов компании в личных целях. В соответствии со ст. 8 заявитель жаловался на нарушение его права на уважение его личной жизни и переписки. Основной вопрос, стоявший перед Судом, заключается в том, выполнило ли государство свое позитивное обязательство обеспечить соблюдение прав заявителя по ст. 8 на рабочем месте. Большая палата представила подробный перечень факторов, по которым следует оценивать соблюдение этого позитивного обязательства. В итоге Суд пришел к выводу о том, что национальные суды не применяли большинство из этих критериев и, несмотря на широту дискреционных полномочий государства, не смогли установить справедливый баланс между затрагиваемыми интересами. Напротив, несогласные судьи утверждали², во-первых, что выбор мер, направленных на обеспечение уважения частной жизни в соответствии со ст. 8, даже в сфере отношений между отдельными лицами, в пер-

¹ Совместное несогласное мнение судей Коста, Ресс, Тюрмен, Жупанчич и Штайнер, приложенное к решению по делу *Hatton and Others*.

² Совместное несогласное мнение судей Раймонди, Кьелбро, Митса, Моуру-Викстрем и Эйке, приложенное к решению по делу *Bărbulescu*.

вую очередь относится к договаривающимся государствам и, во-вторых, меры, принятые государством, должны в принципе принимать форму лишь «адекватной правовой основы», обеспечивающей защиту потерпевшего. Они пришли к выводу о том, что права заявителя по ст. 8 не были нарушены.

Решение по делу «Странд Лоббен и другие против Норвегии»¹ касалось недостатков в процессе принятия решений внутри страны относительно лишения родительских прав матери и разрешения усыновления ее сына. Большая палата разъяснила принципы, касающиеся позитивного обязательства принимать меры по содействию воссоединению семей в кратчайшие разумные сроки, с учетом условия, что оно является сбалансированным с обязанностью учитывать наилучшим образом интересы ребенка. Несколько совпадающих и несогласных мнений относились, в частности, к масштабам позитивных обязательств с различных точек зрения, некоторые судьи пришли к выводу о том, что позитивные обязательства государства в рассматриваемом деле были более широкими², в то время как другие «не могли обнаружить достаточные основания для того, чтобы Суд пришел к выводу о том, что в конкретных обстоятельствах дела усилия были ошибочными или [должны были рассматриваться] как неоправданное непринятие мер по воссоединению ребенка с его биологической семьей»³.

2. Юрисдикция суда. Дело «Найт-Лиман против Швейцарии»⁴ касается вопроса о том, обязаны ли национальные суды в соответствии с международным правом принимать иски о возмещении ущерба со стороны жертв пыток, совершенных за пределами территории третьим государством или под его юрисдикцией. Заявитель утверждал, что он был задержан и подвергнут пыткам в Тунисе в 1992 г. по приказу тогдашнего министра внутренних дел. В 1995 г. ему было предоставлено политическое убежище в Швейцарии, а в 2004 г. он возбудил в Швейцарии дело против Туниса и министра внутренних дел о компенсации морального ущерба, причиненного в результате предполагаемых актов пыток. Швейцарские суды отказались рассматривать иск, поскольку они не обладали юрисдикцией в рамках «суда крайней необходимости».

¹ *Strand Lobben and Others v. Norway* [G. C.], no. 37283/13, 10 September 2019.

² См. совпадающее мнение судьи Ранзони, к которому присоединились судьи Юдковская, Кюри, Арутюнян, Паскоалай и Чантурия, приложенное к решению по делу *Strand Lobben and Others*.

³ См. совместное несогласное мнение судей Кьелбро, Полацкова, Коскело и Норден, приложенное к решению по делу *Strand Lobben and Others*.

⁴ *Nait-Liman v. Switzerland* [G. C.], no. 51357/07, 15 March 2018.

Большая палата постановила, что не существует ни международной обычной нормы, закрепляющей концепцию «суда крайней необходимости», ни какого-либо международного договорного обязательства, предусматривающего это. В отсутствие требования, налагаемого международным правом, оно предоставляет государству-ответчику широкие дискреционные полномочия. Большая палата сделала вывод о том, что толкование швейцарскими судами внутреннего законодательства об отклонении иска заявителя не превысило этого предела, их решение не было несоразмерным преследуемым законным целям, в результате чего ст. 6 Конвенции не была нарушена. В одном из особых мнений, напротив, было указано, что в решении «слишком большое значение придается принципу невмешательства». Делалась ссылка, в частности, на Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 г., которая, по мнению несогласных, налагает позитивные обязательства на соответствующее государство, требует от государства «своевременного и надлежащим и последовательным образом выполнять законодательные обещания, которые оно дало в отношении определенных прав» и дает жертве законное ожидание получения компенсации от государства-ответчика. Отмечалось, что «либеральный подход создает прочную основу для признания, уважения и защиты основных прав во всех областях, включая универсальную юрисдикцию»¹.

Еще одним аспектом юрисдикции, в отношении которого часто высказываются мнения, является принцип территориальности согласно ст. 1 Конвенции и исключения из нее, в частности юрисдикция «активного» государства на основании его военных действий за пределами его территории. Этот аспект касается также сложной взаимосвязи между стандартами в области прав человека, применяемыми на территории государства, и их применением за пределами этой территории, в частности за пределами европейской территории, а также вопроса о «неделимости прав человека» или «универсальности прав человека». Не вдаваясь в подробности прецедентного права Суда по этому вопросу, ограничимся ссылкой на некоторые дела, такие как «Аль-Скейни и другие против Соединенного Королевства», «Хассан против Соединенного Королевства» и «Жалуд против Нидерландов»². Отдельные мнения, приложенные

к этим решениям, свидетельствуют по крайней мере в определенной степени о различиях в подходах между судебным активизмом и сдерживанием.

3. Общая оценка справедливости против автоматического нарушения конкретных прав на справедливый суд. Целостная оценка Суда в соответствии со ст. 6, уже упомянутая выше, часто критиковалась не только внешними комментаторами, но и в рамках Суда в различных отдельных заключениях, прилагаемых к решениям Большой палаты, таким как «Ибрагим и другие против Соединенного Королевства», «Симеоновы против Болгарии», «Муртазалиева против России» и «Без против Бельгии». В деле *Ibrahim* судьи из числа меньшинства утверждали, в частности, что, даже если права, предусмотренные в п. 3 ст. 6, являются конкретными аспектами права на справедливое судебное разбирательство, могут иметь место случаи невосполнимого ущерба этой справедливости, который исключает справедливость в целом. В связи с этим использование инкриминирующих заявлений, сделанных в отсутствие адвоката для вынесения обвинительного приговора, представляет собой невосполнимый ущерб правам защиты, что имеет решающее значение для общей справедливости судебного разбирательства *per se*¹. Несмотря на разъяснение подхода Суда в деле *Ibrahim*, в последующем деле *Simeonovi* один судья по-прежнему не согласился с необходимостью проведения общей оценки справедливости, заявив, что позитивное обязательство государства гарантировать право заявителя не быть лишенным доступа к адвокату «должно охватывать и применять на всех этапах обеспечения гарантий, изложенных в статье 6»². По делу *Murtazaliyeva* один из несогласных пришел к выводу, что дело могло бы стать «золотым поводом для того, чтобы принцип незамедлительности вновь нашел свое место в судебной практике», однако анализ общих принципов справедливости судебного разбирательства привел к его логической, философской и юридической критике³. И наконец, в совпадающем мнении по делу *Beuze* некоторые судьи заявили, что аргументация большинства «уменьшает значение минимальных прав или гарантий, содержащихся в пункте 3 статьи 6 Конвенции, независимо от того, понимаются ли они как независимые права или просто как грань права

¹ См. совместное частично несогласное мнение судей Шайо, Каракаш, Лазаровой-Трайковска и де Гаэтано, приложенное к решению по делу *Ibrahim and Others*.

² См. частично несогласное мнение судьи Сергидеса, приложенное к решению по делу *Simeonovi*.

³ См. особое мнение судьи Пинто де Альбукерке, приложенное к решению по делу *Murtazaliyeva*.

¹ См. особое мнение судьи Дедова, приложенное к решению по делу *Nait-Liman*.

² *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [G. C.], no. 55721/07, 7 July 2011; *Hassan v. the United Kingdom* [G. C.], no. 29750/09, 16 September 2014; *Jaloud v. the Netherlands* [G. C.], no. 47708/08, 20 November 2014.

на справедливое судебное разбирательство или надлежащее судебное разбирательство»¹. Они сослались на решение по делу *Salduz*, в котором это истолковывалось так: «Судебное разбирательство в целом автоматически определяется как несправедливое при соблюдении определенных условий».

Заключение. Независимо от того, выступаем мы за судебную активность или сдержанность, несомненно, что Суд, как выразился бывший председатель Л. Вильдхабер, находится в «неумолимой зависимости от различных национальных судов, парламентов и правительств и во взаимозависимости с ними»². Это то, что в последние годы называлось постоянным судебным диалогом с национальными властями, в частности с национальными судебными органами, который Суд проводит в различных формах, прежде всего в рамках своей судебной практики. Этот диалог находит отражение во всех концепциях, рассматриваемых в настоящем параграфе, будь то нормы, касающиеся бремени доказывания, изменения в прецедентном праве, оценки справедливости внутреннего производства «в целом» или принципа субсидиарности, наиболее важной доктриной которого является широта дискреционных полномочий.

Однако диалог между судебными органами — это не улица с односторонним движением. Система Конвенции может выполнять свою цель, изложенную в ст. 1, которая заключается в обеспечении каждому человеку, находящемуся под ее юрисдикцией, прав и свобод, определенных в этой Конвенции и Протоколах к ней, только в том случае, если договаривающиеся государства в соответствии со ст. 46 фактически соблюдают решения Суда, должным образом реализуют свои выводы и применяют эффективные процедуры для рассмотрения дел в соответствии с прецедентным правом Суда по ходатайствам о предполагаемых нарушениях прав человека.

В качестве одного из примеров судебного диалога с национальными судебными органами в форме судебной аргументации и реализации решения можно было бы упомянуть прецедентное право Суда по вопросу о превентивном задержании в Германии. Реформа внутренней системы предварительного заключения сопровождалась, рассматривалась и утверждалась сначала рядом решений Палаты, а затем самой Большой палатой. Это, как признало само правительство Германии, модель успешного диалога и сотрудничества между Судом и национальным верховным судом в целях усиления защиты ос-

новных прав в Европе¹. Еще одним примером такого судебного диалога является пересмотр в Соединенном Королевстве пожизненных приговоров, в связи с чем Суд ранее установил, что внутреннее законодательство является неясным, и это несоответствие было впоследствии устранено на национальном уровне, что повлекло за собой решение Большой палаты об объявлении внутреннего пересмотра, совместимого с Конвенцией². В связи с этим Суд счел, что национальная юрисдикция сделала необходимые выводы из предыдущего решения и, уточнив внутреннее законодательство, рассмотрела причину нарушения Конвенции.

Несмотря на эти и многие другие хорошие примеры судебной аргументации и судебного диалога с национальными судами, работа Суда по-прежнему затруднена в деле защиты прав человека и основных свобод. Субсидиарность системы Конвенции и авторитет Суда как наднационального суда в значительной степени зависят также от доброй воли государств-членов и их приверженности эффективному осуществлению предусмотренных Конвенцией гарантий в их внутренней правовой системе.

Кроме того, как уже отмечалось в 2009 г., «весьма казуистический подход Суда к судебной практике и индивидуальной балансировке представляется хорошим выбором с точки зрения эффективной защиты основных прав и уважения позиции национальных властей, однако, как представляется, этот подход не соответствует растущему спросу на ясность и предсказуемость. Сам Суд отреагировал на это тем, что разработал более общий, конституционный подход в некоторых областях, однако баланс между предоставлением индивидуальной помощи и ролью конституционного суда представляется весьма проблематичным»³.

Поэтому Суд должен постоянно анализировать и адаптировать методологический подход и продолжать совершенствовать свою правовую аргументацию, а также судебный диалог и сотрудничество с национальными судебными органами. В то же время он должен также продолжать приспосабливать свою юриспруденцию к изменяющимся обстоятельствам, в частности к социальным событиям, поскольку ничто не является столь постоянным, как перемены. Однако роль Суда заключается не в инициировании социальных из-

¹ См.: «Ильнзеер против Германии» (*Ilseher v. Germany* [G. C.]), № 10211/12 и 27505/14, 4 декабря 2018 г., § 194 и 224, со ссылками на другие соответствующие решения Палаты.

² См.: «Хатчинсон против Соединенного Королевства» (*Hutchinson v. the United Kingdom* [G. C.]), № 57592/08, 17 января 2017 г., со ссылками на предыдущие решения.

³ *Gerards J. H.* Op. cit.

¹ См. совместное совпадающее мнение судей Юдковской, Вучинича, Туркович и Хусейнова, приложенное к решению по делу *Beuze*.

² *Wildhaber L.* Op. cit. P. 212.

менений. Согласимся, что «смысл эволюционного толкования, как он задуман Судом, заключается в том, чтобы сопровождать и даже направлять изменения...; речь идет не о предвосхищении изменений, тем более о попытках их навязать»¹. Страсбургский Суд должен скорее давать адекватные ответы на конкретные вопросы, поднятые с точки зрения Европейской конвенции о правах человека как живого инструмента в процессе постоянного взаимодействия международного механизма и национальных правовых систем.

Глава V. Процессуальные условия формирования судебных доктрин

§ 1. Значение мотивированности судебного акта в контексте доктрины законности и обоснованности в процессуальном праве

Конституция РФ гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод и возможность обжалования в суд решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц (ч. 1 и 2 ст. 46). По смыслу ст. 1 (ч. 1), 2, 4 (ч. 2), 15, 17—19 и 118 (ч. 1) Конституции РФ в Российской Федерации право каждого на судебную защиту, относящееся к основным, неотчуждаемым правам и свободам человека, одновременно выступает гарантией всех других прав и свобод, предполагая *эффективное пресечение правонарушения и восстановление нарушенных прав посредством правосудия*.

Содержание права на судебную защиту включает не только правомочие лица на обращение в суд, но и возможность получения им реальной судебной защиты в форме восстановления его нарушенных прав и свобод. При этом требуется соблюдение законодательных предписаний, которые в виде общего правила (в нормативной форме) определяют, в каком суде и в соответствии с какой процедурой подлежит рассмотрению конкретное дело, что позволяет суду (судье), сторонам, другим участникам процесса, а также иным заинтересованным лицам избежать правовой неопределенности в этом вопросе. Важнейшим же постулатом становится требование, которому должны отвечать все принимаемые судом акты, — требование *законности и обоснованности*, прямо закрепленное в российских процессуальных кодексах (ч. 4 ст. 15 АПК РФ, п. 1 ст. 195 и ч. 4 ст. 198 ГПК РФ, ч. 1 ст. 176 и ч. 4 ст. 180 КАС РФ), раскрываемое в доктринальных источниках, а также в актах Европейского Суда по правам человека¹.

1. *Законным* судебный акт признается в том случае, если, во-первых, акт принят компетентным, т. е. легитимным, судом, созданным

¹ См. совместное частично несогласное мнение судей Касадэваля, Зиемеле, Ковлера, Йочиенэ, Сикуты, де Гаэтано и Сисилианоса, приложенное к решению по делу «Х и другие против Австрии» (*X and Others v. Austria* [G. C.]), № 19010/07, 19 февраля 2013 г., а также совпадающее мнение судьи Сисилианоса, к которому присоединился судья Раймонди, приложенное к решению *Magyar Helsinki Bizottság*.

¹ Подробнее см.: Глазкова М. Е. Применение европейских стандартов отправления правосудия в российском арбитражном процессе. М.: ИЗиСП: Анкил, 2012.

на основании закона¹, причем выражение «созданный на основании закона» охватывает не только правовую основу самого создания и существования суда, но и выполнение судом конкретных правил, которые регулируют его деятельность². Во-вторых, для соблюдения обозначенного требования необходимо, чтобы судебный акт был принят при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, с применением в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права³.

Среди последствий несоблюдения указанных требований можно упомянуть следующие. Нарушение правил об определении компетентного суда будет являться основанием для отмены судебного акта, что уже находило подтверждение в судебной практике⁴. В поддержку данного вывода можно сослаться на п. 3 определения Конституционного Суда РФ от 15 января 2009 г. № 144-О-П, в котором указывается, что, несмотря на то, что в положениях процессуального кодекса не содержится прямого указания на несоблюдение правил подсудности как на основание для отмены судебного акта в апелляционном, кассационном и надзорном порядке, решение, принятое с нарушением правил подсудности, не может быть признано правильным. Это объясняется тем, что вопреки ст. 47 (ч. 1) Конституции РФ, закрепляющей право каждого на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, а также ст. 56 (ч. 3) Конституции РФ, не допускающей ограничение этого права ни при каких обстоятельствах, судебный акт в итоге принимается судом, не уполномоченным в силу закона на рассмотрение данного дела. Это, по мнению Конституционного Суда РФ, является существенным (фундаментальным) нарушением, влияющим на исход дела и искажающим саму суть правосудия⁵.

Отметим, что разрешение дела с нарушением правил подсудности не соответствует и требованию справедливости (справедливого правосудия). Это связано с тем, что суд, не уполномоченный на рассмотрение того или иного конкретного дела, не является *законным судом* по смыслу ст. 46 (ч. 1) и 47 (ч. 1) Конституции РФ и соответствующих общепризнанных принципов и норм международного права. Вследствие этого принятые в результате такого разбирательства судебные акты не обеспечивают гарантии прав и свобод в сфере правосудия.

¹ См.: *Lavents v. Latvia*, no. 58442/00, 28 November 2002, para. 81.

² См.: *Sokurenko and Strygun v. Ukraine*, nos. 29458/04 and 29465/04, 20 July 2006, para. 24.

³ См. п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебном решении».

⁴ См., например, постановление Арбитражного суда Московского округа от 19 марта 2019 г. № Ф05-923/2019 по делу № А40-68541/2018.

⁵ См. также определение Конституционного Суда РФ от 3 июля 2007 г. № 623-О-П.

Нарушение или неправильное применение норм процессуального или норм материального права (неприменение закона, подлежащего применению; применение закона, не подлежащего применению; неправильное истолкование закона) также будут являться основаниями для отмены судебного акта (ст. 270 АПК РФ, ст. 330 ГПК РФ, ст. 310 КАС РФ). При этом согласно сложившимся в доктрине подходам неправильным применением норм права считается в том числе неправильное истолкование судом закона без учета правовой позиции, содержащейся в постановлениях Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Президиума Верховного Суда РФ.

Раскрывая последнее заключение, надо заметить следующее. В силу ст. 6 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» постановления Конституционного Суда РФ 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. Вследствие этого отсутствие в нормах процессуальных кодексов прямого указания на обязанность суда при рассмотрении и разрешении гражданского дела учитывать постановления Конституционного Суда РФ не порождает неопределенности ни с точки зрения порядка их применения, ни с точки зрения соответствия их Конституции РФ. При этом Конституционный Суд РФ в своих актах неоднократно акцентировал внимание на различных аспектах вынесения им судебных актов. Например, в случае признания нормативного правового акта или отдельных его положений не соответствующими Конституции РФ с момента принятия Конституционным Судом РФ постановления запрещается применение такого акта (его положений) в ходе рассмотрения конкретного дела или реализация каким-либо иным способом нормативного правового акта (его положений), равно как и их применение в истолковании, расходящемся с их конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным Судом РФ в этом постановлении¹.

Применительно к разъяснениям Верховного Суда РФ, даваемым в форме постановлений Пленума или Президиума, Конституционный Суд РФ неоднократно обращал внимание на ряд моментов.

Суд общей юрисдикции или арбитражный суд, в силу ст. 120 Конституции РФ самостоятельно решая вопрос, подлежит ли та или

¹ Данная позиция высказана Конституционным Судом РФ в постановлении от 8 ноября 2012 г. № 25-П, определении от 24 марта 2015 г. № 603-О, постановлении от 27 февраля 2003 г. № 1-П, постановлении от 21 апреля 2003 г. № 6-П.

иная норма применению в рассматриваемом им деле, уясняет смысл нормы, т. е. осуществляет ее казуальное толкование. При этом, вынося решение по делу, суд связан требованием единства практики применения норм законодательства всеми судами, что обусловлено балансом конституционных принципов независимости судей при осуществлении правосудия (ст. 120 (ч. 1) Конституции РФ), верховенства Конституции РФ и федеральных законов в российской правовой системе, а также равенства всех перед законом и судом (ч. 2 ст. 4; ч. 1 и 2 ст. 15; ч. 1 ст. 19 Конституции РФ).

Статья 126 Конституции РФ, конкретизированная в п. 1 ч. 4 ст. 14 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», легализует правомочие Пленума Верховного Суда РФ давать судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства РФ в целях обеспечения единства судебной практики, поддержание единообразия в толковании и применении судами норм права. С помощью таких разъяснений, основанных на выявлении более сложной взаимосвязи правовых предписаний в их действии по кругу лиц, во времени и в пространстве, достигается необходимая степень определенности правового регулирования. Конечной целью подобных разъяснений является устранение неопределенности нормы, обеспечение ее однозначного истолкования и единообразного применения, в том числе при необходимости адекватного и своевременного приспособления регулирующей роли нормы в единстве ее буквы и духа к той или иной сфере общественных отношений в их динамике.

Обозначенное правомочие Верховного Суда РФ является одним из элементов конституционного механизма охраны единства и непротиворечивости российской правовой системы, который основан на предписаниях ст. 15 (ч. 1), 17, 18, 19 и 120 Конституции РФ. Его реализация в процессуальной форме обеспечивается установленной законом возможностью отмены судебных постановлений, в том числе в случае их расхождения с постановлениями Пленума Верховного Суда РФ, содержащими разъяснения по вопросам судебной практики. Соответственно, после принятия постановления Пленума Верховного Суда РФ, в котором разъясняется смысл той или иной нормы права, применение судами в ходе рассмотрения дела этой нормы должно соотноситься с разъяснениями, данными в соответствующем постановлении. Иное же может свидетельствовать о судебной ошибке, допущенной при разрешении дела¹.

¹ Такой подход в настоящее время активно поддерживается в судебно-арбитражной практике (см., например, постановления Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 7 августа 2017 г. № Ф01-3071/2017 по делу № А11-4652/2016; Арбитражного суда Мо-

В соответствии со ст. 7 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации» в целях обеспечения единства судебной практики и законности Президиум Верховного Суда РФ наделен полномочиями по проверке в порядке надзора, а также посредством возобновления производства по новым и вновь открывшимся обстоятельствам вступивших в силу судебных актов. Указания Президиума Верховного Суда РФ о толковании закона являются обязательными для суда, вновь рассматривающего дело. Следует отметить, что определение (изменение) в постановлении Президиума Верховного Суда РФ практики применения правовой нормы в каком-то конкретном деле в связи с принятием судебного постановления, по которому подано заявление о пересмотре дела в порядке надзора, или в постановлении Президиума Верховного Суда РФ, вынесенном по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора, является основанием для пересмотра судебных постановлений по новым обстоятельствам. Вследствие сказанного правовые позиции Президиума Верховного Суда РФ, изложенные в принятых по конкретному делу судебных постановлениях, являются обязательными для судов, что обеспечивает единообразие в толковании и применении норм права и формирование единой судебной практики.

В настоящее время получила некоторое распространение идея квалификации в качестве «неправильного применения норм права» случаев истолкования судом норм закона без учета правовой позиции Верховного Суда РФ, выраженной им в акте, отличном от постановления Президиума или Пленума, что нашло отражение как при рассмотрении конкретных дел¹, так и в обзорах судебной практики. Оправдать такой подход можно ссылкой на правовую позицию Конституционного Суда РФ, согласно которой принцип юридического равенства применительно к реализации права на судебную защиту предполагает соблюдение требования, в силу которого однородные по своей юридической природе отношения должны регулироваться

сковского округа от 10 октября 2016 г. № Ф05-14003/2016 по делу № А40-169319/2015; Арбитражного суда Поволжского округа от 3 августа 2016 г. № Ф06-7662/2016 по делу № А55-23621/2014; Арбитражного суда Уральского округа от 26 декабря 2016 г. № Ф09-11584/16 по делу № А50-11839/2016; Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 7 июля 2017 г. № Ф04-2412/2017 по делу № А45-14412/2016; Шестого арбитражного апелляционного суда от 7 апреля 2017 г. № 06АП-1627/2017 по делу № А73-13619/2016 и т. д.).

¹ См., например, определение Верховного Суда РФ от 19 февраля 2018 г. № 303-КГ17-20407 по делу № А51-13978/2016, постановление Арбитражного суда Московского округа от 5 июня 2018 г. № Ф05-19306/2016 по делу № А40-17434/16.

одинаковым образом¹. По мнению Конституционного Суда РФ, любая дифференциация, приводящая к различиям в правах граждан в той или иной сфере правового регулирования, должна отвечать требованиям Конституции РФ, в соответствии с которыми такие различия допустимы, если они объективно оправданы, обоснованы и преследуют конституционно значимые цели, а для достижения этих целей используются соразмерные правовые средства.

Таким образом, недопустимым является отступление от правовой позиции, уже сформированной по делу с аналогичными обстоятельствами, если оно не продиктовано объективными, обоснованными фактами и конституционно значимыми целями (в первую очередь защитой нарушенных или оспариваемых прав граждан). Противоположный подход² приведет к тому, что лица, находящиеся в одинаковых юридических обстоятельствах, получат разные решения по аналогичным делам, а значит, права одного из этих лиц будут дискриминированы.

В данном контексте представляется верным упомянуть об инициативном законопроекте Верховного Суда РФ «О внесении изменений в ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ и отдельные законодательные акты РФ», который был представлен в Государственную Думу 6 февраля 2018 г. и получил неоднозначную оценку. Этот законопроект предполагал дополнение перечня новых обстоятельств, используемых в качестве основания для пересмотра судебного акта, что обосновывалось необходимостью расширения гарантий судебной защиты участвующих в деле лиц, обеспечения единообразного применения судами законодательства, а также реализации принципа правовой определенности. В качестве нового основания для пересмотра судебного акта предлагалось ввести *определение (изменение) в обзоре судебной практики, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ, практики применения правовой нормы*.

В заключении на этот законопроект Правительство РФ указало на его несоответствие правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в постановлении от 17 октября 2017 г. № 24-П. Исходя из толкования, данного Конституционным Судом РФ, к числу обязательных необходимо отнести позиции, содержащиеся в судебных актах, которые, во-первых, обладают свойствами окончательности, т. е. не могут быть в процессуальном порядке отменены или изменены, и, во-вторых, принимаются входящим в состав суда органом, чьи решения отражают правовую позицию суда в целом.

¹ См. постановления от 24 мая 2001 г. № 8-П, от 3 июня 2004 г. № 11-П, от 15 июня 2006 г. № 6-П, от 16 июня 2006 г. № 7-П, от 5 апреля 2007 г. № 5-П, от 25 марта 2008 г. № 6-П, от 26 февраля 2010 г. № 4-П и от 14 июля 2011 г. № 16-П.

² О значении судебной практики подробнее см.: Судебная практика в современной правовой системе России / Т. Я. Хабриева, В. В. Лазарев, А. В. Габов и др.; под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева.

Этим критериям отвечают только постановления Пленума и Президиума Верховного Суда РФ. В свою очередь, акты, выносимые судебными коллегиями Верховного Суда РФ по конкретным делам и даже включенные в вышеупомянутые обзоры, не могут рассматриваться как отражающие позицию высшего суда в целом. Иными словами, такие акты не обладают свойствами, присущими постановлениям Президиума Верховного Суда РФ по конкретным делам или постановлениям Пленума Верховного Суда РФ, вследствие чего не могут являться основанием для отмены по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных актов.

Такая позиция представляется обоснованной. И надо заметить, Верховный Суд РФ уточнил свой законопроект, исключив из него предложение о включении в перечень оснований для пересмотра судебного акта определение либо изменение практики применения правовой нормы в обзоре судебной практики Верховного Суда РФ, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ.

Вместе с тем правовые позиции, содержащиеся в обзорах судебной практики, являются значимыми для судов и должны учитываться ими, что подтверждается практикой ссылок на них самим Верховным Судом РФ¹ и оправдывается целью обеспечения единообразия судебной практики и определенности правового регулирования. Это справедливо и в отношении сохранивших силу судебных актов Высшего Арбитражного Суда РФ.

Исходя из изложенного, законным следует признать акт, принятый компетентным судом при условии соблюдения им норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, в том числе в их истолковании в постановлениях Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Президиума Верховного Суда РФ, с учетом правовых позиций Верховного Суда РФ, выраженных в определениях судебных коллегий (в том числе включенных в обзоры судебной практики).

2. *Обоснованным* судебный акт будет считаться в том случае, когда имеющие значение для дела факты подтверждены исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости и допустимости, или обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании, а также тогда, когда оно содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов. С учетом этого для принятия обоснованного судебного акта суду необходимо совершить ряд следующих действий:

¹ См., например, определение Верховного Суда РФ от 24 ноября 2017 г. № 301-ЭС17-17318 по делу № А29-3757/2012, определение Верховного Суда РФ от 13 февраля 2017 г. № 308-ЭС17-2181 по делу № А53-26575/2015 и др.

— во-первых, *определить обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела* (они определяются судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права);

— во-вторых, *оценить степень доказанности обстоятельств, имеющих значение для дела*, путем исследования доказательств в соответствии с правилами о доказательствах и доказывании (суд оценивает доказательства и их совокупность по своему внутреннему убеждению, однако это не предполагает возможность оценки судом доказательств произвольно и в противоречии с законом);

— в-третьих, *установить и оценить факты, имеющие значение для дела, в виде исчерпывающих выводов применительно к обстоятельствам дела* (результаты оценки суд должен указать в мотивировочной части судебного акта, в том числе доводы, по которым он отвергает те или иные доказательства или отдает предпочтение одним доказательствам перед другими).

Последствием несоблюдения указанных требований становится отмена судебного акта: так, нарушением требования обоснованности судебного акта, служащим основанием для его отмены, являются случаи неполного выяснения обстоятельств, имеющих значение для дела; недоказанности имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными; несоответствия выводов, изложенных в акте, обстоятельствам дела (п. 1 ст. 270 АПК РФ, ст. 330 ГПК РФ, ст. 310 КАС РФ). Это объясняется тем, что неправильная оценка доказательств и последующее неверное установление фактов приведут к применению материального закона к фактам, не соответствующим гипотезе нормы, и, следовательно, к незаконности решения¹.

С учетом сказанного обоснованным судебный акт будет считаться в случае полного выяснения судом обстоятельств, имеющих значение для дела; доказанности имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными; соответствия выводов, изложенных в акте, обстоятельствам дела.

3. В литературе обращается внимание на взаимосвязь обоснованности судебного акта с его мотивированностью. Причем данные понятия нередко не разграничивают, а иногда и смешивают. Но требование мотивированности судебного акта не тождественно требованию обоснованности судебного акта, чему могут быть представлены следующие пояснения.

Требование обоснованности судебных актов предполагает полное выяснение судом обстоятельств, имеющих значение для дела, признание их установленными при условии подтверждения относимы-

ми к делу и допустимыми доказательствами, а также соответствие формулируемых судом в решении выводов обстоятельствам дела. То есть исполнение данного требования направлено на *надлежащее выяснение судом вопросов факта*.

Требование мотивированности, в свою очередь, предполагает надлежащее отражение мотивов принимаемого решения в судебном акте-документе. *Мотивированным* судебный акт будет считаться в том случае, когда в нем указаны обстоятельства дела, установленные судом; доказательства, на которых основаны выводы суда об этих обстоятельствах; доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства; а также законы, которыми руководствовался суд. То есть *мотивировка судебного акта позволяет оценить как степень его законности, так и степень обоснованности*.

Таким образом, мотивированность как качество судебного акта позволяет отразить доводы и аргументы, положенные судом в основу судебного акта, оценку доказательств, толкование и применение законов, т. е. мотивированность равным образом связана как с обоснованностью, так и с законностью судебного акта¹. В литературе отмечается, что мотивировка — это «отражение логической, мыслительной деятельности суда при реализации в конкретном судебном акте требований законности и обоснованности, которые будут иметь надлежащий характер только тогда, когда в этих требованиях будет четко отражаться алгоритм рассуждений. Данный алгоритм судебной мыслительной деятельности по вопросам применения права, по вопросам оценки фактических обстоятельств дела, оценки доказательств и составляет такое качество судебного акта, как мотивированность»².

Проведенный анализ позволяет заключить, что требование мотивированности судебного акта преследует одновременно несколько целей. В качестве одной из них можно указать информирование сторон процесса, а впоследствии и всех иных лиц о соображениях суда, которыми он руководствовался при принятии решения (раскрытие итогов проведенного судом анализа и оценки доводов сторон). Другой целью мотивировки судебного акта является создание условий для полноценной проверки правильности судебного решения. В качестве еще одной из целей изложения мотивов в судебном акте признается самоконтроль судей, критическая оценка хода собственных умозаключений.

¹ См.: Пономаренко В. А. О месте мотивированности в системе требований, предъявляемых к судебному решению // Актуальные проблемы права России и стран СНГ. Ч. 2: Материалы VIII Международной научно-практической конференции. Челябинск, 2006. С. 552.

² Загайнова С. К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М., 2007. С. 301.

¹ См.: Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 90.

В совокупности с иными процессуальными институтами требования обоснованности и мотивированности судебного акта служат целям обеспечения справедливого судебного разбирательства¹, в части:

— *справедливости судопроизводства*², поскольку позволяют установить, что судом были равным образом заслушаны и оценены доводы каждой из сторон, им были обеспечены равные процессуальные возможности защиты;

— *публичности разбирательства*³, поскольку позволяют сторонам и всем заинтересованным лицам ознакомиться с мотивами и основаниями разрешения отдельного вопроса или дела в целом избранным судьей образом;

— *независимости судьи*⁴, поскольку позволяют оценить достаточность гарантий для исключения любых разумных сомнений в его беспристрастности

— *правовой определенности*⁵, поскольку позволяют оценить наличие либо отсутствие судебной ошибки при принятии решения;

¹ Подробнее о принципах справедливого судебного разбирательства см.: Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения / Т. Я. Хабриева, А. Я. Капустин, А. И. Ковлер и др.; под общ. ред. В. В. Лазарева. § 1 гл. V (авторы параграфа — М. А. Рожкова, М. Е. Глазкова, Е. Е. Баглаева).

² Данный принцип гарантирует обеспечение равных процессуальных возможностей обеих сторон, участвующих в деле. См. п. 205 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf); Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство (гражданско-правовой аспект) (Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. 2015. Вып. 1).

³ Данный принцип в толковании ЕСПЧ охватывает следующие требования: обеспечение возможности проведения судебного заседания при участии всех лиц, отстаивающих свои права в данном деле, а также лиц, заинтересованных в присутствии на судебном заседании, право сторон лично предстать перед судом и участвовать в устном слушании по крайней мере в суде первой инстанции, включая право на эффективное участие в слушаниях, т. е. не только возможность присутствовать в судебном заседании, но и реализовать все допускаемые законом средства защиты, публичное объявление судебного решения и обеспечение возможности ознакомления с ним любых заинтересованных лиц. См.: *Zagorodnikov v. Russia*, no. 66941/01, 7 June 2007; *Yakovlev v. Russia*, no. 72701/01, 15 March 2005.

⁴ Данный принцип гарантирует автономность суда от иных представителей государственной власти (в первую очередь исполнительной), от участвующих в деле лиц, от административных органов судебной системы (руководителей судов, иных лиц, имеющих организационно-управленческие полномочия). Субъективная (внутренняя) свобода суда от предубеждения, предвзятости или пристрастия при разрешении дела является еще одним требованием, соблюдение которого необходимо, чтобы судебное разбирательство считалось справедливым. См.: *Beaumartin v. France*, 24 November 1994, Series A no. 296-B, para. 38; *Sramek v. Austria*, 22 October 1984, Series A no. 84, para. 42; *Moskovets v. Russia*, 23 April 2009 no. 14370/03; *Petr Sevastyanov v. Russia*, 14 June 2011, no. 75911/01.

⁵ Поданным принципом принято понимать следующее: окончательный судебный акт может быть пересмотрен, только если это необходимо в обстоятельствах существен-

— *доступа к суду*¹, поскольку открывают заинтересованному лицу возможность реализовать право на обжалование судебного акта в последующие инстанции.

В развитие сказанного надо отметить, что в ряде постановлений ЕСПЧ назвал основные функции мотивированного решения: демонстрировать сторонам, что они были услышаны, предоставлять им возможность обжалования, а также возможность рассмотрения (проверки) решения апелляционным органом, обеспечивать общественный контроль за отправлением правосудия. Достаточное обоснование судебного акта отражает степень внимания суда к представленным на его рассмотрение обстоятельствам, аргументам и доказательствам, а в конечном счете иллюстрирует действительно произошедшее разбирательство дела. Только через вынесение обоснованного решения может осуществляться общественный контроль за отправлением правосудия².

Устоявшаяся практика ЕСПЧ прямо называет обязанностью национальных судов обоснование своих действий, с достаточной ясностью указание мотивов своих решений³.

При этом у судей сохраняется достаточная свобода выбора при оценке аргументов и представленных сторонами доказательств в каждом конкретном случае. Само требование о мотивированности судебных актов не предполагает обязанность суда давать подробный ответ на каждый аргумент⁴ — как таковой «объем» мотивировочной части судебного акта в отрыве от содержательного ее наполнения не имеет принципиального значения⁵. Но в то же время может быть признано нарушением права на справедливое судебное разбирательство игнорирование при принятии судебного акта решающих для исхода дела доводов любой из сторон⁶. Кроме того, в тех случа-

ного и неопровержимого характера, таких как судебная ошибка. См.: п. 115—117 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights (www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf); Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство (гражданско-правовой аспект).

¹ Данный принцип предполагает, что лицу не должны быть созданы какие-либо необоснованные препятствия для обращения в национальный компетентный суд за защитой нарушенных прав (в любую его инстанцию, при наличии). См.: *Nikolay Kozlov v. Russia*, no. 7531/05, 16 July 2015.

² См. *Hirvisaari v. Finland*, 27 September 2001, no. 49684/99, para. 30.

³ См.: *Garcia Ruiz v. Spain*, no. 30544/96; 1 July 2003; *Suominen v. Finland*, no. 37801/97, paras. 36—37; *Hadjianastassiou v. Greece*, no. 12945/87, 16 December 1992 и т. д.

⁴ См.: *Van de Hurk v. Netherlands*, 19 April 1994, Series A, no. 288. P. 20, para. 61; *Garcia Ruiz v. Spain*, para. 26; *Perez v. France*, para. 81.

⁵ См.: *Van de Hurk v. Netherlands*, 19 April 1994, no. 16034/90, Series A, no. 288. P. 20, para. 61.

⁶ См.: *Ruiz Torija v. Spain*, para. 30; *Hiro Balani v. Spain*, § 28; *Buzescu v. Romania*, para. 67, а также: Постановление Европейского Суда по делу «Кузнецов (Kuznetsov) и другие

ях, когда в доводах сторон речь идет о правах и свободах, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, национальные суды обязаны рассматривать их с особой тщательностью.

ЕСПЧ исходит из постулата, что национальный суд должен излагать мотивы принятия решения таким образом, чтобы стороны могли эффективно использовать имеющееся у них право на обжалование судебного акта¹. Причем, отклоняя жалобу, апелляционный суд в принципе может ограничиться принятием мотивов вынесенного решения. Но даже если вышестоящий суд согласен с мотивами, ставшими основанием для решения нижестоящего суда, он обязан рассмотреть поставленные перед ним существенные вопросы, а не просто поддержать без каких-либо пояснений ранее сделанные выводы².

С учетом сказанного можно заключить, что требование мотивированности судебного акта является важнейшей гарантией, призванной продемонстрировать степень процессуальной справедливости и обеспечить надлежащее отправление правосудия.

В контексте изложенного целесообразно критически разобрать другую инициативу Верховного Суда РФ, в октябре 2017 г. предложившего ряд изменений в отечественное процессуальное законодательство, одним из которых стало предложение об отказе от мотивировки большинства судебных актов. Согласно предлагавшимся изменениям по общему правилу судебные решения, принятые по делам гражданского судопроизводства, должны состоять лишь из вводной и резолютивной частей. В полном объеме такие решения предлагалось изготавливать только по инициативе самого суда, по заявлению участвующих в деле лиц (их представителей), в случае подачи апелляционной жалобы, а также в иных случаях, установленных законом³. Проектом предлагалось отменить требование мотивированности в отношении судебных актов вышестоящих инстанций: реа-

против Российской Федерации», 11 января 2007 г. (жалоба № 184/02) // Бюллетень ЕСПЧ. 2007. № 7.

¹ См. *Hadjianastassiou v. Greece*, no. 12945/87, 16 December 1992; *Hirvisaari v. Finland*, no. 49684/99, 27 September 2001; *Sanchez Cardenas v. Norway*, no. 12148/03, para. 49.

² См.: *Helle v. Finland*, 19 December 1997. Reports of Judgments and Decisions. 1997-VIII.

³ Законопроект выделял определенные категории дел (признанные разработчиками наиболее значимыми с социальной и экономической точек зрения), по которым составление мотивированного решения должно было остаться обязательным. Речь шла о делах, связанных с защитой прав детей; о выселении граждан из жилых помещений без предоставления других жилых помещений; о защите прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц; о защите пенсионных прав; о банкротстве; по корпоративным спорам; а также о делах, относящихся к подсудности Суда по интеллектуальным правам, и т. д. Кроме того, изготовление судебного акта в полном объе-

лизация данного предложения, по мнению Верховного Суда РФ, позволила бы вышестоящим судам более полно и качественно изготавливать судебные постановления в тех случаях, когда обжалованный судебный акт отменен или изменен. В обоснование предложенного подхода приводилась статистика, согласно которой большинство судебных актов, вынесенных судами общей юрисдикции и арбитражными судами в первой инстанции, в дальнейшем не обжалуются, а большая часть из обжалованных в результате проверки вышестоящими судами остаются без изменений¹. В качестве основных доводов обсуждаемой инициативы были названы принцип процессуальной экономии, повышение качества и эффективности правосудия, оптимизация судебной нагрузки.

Обозначенная инициатива Верховного Суда РФ вызвала в большей мере негативную реакцию научного сообщества и практикующих юристов, которые высказывали различного рода опасения². Среди наиболее популярных доводов против отказа от мотивировочной части указывалось на создание препятствий реализации права на судебную защиту при обжаловании судебного решения лицами, не привлеченными к участию в деле, вопрос о правах и обязанностях которых был разрешен судом; ограничение права на доступ к правосудию и усиление закрытости судебной власти; создание препятствий применению преюдиции ввиду отсутствия в немотивированных решениях указания на установленные судом факты; затруднение анализа судебной практики на предмет единообразного толкования и при-

ме предполагалось по делам, рассматриваемым в порядке административного судопроизводства (за исключением упрощенного).

¹ По данным Верховного Суда РФ, с 2014 по 2016 г. количество дел, рассмотренных судами общей юрисдикции и арбитражными судами по апелляционным жалобам на судебные решения, составляет не более 11,5% от общего количества дел, рассмотренных этими судами по существу с принятием решения (за исключением судебных приказов). При этом только не более 2% от общего количества судебных решений (не включая судебные приказы), принятых по первой инстанции, в апелляционном порядке были отменены или изменены. Суды кассационных инстанций за этот же период отменили или изменили около 0,1% судебных актов от общего количества принятых судами решений (включая судебные приказы). Следовательно, около 98% от всех судебных актов, принятых судами общей юрисдикции и арбитражными судами по существу, остаются без изменений.

² См., например: *Загайнова С. К.* Какие последствия будет иметь отказ от мотивировки судебных актов? // Арбитражный и гражданский процесс. 2017. № 12. С. 35—36; *Абова Т., Ярков В., Брайг Б., Головки Л.* и др. Оптимизация гражданского судопроизводства: новый виток? // Закон. 2017. № 10. С. 20—35; *Потапенко Е. Г.* О необходимости мотивированного решения суда по гражданскому делу // Вестник гражданского процесса. 2018. № 4. С. 279—289; *Алехина С. А.* О немотивированном решении в гражданском судопроизводстве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 4. С. 86—90; и т. д.

менения правовых норм при разрешении аналогичных по правовой природе дел; нарушение принципа правовой определенности, предполагающего очевидность судебных правовых позиций и возможность разумного прогнозирования применения норм права. На наш взгляд, в этот перечень могут быть добавлены указания на невозможность (в случае отсутствия мотивировки) надлежащим образом оценить законность и обоснованность судебного акта, а также размывание границ судебного усмотрения. Надо признать и то, что в отсутствие необходимости мотивировать судебный акт сложно оценить степень разумности осуществления судьей свободы усмотрения.

В конечном счете от инициативы по отходу от общеобязательного требования мотивировки судебного акта было решено отказаться. Такой итог представляется закономерным: «...любые изменения в гражданской процессуальной форме допустимы лишь при условии обеспечения более эффективной судебной защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов граждан и организаций — другие же интересы, например упрощение производства для самого суда, уменьшение расходов на правосудие, должны отступать на второй план»¹.

Характеризуя отправление правосудия, надо заметить, что деятельность судебной власти предполагает совершение судом определенных процессуальных действий и вынесение по результатам судебного разбирательства надлежащего акта. Однако при том, что сама деятельность органов правосудия весьма подробно (в сравнении с деятельностью органов законодательной или исполнительной власти) регламентируется отечественным процессуальным законодательством, требования, предъявляемые к содержанию итогового акта-документа, оформляющего результат этой деятельности, определены в законе весьма скупо². Вследствие этого, на наш взгляд, более целесообразно было бы разработать детальные правила и рекомендации по составлению мотивировочной части судебного акта (что, помимо прочего, будет служить и целям процессуальной экономии).

¹ Жилин Г. А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000 (цит. по: Громишина Н. А. Дифференциация, унификация и упрощение в гражданском судопроизводстве. М., 2010. С. 199).

² В соответствии с ч. 1 ст. 198 ГПК РФ, ч. 1 ст. 170 АПК РФ, ч. 1 ст. 180 КАС РФ судебное решение как акт-документ должно состоять из четырех четко выраженных частей (вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной). В этих же статьях ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ даны краткие характеристики каждой из этих частей. Отечественная судебная практика не выработала четких рекомендаций в отношении содержания судебного решения (акта-документа). Комментарии же к упомянутым статьям, к сожалению, обычно сводятся к пересказу самих норм, в них содержащихся, и, как правило, не предусматривают инструкций по составлению судебных актов.

Роль мотивировочной части судебного решения создала предпосылки для немного более подробного (по сравнению с регулированием содержания иных частей решения) урегулирования ее содержания в ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ. Вместе с тем до сих пор без должного внимания остается тот факт, что решение задач мотивировки (информировать стороны спора и всех интересующихся лиц о соображениях суда, которыми он руководствовался при принятии решения, создать условия для эффективной проверки судебного решения вышестоящей инстанцией) существенно затрудняет императивные предписания, содержащиеся в ч. 4 ст. 198 ГПК РФ, ч. 4 ст. 170 АПК РФ, ч. 4 ст. 180 КАС РФ. Именно эти положения процессуальных кодексов, неверно определяющие содержание мотивировочной части, в конечном счете являются одной из первопричин достаточно низкого уровня качества большого числа судебных решений.

Поясняя последнее утверждение, нужно указать, что проблемы качества мотивировочной части связаны прежде всего с предусмотренным законом требованием о включении в эту часть указания на *фактические обстоятельства дела, установленные судом* (абз. 1 п. 4 ст. 198 ГПК РФ, п. 1 ч. 4 ст. 170 АПК РФ, п. 1 ч. 4 ст. 180 КАС РФ). Такое законодательное предписание со всей очевидностью демонстрирует отсутствие четкого деления между описательной частью, предполагающей отражение (описание) фактического положения вещей в отношениях между сторонами, и его мотивировочной частью, назначение которой состоит в юридической оценке судом этих обстоятельств и построении на этом соответствующих выводов. Но, что более важно, названные нормы вовсе не предусматривают дачу судом оценки фактических обстоятельств — то, что является определяющим для мотивировочной части решения. В результате такого законодательного подхода мотивировочная часть, по сути, отображает *исследование* фактических обстоятельств (место которым — в описательной части), однако *оценка* этих обстоятельств в силу отсутствия соответствующих законодательных требований в решениях дается судом избирательно и по собственному усмотрению.

Обращает на себя внимание и то, что те же негативные для качества мотивировочной части последствия влечет правило, содержащееся в абз. 2 п. 4 ст. 198 ГПК РФ, п. 2 ч. 4 ст. 170 АПК РФ и п. 2 ст. 180 КАС РФ. Это связано с тем, что во главу угла в нем поставлено требование об указании в мотивировочной части *доказательств, на которых основаны выводы суда*. Отображенное в мотивировочной части исследование фактических обстоятельств должно сопровождаться указанием на соответствующие подтверждающие доказательства.

Между тем опять-таки только *оценка* суда по результатам исследования фактических обстоятельств и подтверждающих их доказательств обладает той значимостью, которая обуславливает ее включение в мотивировочную часть. Обычные указания на «доказательства, на которых основаны выводы суда» должны размещаться в описательной части. В той же описательной части должны быть отражены и вопросы установления и исследования доказательств, включая принятие или непринятие доказательств, доводов или возражений участвующих в деле лиц.

Несомненной критики заслуживают и нормы абз. 3 п. 4 ст. 198 ГПК РФ, п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ и п. 3 ст. 180 КАС РФ, устанавливающие *требование об обязательном указании законов* (в АПК РФ — и иных нормативных правовых актов), которыми руководствовался суд при принятии решения, и мотивов, по которым суд не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле. Действительно, неотъемлемым атрибутом мотивировочной части должно быть указание на норму права, подлежащую применению в рассматриваемом деле. Но законодательная «опора» необходима для юридического анализа и оценки того или иного обстоятельства, имеющего значение для рассматриваемого дела, а не в качестве абстрактной ссылки на закон, не имеющей «привязки» к существу рассматриваемого вопроса либо дела в целом. Поэтому обозначенные нормы процессуальных кодексов, полагаем, нуждаются в принципиальном смещении акцентов: правильным было бы не обязывать суд указывать на закон (или иной правовой акт), а обозначить необходимость правового обоснования умозаключений суда по отдельным вопросам и судебного решения в целом.

Сегодня требования ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ в отношении мотивировочной части изложены таким образом, что от суда общей юрисдикции и арбитражного суда, по сути, требуется лишь обычное перечисление (в законе — «указание») в этой части фактических обстоятельств, доказательств и ссылок на законодательство. Ни ГПК РФ, ни АПК РФ, ни КАС РФ прямо не говорят об обязательности юридического анализа и оценки фактических обстоятельств дела для целей обоснования принятого решения, в результате чего умозаключения суда, позволившие ему вынести то или иное решение, обычно подменяются ссылками на факты, доказательства и подходящие (а иногда и не очень) нормативные правовые акты. Этот подход, полагаем, воспроизводит положения процессуального законодательства, действовавшего в прежние годы, когда задачами судопроизводства было разрешение дел «в целях охраны об-

щественного строя СССР, социалистической системы хозяйства и социалистической собственности, защиты социально-экономических, политических и личных прав и свобод граждан, гарантированных Конституцией СССР, Конституцией РСФСР и советскими законами...» (ст. 2 ГПК РСФСР 1964). Согласно ст. 197 ГПК РСФСР мотивировочная часть подразумевала указание в ней обстоятельств дела, установленных судом, доказательств, на которых основаны выводы суда, и доводов, по которым суд опроверг те или иные доказательства, законов, которыми руководствовался суд. Похожие требования предъявляли к мотивировочной части и последующие арбитражные процессуальные кодексы (ст. 108 АПК РФ 1992 г., ч. 2 ст. 127 АПК РФ 1995 г.)¹.

Такая законодательная регламентация представляет собой атавизмы традиций авторитарного государства, подразумевавших в судебном акте не разъяснение соображений судебного органа при принятии им решений, а лишь соблюдение обязательной типовой формы, включающей необходимый набор стандартов (суд установил, суд исследовал доказательства, суд вынес решение в соответствии с нормой закона). Существующее положение вещей не может сохраняться, и содержание мотивировочной части должно быть подобающим образом определено в процессуальном законодательстве, в настоящее время, по сути, не регулирующем эту важнейшую часть решения.

Некоторую надежду на возможность исправления сложившейся ситуации дает положение, содержащееся в п. 3 ч. 4 ст. 180 КАС РФ и абз. 3 ч. 4 ст. 198 ГПК РФ, предусматривающих обязательность указания доводов, по которым суд опровергает те или иные доказательства, и в п. 2 ч. 4 ст. 170 АПК РФ, предусматривающего обязательность указания в мотивировочной части доводов суда в пользу принятого им решения². В настоящее время только эти упоминания позволяют настаивать на необходимости обоснования итоговой резолюции суда в мотивировочной части, что предполагает именно оценку судом фактических обстоятельств дела и доводов сторон с учетом норм подлежащего применению законодательства.

Потребность в переориентации мотивировочной части с описания на обоснование диктует и возросший интерес общества к су-

¹ См. об этом, например: Рожкова М. А., Фогель В. А., Шмидт С. Г. Содержание судебного решения по германскому и российскому праву // Вестник ВАС РФ. 2009. № 2. С. 68—107.

² Статья 198 ГПК РФ, определяющая содержание судебного решения, не содержит подобного упоминания.

дебным решениям по частным делам. Всякое решение предназначено теперь не только для сторон спора: возможность ознакомиться с ним признается за каждым проявившим заинтересованность членом общества (имеющим свой мотив, например изучение судебной практики с целью защиты собственных прав в суде по аналогичному делу). И в этих условиях судебное решение должно обеспечивать возможность для всякого члена общества, в том числе не имеющего юридического образования, уяснить умозаключения суда, приведшие к вынесению соответствующего решения.

Отражение в мотивировочной части поэтапного (шаг за шагом) обоснования судом вынесенного решения существенно облегчит его проверку вышестоящей инстанцией, что также немаловажно. Подробное изложение хода мысли суда и его оценок в мотивировочной части не только делает правосудие более доступным, но и позволяет сделать однозначный вывод относительно справедливости судебного разбирательства, на чем настаивает и ЕСПЧ, исходя из положений п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

С учетом изложенного полагаем возможным прийти к следующим *выводам*. Согласно существующим нормам процессуального законодательства и судебной доктрины принимаемые судом акты должны быть законными и обоснованными. Законным следует признать акт, который принят компетентным судом при условии соблюдения им норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, в том числе в их истолковании в постановлениях Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Президиума Верховного Суда РФ, с учетом правовых позиций Верховного Суда РФ, выраженных в определениях судебных коллегий (в том числе включенных в обзоры судебной практики). Обоснованным судебный акт будет считаться в случае полного выяснения судом обстоятельств, имеющих значение для дела; доказанности имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными; соответствия выводов, изложенных в акте, обстоятельствам дела. Оценить степень законности и обоснованности судебного акта позволяет требование мотивированности. Мотивированным судебный акт будет считаться в том случае, когда в нем указаны обстоятельства дела, установленные судом; доказательства, на которых основаны выводы суда об этих обстоятельствах; доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства; а также законы, которыми руководствовался суд.

Таким образом, именно требование мотивированности судебного акта «раскрывает» требования законности и обоснованности и слу-

жит целям обеспечения справедливого судебного разбирательства, позволяет всем заинтересованным лицам ознакомиться с мотивами и основаниями разрешения отдельного вопроса или дела в целом избранным судьей образом; установить, что судом были равным образом выслушаны и оценены доводы каждой из сторон, им были обеспечены равные процессуальные возможности защиты; оценить наличие либо отсутствие судебной ошибки при принятии решения и иметь возможность реализовать право на обжалование судебного акта в последующие инстанции.

С учетом такой высокой роли в настоящее время назрела потребность в переориентации мотивировочной части с описания на обоснование. Отражение в мотивировочной части поэтапного обоснования судом вынесенного решения делает правосудие более доступным и позволяет сделать однозначный вывод относительно справедливости судебного разбирательства.

§ 2. Сотрудничество суда и сторон в судебном разбирательстве — новая доктрина российского арбитражного процесса?

В российской науке цивилистического процесса понятие «судебные доктрины» не используется и пока остается в некоторой степени чужеродным. Вместе с тем и в процессуально-правовой науке на сегодняшний день сформировались научные концепции, стройные и внутренне непротиворечивые теории, глубокие доктринальные идеи и т. д. Как отмечала Т. Я. Хабриева, а вслед за ней и Х. И. Гаджиев, «в самом общем виде доктрину характеризуют как авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций»¹. На этом фоне представляется очевидным, что и в процессуальном праве на сегодняшний день не могли не сформироваться научные концепции, которые для целей настоящей монографии можно обозначить как судебные доктрины.

Так, профессором И. В. Решетниковой была обоснована и разработана теория процессуального риска². В настоящее время в науке процессуального права постепенно оформляется доктрина эстоппеля в гражданском судопроизводстве³. По отдельным вопросам док-

¹ Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции. С. 34; Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения. С. 15.

² См., например: Решетникова И. В. Теория процессуального риска // Закон. 2012. № 6. С. 117—122.

³ См., например: Володарский Д. Б., Кашкарова И. Н. Процессуальный эстоппель в практике российских судов (эмпирический анализ) // Вестник гражданского процес-

тринальным подходам, очевидно, еще только предстоит сформироваться. Например, оформления в доктрину требует проблематика взаимосвязи расширения использования цифровых технологий и доступности правосудия¹.

В рамках данного раздела монографии хочется предложить вниманию читателя рассуждения о сотрудничестве суда и сторон в арбитражном процессе и о возможном оформлении такого сотрудничества в самостоятельную судебную доктрину.

Предпосылкой для формирования обозначенной доктрины можно рассматривать теоретические идеи о процессуальном взаимодействии между судом и сторонами, сформулированные еще в Концепции судебной реформы 1991 г. Концепция, в частности, предполагала совершенно новое видение правосудия по экономическим спорам: «...арбитражный процесс дает пример особой методы принятия решений, когда стороны занимают место на подиуме рядом с судьей, и он стремится склонить их к соглашению»². Иными словами, программное положение Концепции рассматривало арбитражный процесс как процесс с «горизонтальным», а не «вертикальным» взаимодействием суда и сторон.

Закрепление в Конституции РФ права на судебную защиту, ратификация Конвенции о защите прав человека и основных свобод в значительной степени способствовали переосмыслению роли и функций суда. И в Европейской конвенции, и в Конституции РФ право на судебную защиту сформулировано как субъективное право («каждый имеет право...»). Как известно, любому такому праву корреспондирует конкретная обязанность противоположной стороны правоотношений. Так, Г. А. Жилин конституционное право на судебную защиту определяет как «гарантированное государством право каждого в установленном законом порядке требовать от суда как органа правосудия обеспечения субъективных прав посредством рассмотрения и разрешения своего дела в зависимости от его судебной подведомственности в конституционном, гражданском, административном или уголовном судопроизводстве»³. Иными словами,

са. 2019. № 5. С. 61—110; *Шварц М. З.* Некоторые размышления над институтом эстоппель // Арбитражные споры. 2016. № 1. С. 95—99.

¹ См.: *Незнамов А. В.* «Цифровое просвещение», доступность правосудия и экономическая составляющая цифровизации гражданского судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 9. С. 53—57.

² Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1435.

³ *Жилин Г. А.* Комментарий к статье 46 Конституции Российской Федерации // Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. *В. Д. Зорькина*. 3-е изд. М., 2013. С. 75.

праву каждого на судебную защиту корреспондирует обязанность государства по обеспечению этого права. В плоскости судебного процесса эта взаимосвязь проявляется еще более конкретно: реализации сторонами спора их процессуальных прав корреспондирует обязанность суда по содержательному реагированию на соответствующие действия сторон (например, на заявление сторонами ходатайств).

Практическое наполнение взаимосвязи «права сторон — обязанности суда» длительное время находилось в тени науки процессуального права. Заметное переосмысление можно наблюдать в трудах В. О. Аболонина, который выделял специфический принцип цивилистического процесса — принцип сотрудничества. Под данным принципом исследователь понимает идею, предполагающую «создание общей атмосферы взаимодействия между судом и сторонами, при которой действия всех участников процесса будут максимально направлены на скорейшее выяснение всех обстоятельств дела и принятие судом законного и обоснованного решения, разрешающего гражданское дело по существу»¹.

Интересно отметить, что предпосылки возникновения этого принципа В. О. Аболонин связывает с формированием новой парадигмы процессуального права, которая, в свою очередь, основывалась на концептуальных идеях М. Каппеллетти о доступности правосудия². Взаимосвязь доступности правосудия и принципа сотрудничества очевидна: вряд ли можно признать правосудие доступным, если конкретный судья относится к взаимодействию со сторонами формально и не слышит доводы лиц, участвующих в деле.

Кроме того, В. О. Аболонин предпринял попытку выявления в Арбитражном процессуальном кодексе РФ нормативных положений, которые позволяют обосновать существование принципа сотрудничества. К таким положениям ученый относит раннее раскрытие доказательств, самостоятельное направление истцом копии искового заявления, заблаговременное представление отзыва, ряд других. При этом В. О. Аболонин признал, что нормативных положений, направленных на практическую реализацию принципа сотрудничества, в действующем процессуальном законодательстве пока не так много.

Идеи о взаимодействии суда и сторон встречаются и в зарубежной науке. Например, в процессуальном праве Австрии концепция со-

¹ *Аболонин В. О.* Принципы добросовестности и сотрудничества в «новом» гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 8. С. 2—8.

² Там же. Подробнее о концепции доступности правосудия см.: *Фокин Е. А.* Эволюция идей доступности правосудия в правовой науке и практике Европейского Суда по правам человека // Международное правосудие. 2018. № 4. С. 97—112.

трудничества «выросла» из теории социального процесса Ф. Кляйна. И. Грисс отмечает, что необходимость взаимодействия суда со сторонами не отменяет обязанности сторон активно содействовать движению судебного процесса: своевременно представлять ходатайства и доказательства, исчерпывающе отвечать на вопросы суда и т. п.¹ Идеи сотрудничества (взаимодействия) исходят, таким образом, из того, что стороны могут и должны нести определенные процессуальные обязанности. Вместе с тем сопоставление указанных идей с идеями доступности правосудия позволяет прийти к выводу, что подобные процессуальные обязанности должны быть посильными и разумными, а их исполнение должно сопровождаться взаимодействием с судом. В противном случае формализм судебной процедуры рискует стать откровенно бессмысленным.

Обобщая австрийский опыт практической реализации идей сотрудничества суда и сторон, И. Грисс отмечает, что залогом такой реализации является значительная по продолжительности и глубокая по объему подготовка кандидатов в судьи. В ходе такой подготовки кандидаты в судьи не только совершенствуют знания действующего законодательства, но и вникают в различные аспекты психологии и социологии². Это лишний раз подчеркивает, что взаимодействие суда и сторон имеет психологические основы, для эффективного сотрудничества нужна и психологическая подготовка. Очевидным видится и то, что взаимодействие суда со сторонами с использованием знаний о человеческой психологии всячески будет способствовать доступности правосудия.

Применительно к России в пользу необходимости усиления психологических основ в вопросах взаимодействия суда и сторон говорят отдельные вопросы судебной практики. Так, после реформы 2013 г. в гражданское законодательство был включен принцип добросовестности (хотя согласно преобладающей точке зрения добросовестность как основное начало гражданского права подразумевалась и раньше). При этом оценка поведения лица как добросовестного или недобросовестного осуществляется судом. Впоследствии в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — постановление Пленума № 25) под добросовестностью было предложено понимать поведение, ожидаемое от любого участника гражданско-

го оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации; под недобросовестным поведением — очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения.

Нетрудно заметить, что в приведенных разъяснениях используется категория «поведение», которая является понятием, заимствованным правом из психологии. Оценка судьей добросовестности или недобросовестности поведения без привлечения хотя бы минимальных психологических знаний, а также знаний об экономике, устройстве рынка, специфике бизнеса создает риск формального отношения к рассматриваемому спору. Таким образом, по состоянию на сегодняшний день очевидна целесообразность использования в сложных экономических спорах междисциплинарных подходов, которые в совокупности позволят рассмотреть дело максимально полно¹. Как следствие необходимо определенное переосмысление требований к кандидатам в судьи, которые должны обладать не только глубоким профессиональным опытом (не ограничивающимся к тому же работой в судебной системе), но и содержательными знаниями, как минимум, о человеческой психологии. Проблематика принципа добросовестности как пример сферы, где такие подходы наиболее целесообразны, позволяет выявить два направления использования психологических познаний:

— судья в судебном процессе осуществляет цепочку взаимодействий со сторонами, при этом базовые психологические познания позволяют сделать подобные взаимодействия максимально эффективными;

— основываясь на тех же психологических познаниях, судья оценивает поведение сторон в материальных правоотношениях, что позволяет к вынесению судебного решения сформировать наиболее полную картину произошедшей между сторонами конфликтной ситуации.

Следует признать, что для современной России вышеприведенные идеи обладают заметными признаками утопичности (особенно в условиях колоссальной нагрузки отдельных российских арбитражных судов). Вместе с тем подобное взаимодействие с привлечением знаний из смежных научных областей делает судебную защиту эффективной.

В рассматриваемом контексте уточнений требует соотношение идей о взаимодействии суда и сторон с принципом состязательно-

¹ Необходимость формирования «психологии правоприменения» как междисциплинарного учения отмечал и В. Ф. Яковлев. См.: Интервью журналу «Юридический мир» // Яковлев В. Ф. Избранные труды. Т. III. М., 2013. С. 77.

¹ См.: *Griss I. The Austrian Model of Cooperation Between the Judges and the Parties // Civil Litigation in China and Europe. Essays on the Role of Judge and the Parties / ed. by C. H. van Rhee, Fu Yulin. Springer, 2013. P. 181.*

² Ibid.

сти цивилистического процесса. Очевидно, что слишком активное взаимодействие судьи с одной из сторон рассматриваемого дела вызывает вопросы об обеспечении данного принципа.

Доктрина процессуального права не видит противоречия между принципом состязательности и взаимодействием суда и сторон спора. Так, В. О. Аболонин исходит из того, что сотрудничество (взаимодействие) суда и сторон призвано «уравновесить принцип состязательности». В. В. Самсонов, в свою очередь, один из первых в современной отечественной доктрине заключил, что состязательность необходимо рассматривать в тесной взаимосвязи с сотрудничеством суда и заинтересованных лиц¹. Иными словами, состязательность и взаимодействие суда и сторон не находятся в противоречии друг с другом, напротив, сотрудничество можно рассматривать как качественную составляющую судебного процесса, повышающую эффективность принципа состязательности.

Для иллюстрации сказанного практическими примерами вновь обратимся к постановлению Пленума № 25. Согласно п. 9 данного постановления «если при принятии искового заявления суд придет к выводу о том, что избранный истцом способ защиты права не может обеспечить его восстановление, данное обстоятельство не является основанием для отказа в принятии искового заявления, его возвращения либо оставления без движения. В соответствии со статьей 148 ГПК РФ или статьей 133 АПК РФ на стадии подготовки дела к судебному разбирательству суд выносит на обсуждение вопрос о юридической квалификации правоотношения для определения того, какие нормы права подлежат применению при разрешении спора»². Вынесение вопроса на обсуждение фактически можно рассматривать как очевидную форму взаимодействия между судом и сторонами. Безусловно, суд не может в ходе судебного разбирательства прямо указать стороне на ошибочность избранного способа защиты нарушенного права и невозможность удовлетворения требований — это явно бы нарушило требования принципа состязательности. Однако дополнительные, уточняющие вопросы по поводу просительной части искового заявления суд задать и вправе, и в каком-то смысле даже обязан.

Указанный подход постановления Пленума № 25 постепенно имплементируется и в судебную практику по конкретным делам. Так,

¹ См.: Самсонов В. В. Состязательность в гражданском процессуальном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 7.

² Ранее в целом аналогичные разъяснения были даны в постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 22 от 29 апреля 2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

интерес представляет правовая позиция Верховного Суда РФ, отраженная в определении от 9 октября 2018 г. № 304-ЭС17-11096 по делу № А45-8173/2015. Между обществом «Универсам-САДКО» (продавец) и обществом «Аланта» (покупатель) был заключен договор купли-продажи подъездного железнодорожного пути общей протяженностью 1330 м. После регистрации права собственности и фактического перехода данного объекта недвижимости от продавца к покупателю общество «Аланта» обнаружило, что протяженность подъездного железнодорожного пути составляет лишь 750 м, причем данный объект недвижимости находится в собственности у общества «РЖД». В силу указанных обстоятельств общество «Аланта» обратилось в арбитражный суд с иском к обществу «Универсам-САДКО» о признании договора незаключенным. Решением суда первой инстанции, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, требования были удовлетворены в полном объеме. Вместе с тем арбитражным судом округа принятые по делу судебные акты были отменены по мотивам преждевременности выводов о незаключенности договоров. При новом рассмотрении дела решением суда первой инстанции, оставленным без изменения апелляционным судом и судом округа, в удовлетворении иска было отказано. Суды признали несоответствие подъездного железнодорожного пути характеристикам, обозначенным в договоре, а также согласились с доводом о наличии у общества «РЖД» права собственности на данный объект. Вместе с тем суды указали, что истцу надлежало поставить вопрос о расторжении договора, а не о признании его незаключенным.

Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда РФ принятые по делу судебные акты были отменены, дело направлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Судебная коллегия прямо признала подходы судов формальными. Так, суды ни при первоначальном, ни при новом рассмотрении дела не исследовали вопрос о реальных целях истца при обращении за судебной защитой. Кроме того, Верховный Суд РФ указал, что вследствие двукратного прохождения дела через судебные инстанции общая продолжительность рассмотрения дела уже составила более двух лет. В связи с этим позицию нижестоящих судов о необходимости повторного обращения в суд с надлежаще сформулированными требованиями Судебная коллегия оценила критически¹.

Думается, что исследование реальных целей истца (на необходимость которого указывала коллегия Верховного Суда РФ), форму-

¹ См. определение Верховного Суда РФ от 9 октября 2018 г. № 304-ЭС17-11096 по делу № А45-8173/2015.

лирование судом соответствующих вопросов представителю истца и выяснение позиции ответчика стало бы оптимальной формой взаимодействия между судом и сторонами. Однако эти процессуальные действия при первоначальном рассмотрении спора предприняты не были, что стало причиной принятия ошибочного решения, а затем и отмены судебного акта в проверочной инстанции.

В арбитражном процессе сотрудничество суда и сторон предполагает не только определенные процессуальные действия суда, но и продуманное и профессиональное поведение сторон и их представителей. Например, если избранный истцом способ защиты нарушенного права вызывает вопросы у суда, однако истец уклоняется от того, чтобы дать по этим вопросам развернутые пояснения, то отказ в удовлетворении иска в такой ситуации будет обоснованным и оправданным. Иными словами, отказ в удовлетворении исковых требований в силу ошибочного избрания способа защиты нарушенных прав все же возможен. Такая возможность допускается, когда заявленные истцом требования в принципе никак не могут эффективно восстановить нарушенные права и законные интересы, а истец в судебном процессе избирает достаточно пассивную стратегию поведения и уклоняется от возможного уточнения заявленных требований. Например, в рамках дела № А40-173261/2017 истец заявил требования «об обязанности выполнить обязательства по государственному контракту на выполнение работ по капитальному строительству». Решением суда первой инстанции, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, иск был удовлетворен. Однако постановлением Арбитражного суда Московского округа от 3 сентября 2018 г. № Ф05-11900/2018 данные судебные акты были отменены: суд кассационной инстанции указал, что вынести решение при столь абстрактных требованиях не представлялось возможным, истцу надлежало указать, какие именно обязательства по государственному контракту он требует исполнить. Суд первой инстанции при вынесении решения в пользу истца фактически оказал ему необоснованное содействие, самостоятельно определив, что именно надлежит исполнить ответчику.

Еще одна практическая особенность исковых заявлений в арбитражном процессе связана с положением п. 4 ч. 2 ст. 125 АПК РФ, в соответствии с которым истцу в исковом заявлении необходимо приводить ссылки на нормативные правовые акты в обоснование заявляемых требований.

Рассматриваемый вопрос уходит своими корнями в теории юридической и фактической индивидуализации иска. Указанные теории

преследовали цель поиска ответа на вполне конкретный и практический вопрос о том, что в исковом заявлении (а точнее, в основании иска) имеет первоочередное значение — обоснование фактических обстоятельств, подтверждающих нарушение защищаемого права, или же их юридическая квалификация. Например, теории фактической индивидуализации иска придерживался Е. А. Нефедьев, указавший на то, что «суд сам познает ведение объективного права и, основываясь на нем, решает вопрос о правильности заявленного притязания»¹. Иными словами, истцу, по Е. А. Нефедьеву, достаточно было обосновать факты нарушения права, а применимое к этим фактам право подбирал суд. Аналогичного подхода придерживался и А. Х. Гольмстен, который при этом делал оговорку, что «ряды фактических и юридических обоснований сливаются в один, и в их расчленении нет надобности»².

Что касается теории юридической индивидуализации иска, то впервые она была подробно рассмотрена В. М. Гордоном, главным образом с опорой на современную ему немецкую доктрину (Р. Шмидт, А. Вах, Ю. Петерсен). Сам В. М. Гордон был осторожен в выводах, но в целом склонялся именно к юридической индивидуализации иска³.

Значит ли, что современный АПК РФ придерживается теории юридической квалификации иска? Представляется, что на текущем этапе этот вывод все же преждевременен.

Так, И. Н. Кашкарова пришла к выводу, что рассматриваемое требование само по себе еще не является отражением теории юридической индивидуализации. По мнению исследователя, АПК РФ, так же как и ГПК РФ, придерживается скорее теории фактической индивидуализации, согласно которой иск индивидуализируется не нормативно-правовым обоснованием, а прежде всего фактическими обстоятельствами. В пользу этого говорит и то, что окончательную правовую квалификацию производит суд, который при принятии решения определяет, какие законы и иные нормативные правовые акты следует применить по данному делу. В связи с этим И. Н. Кашкарова заключает, что ссылка на нормативные правовые акты в исковом заявлении является не более чем формальным реквизитом⁴.

¹ Нефедьев Е. А. Учение об иске. Казань, 1895. С. 41.

² Гольмстен А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства 5-е изд. СПб., 1913. С. 183.

³ См.: Гордон В. М. Основание иска в составе изменения исковых требований. Ярославль, 1902.

⁴ См.: Кашкарова И. Н. Индивидуализация иска в гражданском судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 16.

Во многом данный вывод подтверждается и судебно-арбитражной практикой, которая не содержит массовых примеров вынесения определений о возвращении искового заявления (либо оставления без движения) со ссылкой на отсутствие нормативно-правового обоснования. Как правило, если суды при возвращении искового заявления и ссылаются на нарушение требований п. 4 ч. 2 ст. 125 АПК РФ, то этому нарушению сопутствуют и иные пороки формы искового заявления¹.

Тем самым можно заключить, что содержащиеся в АПК РФ указания на необходимость нормативно-правового обоснования можно рассматривать не столько как отражение теории юридической индивидуализации иска, сколько как отправную точку для предстоящего взаимодействия с судом в судебном разбирательстве по вопросам квалификации спорных правоотношений. Обозначенные истцом ссылки на действующее законодательство должны стать предметом обсуждения в судебном процессе и способствовать всестороннему рассмотрению дела.

Этот тезис подтверждается и судебной практикой. Интересно обратить внимание на дело о банкротстве общества «Аркаим» (дело № А73-822/2013). В рамках данного дела определением арбитражного суда первой инстанции, оставленным без изменения апелляционным судом и судом округа, было отказано в признании сделок недействительными на основании специальных юридических оснований, предусмотренных законодательством о банкротстве. Суды исходили из необоснованности той правовой квалификации, на которую заявитель ссылался в заявлении. Вместе с тем определением Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 21 июня 2018 г. № 303-ЭС14-4717 (4) принятые по делу судебные акты были отменены, дело направлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Судебная коллегия указала на то, что «арбитражный суд не связан правовой квалификацией спорных отношений, которую предлагают стороны, и должен рассмотреть спор исходя из заявленных оснований требования (обстоятельств, на которые ссылается сторона в подтверждение своего требования) и его предмета (требования), определив при этом, какие нормы законы следует применить в каждом конкретном случае». Тем самым можно заключить, что основанием для отмены стало фактическое отсутствие содержательно-го обсуждения в суде первой инстанции той правовой квалификации спорных отношений, которую дал заявитель.

¹ См., например, определение Арбитражного суда города Москвы от 4 июля 2016 г. по делу А40-156454/15; определение Арбитражного суда города Москвы от 8 августа 2016 г. по делу № А40-162076/16.

Любопытную специфику взаимодействия суда и сторон можно обнаружить при рассмотрении вопроса об утверждении мирового соглашения. Как хорошо известно, арбитражное процессуальное законодательство содержит два принципиальных условия для утверждения данного документа:

— мировое соглашение не должно нарушать права и законные интересы третьих лиц;

— мировое соглашение должно соответствовать требованиям закона.

В рамках дела № А22-941/2006 (известное в профессиональных кругах дело о банкротстве общества «Дальняя степь»¹) рассматривались требования конкурсного управляющего должником о привлечении банка HSBC и управляющей компании HSBC Management к субсидиарной ответственности, взыскании с этих лиц денежных сумм, исчисляемых в валюте долларов США, фунтов стерлингов Соединенного Королевства Великобритания.

На этапе кассационного обжалования в Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ стороны обратились к Суду с ходатайством об утверждении согласованного мирового соглашения. В связи с заявлением данного ходатайства Суд приступил к проверке текста мирового соглашения на соответствие вышеобозначенным условиям. Один из вопросов Суда касался экономической целесообразности и общей финансовой обоснованности положений мирового соглашения. Однако на все вопросы Суда стороны спора отказались отвечать, а представитель компании HSBC Management и вовсе сообщил, что его «прислали только подписать». При указанных обстоятельствах, расценив процессуальное поведение сторон как недобросовестное, Судебная коллегия отказала в утверждении мирового соглашения и рассмотрела кассационную жалобу по существу².

Если рассматривать описанную ситуацию только с точки зрения процессуального законодательства, то подход Судебной коллегии в значительной степени открыт для критики. Действующий АПК РФ не называет «экономическую обоснованность» условием мирового соглашения, а практика в целом исходит из того, что мировое согла-

¹ См., например: Белова М. Т. «Давняя» Степь, или Три урока из дела о привлечении к субсидиарной ответственности банка HSBC. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 06.08.2018 № 308-ЭС17-6757(2,3) // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 5. С. 4—17.

² См. определение Верховного Суда РФ от 6 августа 2018 г. № 308-ЭС17-6757 (2, 3) по делу № А22-941/2006.

шение является сделкой¹, следовательно, на него распространяются фундаментальные положения о свободе договора.

В то же время нельзя не отметить, что основная идея позиции Верховного Суда РФ состоит в необходимости содержательного взаимодействия между судом и сторонами по актуальным процессуальным вопросам. Уклонение от такого взаимодействия Судебная коллегия полагает обоснованным рассматривать как недобросовестное процессуальное поведение и самостоятельное основание для отказа в удовлетворении тех или иных ходатайств и заявлений.

Любопытно, что проблема добросовестного пользования сторонами российского арбитражного судопроизводства процессуальными правами в контексте надлежащего взаимодействия суда и сторон становилась предметом рассмотрения не только Верховного Суда РФ, но и Европейского Суда по правам человека.

Так, в рамках дела Арбитражным судом Воронежской области № А14-10318/2014 рассматривалось заявление Территориального управления Роспотребнадзора о привлечении индивидуально-предпринимателя В. В. Корчагина к административной ответственности. На судебные заседания предприниматель не являлся, при этом уважительные причины неявки судом первой инстанции установлены не были. Состоявшимся судебным решением требования административного органа были удовлетворены в полном объеме. В апелляционной, а затем и в кассационных жалобах предприниматель указывал на то, что не был надлежащим образом извещен о движении дела. Вместе с тем суды проверочных инстанций эти доводы отклонили, указав на предусмотренную АПК РФ обязанность сторон самостоятельно отслеживать информацию по делу, а уклонение от активного участия в судебных заседаниях (и тем самым взаимодействие с судом) суды расценили как недобросовестное процессуальное поведение².

ИП В. В. Корчагин обратился в ЕСПЧ с жалобой на нарушение положений ст. 6 Европейской конвенции. Вместе с тем Европейский Суд хоть и признал жалобу приемлемой по существу, все же не усмотрел противоречия предусмотренного АПК РФ порядка об извещении ст. 6 Европейской конвенции. Более того, ЕСПЧ поддержал выводы национальных судов о том, что ИП В. В. Корчагин был в курсе судебного процесса в арбитражном суде и фактически уклонялся от участия в судебных заседаниях. Тем самым вслед за российскими

¹ Этот подход получил закрепление в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июля 2014 г. № 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе».

² См. постановление Арбитражного суда Центрального округа от 6 октября 2015 г. по делу № А14-10318/2014.

арбитражными судами Европейский Суд пришел к выводу о недобросовестном поведении заявителя¹.

Обобщая приведенные примеры из судебной практики, можно сделать выводы, что в ней прослеживается сразу несколько концептуальных идей:

- сотрудничество между судом и сторонами является объективной необходимостью;

- стороны должны ответственно подходить к определению стратегии своего процессуального поведения;

- эффективное взаимодействие между судом и сторонами возможно только при условии добросовестной реализации представителями сторон своих процессуальных прав.

Вновь заметим, что идеи сотрудничества между судом и сторонами не противоречат принципу состязательности. Напротив, взаимодействие суда и сторон в судебном разбирательстве как практикоориентированная концепция может служить развитию теоретических основ принципа состязательности и предложить развитие классических доктринальных взглядов. Так, в современных условиях уже неактуален подход, согласно которому состязательность предполагает пониженную активность суда и повышенную активность сторон. Идеи сотрудничества суда и сторон исходят из того, что понятие процессуальной активности многогранное и динамичное, а степень данной активности меняется в зависимости от того, какие вопросы становятся актуальными в ходе судебного разбирательства. Так, стороны должны быть активны в вопросах формирования стратегии процессуального поведения, предоставления доказательств, обоснования заявленных требований и т. п. Суд, в свою очередь, должен быть активным в управлении движением дела, предотвращении недобросовестного поведения сторон (в том числе в противодействии их попыткам искусственно увеличить длительность судебного разбирательства), исследовании представленных доказательств и т. п.

Иными словами, можно заключить, что в рамках судебного разбирательства существуют области процессуальных вопросов, за которые ответствен суд, и области, за которые ответственны стороны. Эти области существуют не обособленно друг от друга, а тесно переплетаются между собой. Лишь их соединение в практической плоскости судебного разбирательства позволяет обеспечить требования эффективного и доступного правосудия. Это позволяет говорить о том, что в рамках процессуального права постепенно формируется

¹ См.: *Vyacheslav Korchagin v. Russia*. App. No. 12307/16. Judgment of 28 August 2018.

качественно новая концепция — концепция совместной ответственности суда и сторон за результат рассмотрения дела.

Упоминания о данной концепции уже можно найти в зарубежном процессуальном праве и процессуально-правовой науке. Осмысление подобной ответственности заложено в Принципах транснационального гражданского процесса ALI/UNIDROIT (далее — Принципы ALI/UNIDROIT). Хотя этот документ и не имеет обязательной юридической силы в национальном судебном процессе, он отражает общие тенденции гармонизации и развития процессуального права на европейском и международном уровнях. Согласно ст. 11.2 Принципов ALI/UNIDROIT «стороны разделяют с судом ответственность за обеспечение справедливого, эффективного и разумно быстрого завершения производства по делу. Стороны должны воздерживаться от процессуальных злоупотреблений, таких как воздействие на свидетелей или уничтожение доказательств»¹. В комментарии к данному положению подчеркивается недопустимость заявления ходатайств, требований и возражений, заведомо не имеющих достаточного правового и фактического обоснования².

Комментируя Принципы ALI/UNIDROIT, А. Узелац замечает, что сама идея совместной ответственности (shared responsibility) находила отражение в разные эпохи и в разных странах. Примерно аналогичными были идеи австрийского ученого, автора концепции социального гражданского процесса Ф. Кляйна, который обосновывал так называемый принцип лояльного сотрудничества между судом и сторонами. В этом принципе Ф. Кляйн (а вслед за ним и А. Узелац) видел условие эффективного, быстрого и справедливого судебного разбирательства. Исследуя проблематику процессуальных обязательств, А. Узелац приходит к выводу, что латинская пословица «*da mihi factum, dabo tibi jus*» (дайте мне факты — я дам вам право) актуальна и для современного процессуального права³.

Концепция совместной ответственности суда и сторон за результат рассмотрения дела уже нашла отражение в зарубежной процессуально-правовой доктрине. Интересным, в частности, представляется обращение к французскому опыту. Так, Л. Кадье, анализируя ныне действующий французский Гражданский процессуальный кодекс

1975 г., отмечает, что именно в нем нашли отражение идеи сотрудничества суда и сторон. Так, по мнению ученого, «процедура модели сотрудничества отражает идею о том, что судебное разбирательство уже не является “собственностью” сторон или “собственностью” судьи, а принадлежит им вместе, поскольку для обеспечения справедливого, эффективного судебного разбирательства в разумные сроки сотрудничество суда и сторон является объективно необходимым»¹. Л. Кадье указывает, что на современном этапе идеи сотрудничества максимально приблизились к концепции совместной ответственности суда и сторон за результат дела, отраженной в Принципах ALI/UNIDROIT.

Таким образом, можно заключить, что в зарубежном процессуальном праве постепенно формируется доктрина совместной ответственности суда и сторон, предпосылкой к возникновению и развитию которой являются общие теоретические идеи о взаимодействии суда и сторон в судебном разбирательстве. Применительно к российскому арбитражному процессу эти идеи отчетливо прослеживаются в судебной практике, причем по широкому спектру процессуальных вопросов. В частности, выше мы рассмотрели различные аспекты сотрудничества суда и сторон по вопросам утверждения мирового соглашения, обоснования заявленных требований, выбора способа защиты нарушенного права и т. д.

Возвращаясь к вопросу, вынесенному в название параграфа, необходимо конкретизировать, является ли сотрудничество (взаимодействие) суда и сторон в арбитражном процессе сформировавшейся доктриной.

Представляется, что на современном этапе возможно говорить только о том, что в российском правовом порядке присутствуют общие условия для формирования такой доктрины. В частности, к таким условиям относятся вышеуказанные подходы судебной практики, которые, хотя и становятся все более многочисленными, по большому счету пока что существуют друг от друга обособленно и еще не связаны некой единой идеей в общую процессуально-правовую политику. Для последующего утверждения и закрепления сотрудничества суда и сторон как доктрины необходимы некие фундаментальные, теоретические идеи, которые могли бы в числе прочего объединить прикладные подходы судов и проанализировать значительный по объему накопившийся эмпирический материал. О целесообразности

¹ *Cadiet L. Sources and Destiny of French Civil Procedure in a Globalized World // The Dynamism of Civil Procedure — Global Trends and Developments. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice / C. Picker, G. Seidman (eds). Vol. 48. Springer, Cham. P. 83.*

¹ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> (дата обращения: 07.02.2020).

² См.: Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / пер. с англ. Е. А. Виноградова, М. А. Филатова. М., 2011.

³ См.: *Uzelac A. Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations // Hungarian Journal of Legal Studies. 58. 2017. No. 1. P. 5—6.*

ности обоснования таких идей говорит и интенсивное развитие процессуального законодательства, которое, без сомнения, также требует внимания и поддержки научного сообщества и подготовки теоретического «бэкграунда».

Следует признать, что в российской юридической науке уже началось постепенное осмысление совместной ответственности суда и сторон за результат рассмотрения дела, а вместе с тем переосмысление того, какие вопросы должны входить в «зону ответственности» суда, а какие в «зону ответственности» сторон. Так, В. В. Ярков подчеркивает, что на современном этапе перспективным является усиление ответственности сторон за их процессуальное поведение путем предоставления им дополнительных возможностей воздействия на ход судопроизводства, например по урегулированию спора на стадии подготовки, а также по приостановлению или возобновлению производства по соглашению сторон¹. Думается, что дальнейшее переосмысление вопроса о процессуальных возможностях сторон может служить почвой для одновременного развития представлений о совместной ответственности суда и сторон за результат рассмотрения дела.

Так или иначе нет оснований сомневаться в том, что необходимость сотрудничества (взаимодействия) суда и сторон в судебном процессе уже отчетливо прослеживается в материалах судебного-арбитражной практики, а следовательно, можно ожидать формирования соответствующих практических и прикладных идей в полноценную процессуально-правовую доктрину.

¹ См.: Ярков В. В. Роль суда в реализации процессуальных норм: некоторые теоретические проблемы // Закон. 2016. № 1. С. 52.

Глава VI. Практические вопросы влияния судебных доктрин в российском праве

§ 1. Судебные доктрины Европейского Суда по правам человека и их значение для эволютивной динамики российского права

Доктрина. Доктрина традиционно определяется как теория, основополагающая мысль и учение. Правовая доктрина может лежать в основе нормативного акта или судебного решения. Это означает, что правовое регулирование невозможно без правовой идеи. Правовая мысль всегда должна быть направлена на положительный практический результат. Этот результат заключается не в том, чтобы определить, является ли доктрина источником права, а в том, чтобы право обеспечивало эффективное развитие общества.

Правовая доктрина имеет скорее не теоретическое значение, как кажется многим. Она важна с точки зрения практики, т. е. всегда направлена на практический результат — повышение эффективности правового регулирования. Чтобы избежать общих мест, — а термин «правовое регулирование» является таким общим местом, — необходимо уточнить, что под этим мы имеем в виду эффективную защиту публично-значимых прав и свобод методом поиска баланса законных интересов. Следовательно, феномен судебной доктрины может быть представлен как метод определения баланса интересов.

Правовая доктрина в общем имеет значение как для законодательного процесса, так и для судебной практики. Правовую доктрину можно лишь условно называть судебной доктриной для тех случаев, когда необходимо восполнить пробел в законе. Например, аналогия права и аналогия закона являются принципами, закрепленными в законодательстве, и одновременно методами, применяемыми судами в своей практике. В практике ЕСПЧ отмечается, что закон по своей природе имеет общий характер и в нем невозможно предусмотреть все спорные ситуации. Поэтому судебная доктрина, следуя природе закона, также носит объективный характер, т. е. является неотъемлемой частью системы права. В данном случае не обязательно спорить о том, является ли судебная доктрина источником права. Достаточно признать важность единообразия судебной практики по аналогичным спорам.

Правовые доктрины как методы или идеи важны для правильного понимания природы правовых институтов. В конце 1990-х гг. была очень интересная дискуссия о развитии англосаксонской концепции траста в России. Это было время бурного развития права, появления новых правовых идей, поэтому внедрение в российскую практику иностранных правовых институтов считалось благотворным для развития отечественного права. Этого добивались, как правило, молодые ученые, в то время как маститые цивилисты были против. На тот момент перевес был на стороне опыта и авторитета, и было признано, что концепция траста не вписывается в систему российского гражданского права. Слово «траст» само по себе вызывало раздражение.

Однако при ближайшем рассмотрении можно было заметить, что каждое в отдельности полномочие держателя траста не отличалось от различных полномочий собственника, предусмотренных Гражданским кодексом РФ. Концепция траста заключалась в объединении отдельных полномочий собственника, связанных с управлением его имуществом, под одним зонтиком. По сути, все это можно было реализовать с помощью договора об управлении имуществом. Траст не приводил к расширению или сужению ответственности держателя траста, не создавал и не уменьшал риски для собственника. Просто в то время еще не сложилось предложение по управлению имуществом, не было спроса со стороны собственников, т. е. еще не сложился рынок такой услуги. Он сложится совсем скоро в виде услуги на финансовом рынке, когда у граждан появятся значительные сбережения. Однако концепция траста так и не была реализована не только потому, что время было упущено. Траст не предлагал какой-либо новой юридической идеи, в нем отсутствовало какое-либо новое полномочие собственника, которое можно было бы делегировать третьему лицу, действующему на профессиональной основе, и которое было бы неизвестно российской цивилистике.

Многие правовые идеи появляются на свет именно в суде, где рассматривается конфликтная ситуация между различными интересами. Суд по своей природе поставлен перед задачей найти преобладающий интерес (на основании толкования закона, учета общественно значимых целей и ценностей) и решить дело в пользу такого интереса. ЕСПЧ решает многие дела о защите чести и достоинства в пользу журналистов и средств массовой информации только на том основании, что национальные суды не сравнили и не провели баланса между конфликтующими интересами — правом на свободное вы-

ражение своего мнения и правом на защиту частной жизни. ЕСПЧ критиковал суды за то, что они не принимали во внимание такие факторы, как занятие государственной должности и наличие фактического материала для оценочных суждений, даже если высказывания журналистов были сомнительными с точки зрения объективности.

При рассмотрении жалоб в сфере семейных отношений ЕСПЧ высказывал различные идеи, полезные как для законодателя, так и для судей. При рассмотрении споров о месте жительства ребенка в случае развода родителей была высказана идея о том, что для ребенка было бы полезно проводить равное время с каждым из родителей. Эта идея воплощена во многих европейских юрисдикциях и может быть воплощена как в законе, так и в судебной практике. К сожалению, такая возможность не принимается во внимание в российской правовой системе, однако это имеет важное значение, так как обеспечивает эффективную защиту права родителей и их детей на уважение их семейной жизни. Дополнительные ограничения влекут за собой опасность того, что семейные отношения между маленьким ребенком и одним или обоими родителями будут сильно сокращены, что не соответствует лучшим интересам ребенка¹.

Другая новация относится к вопросу о праве приемных родителей продолжать отношения с ребенком после его возвращения к биологической матери, которая пожелала его вернуть через пять лет, а ребенок не возражал против этого². Суд пришел к выводу о том, что такой достаточно долгий срок является основанием для того, чтобы признать возникновение семейных отношений между приемными родителями и ребенком.

И наконец, в деле Богоносных³ ЕСПЧ обнаружил противоречие в судебной практике по вопросу продолжения семейных отношений со стороны бабушки и дедушки после удочерения внучки третьими лицами. На момент принятия решения об удочерении заявители не поднимали вопроса о прекращении или продолжении общения с ребенком. Однако само по себе удочерение не означает автоматическое прекращение отношений с ребенком, если сами бабушка и дедушка не отказывались от продолжения общения с внучкой. В таком случае их права на продолжение семейных отношений должны быть защищены. В основе этой позиции лежит правовая идея о том, что

¹ См.: «Петров и Х против России» (*Petrov and X v. Russia*), № 23608/16, 23 октября 2016 г., § 99.

² См.: «В. Д. и другие против России» (*V. D. and Others v. Russia*), № 72931/10, 9 апреля 2019 г.

³ *Bogonosovy v. Russia*, no. 38201/16, 5 March 2019.

в лучших интересах ребенка было бы сохранение отношений с максимально большим количеством родственников. При этом удочерение не является основанием для прекращения отношений с биологическими родственниками, за исключением необходимости защиты его жизни и здоровья.

Но чаще всего ЕСПЧ не предлагает новую идею, а просто принимает решение о нарушении или об отсутствии нарушения Европейской конвенции. Такое постановление может быть, а может и не быть справедливым, но оно указывает на определенную проблему и таким образом создает почву для появления новых правовых идей.

Общие гарантии для уголовного и административного процесса. Гарантиям правосудия посвящена одна из наиболее значимых судебных доктрин, сформулированных ЕСПЧ. Европейская конвенция предусматривает такие гарантии защиты в основном при рассмотрении уголовных дел, не считая упоминания о гражданских делах в ст. 6 Конвенции, которая обеспечивает справедливое разбирательство независимым и беспристрастным судом или трибуналом. Однако Конвенция содержит и другие не менее важные принципы, применимые к уголовному преследованию. Так, ст. 7 Конвенции предусматривает защиту от уголовного преследования в случае отсутствия нормы закона или, как следует из толкования этой статьи Судом, если норма недостаточно ясно определяет обстоятельства деяния, подлежащего уголовному наказанию, руководствуясь принципом правовой определенности (предсказуемости). Другие принципы закреплены в Протоколе № 7 к Конвенции. Статья 2 Протокола № 7 предусматривает право на апелляцию, т. е. возможность оспаривания вынесенного решения о наказании в вышестоящем суде. Статья 4 Протокола № 7 говорит о недопустимости двойного наказания в случае оправдания или осуждения по уголовному обвинению.

Конвенция содержит положения, которые ЕСПЧ не может толковать расширительно, и он старается этого не делать, даже тогда, когда это необходимо. Например, гарантии избирательных прав на парламентских выборах, закрепленные в ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции, Суд не стал распространять для защиты нарушенного права при проведении референдума, хотя активное избирательное право в обоих случаях имеет идентичную природу¹.

Однако в определенных случаях Суд распространяет гарантии при уголовном преследовании и на иные виды процедур, которые носят дисциплинарный или административный характер. Класси-

ческими примерами стали постановления по делу «Энгель против Нидерландов»¹ и «Сергей Золотухин против России»².

Суд недостаточно ясно объясняет, почему он это делает. Недостаток аргументации в таких ключевых моментах рождает критику, раздраженность и недоверие со стороны национальных властей по отношению к Суду, которые начинают опасаться его непредсказуемости. Например, в деле Энгеля Суд обосновал применение ст. 6 к дисциплинарным процедурам тем, что государства должны защищать всех, кто находится на их территории, значит, и Конвенция защищает всех людей, проживающих на территории стран — участниц Конвенции. Однако это не помешало Суду в дальнейшем отказать в защите права на участие в референдуме заявителю, проживающему в Соединенном Королевстве. То есть условия применения Конвенции и границы прав, очерченные в Конвенции, имеют значение для Суда, хотя и в таких случаях Суд действует избирательно. Значит, есть и другая причина. Она заключается в необходимости распространять процессуальные гарантии на случаи, которые по определенным критериям близки к уголовному преследованию.

Суд обращает внимание на случаи привлечения к административной ответственности и оценивает их с точки зрения классификации проступков по национальному праву как административных правонарушений. При этом Суд отмечает, что правовая характеристика процедуры в национальном праве не является единственно определяющим критерием для неприменения принципа «non bis in idem» для целей ст. 4 Протокола № 7. В противном случае, если оставить применение указанной гарантии защиты (запрет двойного наказания) на усмотрение государства, это может привести к результатам, противоречащим смыслу и целям Конвенции. Поэтому понятие уголовной процедуры должно подлежать толкованию с учетом общих принципов, касающихся и других сопутствующих институтов, таких как «обвинение по совершению преступления» и «уголовное наказание», указанных в ст. 6 и 7 Конвенции соответственно³.

Критерии, на основе которых гарантии уголовного процесса распространяются и на административные процедуры, относятся к установленной практике ЕСПЧ. Поэтому они просто называются критериями Энгеля. На основе этих критериев Суд не просто проводит аналогию права (или аналогию в данном случае уголовного

¹ *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, Series A, no. 22, para. 85.

² *Sergey Zolotukhin v. Russia* [G. C.], no. 14939/03, para. 52, ECHR 2009.

³ См.: «Сергей Золотухин против России» (*Sergey Zolotukhin v. Russia* [G. C.]), № 14939/03, § 52, ECHR 2009; «Хмель против России» (*Khmel v. Russia*), № 20383/04, 12 декабря 2013 г., § 58.

¹ См.: *Moohan and Gillon v. the United Kingdom*, nos. 22962/15 and 23344/15, dec.

закона), а определяет, имело ли место уголовное обвинение в целом. Первый критерий касается правовой классификации правонарушения по национальному праву, второй — самой природы нарушения, а третий оценивает степень тяжести наказания, которое может быть применено к правонарушителю. Эти критерии рассматриваются по отдельности, хотя Суд оставляет за собой возможность рассмотреть их вместе (кумулятивно), если каждый из них в отдельности не позволяет принять решение о существовании, по сути, уголовного преследования.

В деле «Хмель против России» Суд пришел к выводу о том, что заявитель был дважды привлечен к ответственности за похожие деяния, регулируемые как Уголовным кодексом РФ, так и Кодексом РФ об административных правонарушениях (ст. 12.26, 19.3 и 20.1 КоАП РФ), включая отказ выполнять законные требования сотрудника полиции (уголовная классификация — сопротивление сотрудникам полиции) и мелкое хулиганство. Суд оценил природу деяний (нарушение человеческого достоинства и публичного порядка) и пришел к выводу, что эти ценности попадают в сферу уголовного права.

Российская доктрина права разграничивает уголовное преступление и административное правонарушение также по степени общественной опасности. На это Суд реагирует и отмечает, что меньшая общественная опасность сама по себе не препятствует классификации административных правонарушений как «уголовных» в автономном смысле этого института с точки зрения целей и задач Конвенции, поскольку Конвенция не предусматривает такого понятия, как тяжесть правонарушения¹. Конечно, такое обоснование можно принять лишь с натяжкой.

По сути, критерии Энгеля используются как технический прием для реализации доктрины эффективной процессуальной защиты. Как видно, дел против России о двойном наказании очень мало, однако критерии Энгеля были многократно применены для других целей и в других повторяющихся делах, касающихся защиты процессуальных прав заявителей в рамках административных процедур по ст. 6 Конвенции. В них решающим критерием была потенциальная возможность применения административного ареста, предусмотренного соответствующей нормой о составе правонарушения. Процессуальные права касались проведения публичных слушаний, возможности подготовиться к слушаниям, вызвать и заслушать сви-

детелей защиты, представить иные доказательства отсутствия противоправных действий со стороны «обвиняемых» по делам о невыполнении законных требований сотрудников правоохранительных органов при организации и проведении митингов и демонстраций¹; возможности использовать бесплатную юридическую помощь для малоимущих пенсионеров²; наконец, отдельная категория дел касается процессуального равенства сторон (в случае отсутствия прокурора как представителя «обвинения» в судебном процессе) при разрешении судом вопроса о привлечении к административной ответственности³.

Иные виды наказания по своей тяжести также могут быть приравнены к уголовному преследованию: конфискация имущества, лишение водительских прав, лишение права на занятие определенной деятельностью. Это обусловлено тем, что такие виды наказания (в отличие от небольшого штрафа) непосредственно затрагивают фундаментальные права и свободы. Все вместе это производит эффект триггера, который сигнализирует о необходимости соблюдения гарантий справедливого судебного разбирательства в соответствии с требованиями ст. 6 Конвенции.

В делах о привлечении к административной ответственности за отказ пройти тест на алкоголь в качестве меры наказания существует потенциальная угроза лишения водительских прав. Это обуславливает необходимость соблюдения гарантий правосудия. Если национальным законом предусмотрена компетенция суда, а не органов правопорядка по привлечению к ответственности за данное правонарушение, то судебное разбирательство не должно превращаться в формальность. То есть законодатель предусмотрел необходимость применения процессуальных гарантий в таких случаях. Таким образом, за формальными нормами (отнесение к компетенции суда) скрывается доктрина наделения административного процесса теми же гарантиями, которые предусмотрены для уголовного обвинения. Однако на практике эта доктрина не работает.

ЕСПЧ в постановлениях по делам Хмеля и Золотухина обращает на это внимание, указывая, что административное право охватывает правонарушения, которые хотя и имеют уголовный оттенок, но признаются малозначительными для того, чтобы к ним применять гарантии уголовного процесса. Нам, национальным правоприменителям и законодателям, надо понимать, что за этим стоит, и учиты-

¹ См.: «Малофеева против России» (*Malofeyeva v. Russia*), № 36673/04, 30 мая 2013 г.

² См.: «Михайлова против России» (*Mikhaylova v. Russia*), № 46998/08, 19 ноября 2015 г.

³ См.: «Карелин против России» (*Karelin v. Russia*), № 926/08, 20 сентября 2016 г.

¹ См.: *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* [G. C.], nos. 39665/98 and 40086/98, para. 104, ECHR 2003-X.

вать в своей работе. Например, при введении института уголовных проступков для снятия проблемы судимости необходимо помнить о сохранении процессуальных гарантий, тем более в тех случаях, когда сохраняется вероятность применения меры пресечения в виде ареста, а значит, и лишения свободы. Напомним, что в деле Энгеля речь шла о дисциплинарном взыскании в виде гауптвахты на трое суток. И даже в этом случае Суд пришел к необходимости применения процессуальных гарантий по аналогии с уголовным процессом. Считаем, что любое вмешательство в частную жизнь, любое ограничение прав и свобод, включая наказание, требует соблюдения процессуальных гарантий, которые являются частным случаем общего принципа должного управления. Из этого должен исходить национальный законодатель, требуя от национальных институтов широкого применения стандартов процессуальной защиты.

Конечно, в реальности существуют проблемы, которые, можно сказать, отвлекают от решения таких задач. Например, высокая нагрузка на судей и прокуроров. Иначе чем объяснить необязательность присутствия прокурора или иных представителей правоохранительных органов в суде при рассмотрении дела об административном правонарушении? Объясняется такое положение малозначительностью правонарушения, что не имеет под собой объективных оснований в связи с потенциально высоким уровнем ответственности, т. е. тяжести наказания.

Есть и другой аргумент, имеющий в своей основе независимость и беспристрастность судьи. Если после составления протокола об административном правонарушении правоохранительные органы не могут сами наказать правонарушителя, а направляют материалы в суд, это означает, что дело должно быть рассмотрено независимым и беспристрастным судом, что уже является одной из процессуальных гарантий защиты в соответствии с требованиями Конвенции.

В результате правоохранительные органы составляют протокол о правонарушении и просто направляют его в суд для привлечения к ответственности. Получается, что национальный суд действует как часть правоохранительной системы, что не допускается принципом верховенства права. Такое может допустить национальный законодатель, сделав исключение из этого принципа, однако возникает другая проблема с объективной беспристрастностью судьи. В деле «Карелин против России» Суд подробно проанализировал правовое значение протокола о правонарушении в условиях отсутствия стороны обвинения. В таких случаях протокол является не одним из доказательств, а документом, которым подтверждается установленность

фактических обстоятельств. В этих условиях судья вынужден представлять и поддерживать обвинение вместо прокурора по делам об административных нарушениях, что не может не рождать сомнения в его объективности и беспристрастности. Хотелось бы отметить массовый характер таких дел, которые рассматриваются комитетом из трех судей как случаи уже установленной практики ЕСПЧ¹.

Гражданское право. В области гражданского права сфера Конвенции ограничивается защитой права собственности, которой посвящена ст. 1 Протокола № 1. Такое «ограничение» обусловлено фундаментальным характером права собственности, его значением для укрепления демократии и становления гражданского общества. Собственность, как показывает практика, является наиболее частым объектом вмешательства со стороны органов власти. Судебная доктрина в таких случаях имеет своей целью противостоять произвольному вмешательству.

Наиболее общей доктриной, применяемой в таких ситуациях, является концепция верховенства права. Она охватывает многие гарантии защиты, включая процессуальные гарантии, которые мы рассматривали выше применительно к административному процессу по аналогии с защитой от уголовного преследования.

1. Защита права собственности. В сфере защиты права собственности верховенство права предлагает такой инструментарий, как тест на соразмерность. Этот тест включает оценку действий властей с учетом определенных критериев: законности вмешательства, легитимности целей вмешательства, необходимости, соразмерности ограничения заявленным целям. Содержание этого теста многократно описано, поэтому нет необходимости останавливаться на нем подробно. Приведем один пример, в котором соразмерность как судебная доктрина применена к проблеме сноса дома в связи со строительством нового жилья².

Дело касалось сноса небольшого жилого дома, построенного в центре города Люберцы в 1949 г. На месте старых домиков построили многоэтажные строения, в которых квартиры продавали на рынке. Заявители жаловались на нарушение права собственности и недостаточную компенсацию за утраченное имущество, указывая на то, что месторасположение домов было очень привлекательное, так как они находились в центре города, рядом со станцией метро. Главный аргумент заявителей заключался в том, что экспроприация не пре-

¹ См.: «Егоров и другие против России» (*Yegorov and Others v. Russia*), №. 77208/16 и др., 14 мая 2019 г.

² См.: «Волчкова и Миронов против России» (*Volchkova and Mironov v. Russia*), № 45668/05, 2292/06, 28 марта 2017 г.

следовала подлинный и убедительный общественный интерес. Они, по существу, утверждали, что частный инвестор был единственным фактическим бенефициаром утраченного имущества и что процедура экспроприации использовалась в качестве законного средства для получения непропорциональной выгоды. Правительство, в свою очередь, утверждало, что экспроприация была направлена на предоставление населению города объектов, имеющих социальные и культурные функции, что является «важным социальным соображением, затрагивающим интересы значительной части экономических агентов».

Для рассмотрения подобных дел Суд выясняет, был ли снос осуществлен в публичных целях и было ли соблюдено требование справедливого баланса между частными и общественными интересами. Национальные власти должны сделать первоначальную оценку того, существуют ли какие-либо проблемы общего значения, требующие принятия таких мер, которые обязательно должны быть связаны с лишением гражданина принадлежащей ему собственности. Суд напомнил, что в соответствии с уже рассмотренными делами лишение имущества, совершенное по какой-либо иной причине, чем предоставление частной выгоды частному лицу, не может считаться совершенным «в интересах общества».

Тем не менее принудительная передача имущества от одного лица другому может в зависимости от обстоятельств стать законным средством поощрения общественных интересов. Выражение «в общественных интересах» само по себе не означает, что переданное имущество должно быть введено в действие для общих нужд или что сообщество в целом или даже значительная его часть должны непосредственно извлечь выгоду из такого изъятия.

Обычно Суд проводит строгий тест в отношении проблем, связанных с лишением собственности в общественных интересах в контексте глубоких социальных изменений, произошедших в обществе, или в контексте общих мер экономической или социальной политики, например для защиты окружающей среды или сохранения исторического или культурного наследия страны.

Исходя из того, что свобода усмотрения, доступная законодательному органу при осуществлении социально-экономической политики, должна быть широкой, Суд заявил, что он будет уважать решение национального законодательного органа относительно того, что находится в общественных интересах, если только такое решение не было очевидно принято без разумных оснований.

Этот тест был использован Судом в деле «Ткачевы против России» (2012 г.) в отношении распоряжения об экспроприации, выдан-

ного судом, предположительно по соображениям безопасности, для преобразования здания в нежилые помещения, в то время как оно в итоге стало частным комплексом роскошных жилых помещений для продажи.

Что касается требования о справедливом балансе между общими интересами сообщества и защитой основных прав человека, по мнению Суда, должна существовать соразмерность между используемыми средствами (лишение имущества) и целью, которая должна быть реализована благодаря такой мере.

Наличие компенсации также является существенным условием для оценки того, соответствует ли оспариваемая мера надлежащему справедливому балансу и, в частности, налагает ли это непропорциональное бремя на заявителей. Суд считает, что захват имущества без выплаты суммы, разумно связанной с его стоимостью, обычно представляет собой непропорциональное вмешательство. Во многих случаях законной экспроприации, такой как простое изъятие земли для дорожного строительства или других «общественных интересов», только полная компенсация может рассматриваться как разумно связанная со стоимостью имущества. Однако даже справедливая компенсация не может оправдать незаконное изъятие. Что касается суммы компенсации, то она обычно должна рассчитываться на основе стоимости имущества на дату изъятия. Любой другой подход мог бы открыть возможность для неопределенности или даже произвола.

На основании этих подходов, которые в данном случае представлены как основания доктрины судебного контроля над изъятием недвижимого имущества для общественных интересов, Суд применил общие принципы и пришел к следующим выводам в данном деле. Суд отметил, что решение о сносе принималось скорее путем принятия индивидуальных административных решений муниципалитетом, а не путем принятия и применения решений на законодательном уровне, которые призваны экспроприировать собственность в связи с особыми соображениями общей экономической и социальной политики государства. В декабре 2002 г. муниципалитет издал приказ, направленный на реализацию программы сноса жилых домов, на улучшение архитектурного облика города и переселение жителей из жилья, которое больше не соответствует санитарным требованиям. Этот инвестиционный проект касался примерно 11 инвестиционных контрактов в отношении более чем 70 жилищ, подлежащих сносу, из которых около 30 объектов недвижимости находились в частной собственности, а остальные принадлежали муниципалитету.

Однако, несмотря на наличие градостроительного плана и желание улучшить облик города, Суд выразил сомнение по поводу того, что экспроприация земли заявителей была направлена на решение какой-либо важной общей проблемы. Что касается эстетического элемента градостроительного плана, то он не содержал никаких оснований в пользу замены отдельных частных жилых домов многоквартирными домами, поэтому данный проект не имел приоритета по сравнению с законными интересами владельцев на сохранение права собственности.

По поводу санитарных требований Суд отметил отсутствие признаков обветшалости дома заявителей. Если бы дом и стал непригодным для проживания в нем, то в таком случае он мог быть подвергнут процедуре сноса ветхого жилья вместо применяемой в этом случае процедуры экспроприации. Согласно оценке дом был признан пригодным для жилья, хотя для этого требовался некоторый поверхностный ремонт.

Правительство утверждало, что проект касается строительства жилья, а именно многоквартирных домов с целью создания новых запасов на рынке жилья. Однако в материалах, представленных Суду, четко не установлена какая-либо конкретная проблема, связанная с нехваткой жилья в соответствующей географической области. Суд посчитал, что необходимость строительства не была в достаточной мере обоснована: выбор земли для оспариваемого проекта строительства не был надлежащим образом обсужден с местным населением, включая заявителей, в соответствии с требованиями российского законодательства; не были рассмотрены различные альтернативные места для строительства; не было сделано вывода о том, что таких альтернатив нет.

Отсутствие общественного интереса было вызвано также тем, что муниципалитет получил право собственности лишь на 5% от вновь построенного жилья. Остальное было передано частным инвесторам и поступило в продажу. Но даже в отношении этой части отсутствовали какие-либо указания на то, что муниципалитет использовал ее в качестве социального жилья.

2. Защита добросовестного приобретателя при виндикации. Необходимость вмешательства Суда с помощью судебной доктрины в таких делах потребовалась для защиты добросовестного приобретателя в самом серьезном случае: когда имущество, используемое в качестве жилья, истребуется государством из незаконного владения путем виндикации на основании того, что оно было помимо воли собственника. В таких случаях добросовестный приобретатель ока-

зывается совершенно бесправным перед законом, который не предоставляет добросовестному приобретателю никаких дополнительных гарантий защиты¹.

Суд сталкивается со специфическими случаями, когда истребуемая квартира относится к выморочному имуществу, а приватизация была осуществлена на основе подложных документов. То есть выморочное имущество должно принадлежать государству, но оно само ранее одобрило приватизацию. В этих делах ЕСПЧ пошел по пути оценки пропорциональности вмешательства государства в права заявительницы. Суд напомнил, что поиск справедливого баланса между интересами общества и требованием защиты фундаментальных прав непосредственно проистекает из смысла Конвенции. При этом основал свое решение на общем принципе, согласно которому положение частного лица не может быть ухудшено в связи с ошибками, допущенными государством. В противном случае на гражданина возлагается несоразмерное бремя ответственности, что нарушает принцип справедливого баланса интересов². Другими словами, риск ошибки, допущенной властями, лежит на государстве и не может быть устранен за счет гражданина, на правах которого отражаются последствия такой ошибки³.

Таким образом, целью судебной доктрины в данном случае является решение проблемы баланса интересов прежнего собственника и добросовестного приобретателя. Возможно, эта проблема должна так же решаться и в споре между частными лицами. В центре этой проблемы стоит уязвимость одной из сторон. В данном случае речь идет об уязвимости добросовестного приобретателя. На критерии уязвимости ЕСПЧ основывает многие свои решения. Можно сказать, что это составляет предмет отдельной судебной доктрины. Надо отметить, что критерий *уязвимости* принципиально отличается от критерия *слабой стороны* в споре, который использует российская судебная доктрина. Такой подход непонятен, поскольку в споре обе стороны равны и обладают равными процессуальными правами, поэтому их материальное положение, профессиональный опыт или доля на рынке не должны иметь значение. Каждое лицо должно проявлять должную степень разумности и осмотрительности. Другое дело — уязвимость, которая может возникать в силу возраста, нападения,

¹ См.: «Гладышева против России» (*Gladysheva v. Russia*), № 7097/10, 6 декабря 2011 г.; «Аленцева против России» (*Alentseva v. Russia*), № 31788/06, 17 ноября 2016 г.; «Поняева и другие против России» (*Ponyayeva and Others v. Russia*), № 63508/11, 17 ноября 2016 г.

² См.: *Former King of Greece and Others v. Greece* [G. C.], no. 25701/94, para. 89, ECHR 2000-XII.

³ См.: *Gashi v. Croatia*, no. 32457/05, para. 40, 13 December 2007.

угрозы, обмана, недобросовестности. Обстоятельства уязвимости должны оцениваться конкретно, применительно к обстоятельствам конкретного дела.

В делах о виндикации уязвимость была оценена следующим образом. На добросовестном покупателе лежит обязанность проверить достоверность документов до заключения сделки. Однако такое обязательство должно соответствовать требованиям правовой определенности и предсказуемости. Добросовестный приобретатель не может проверить всю цепочку сделок по передаче прав собственности от предыдущих владельцев. Для него должно быть достаточно подтверждения из реестра о наличии права собственности и об отсутствии каких-либо обременений или ограничений на распоряжение собственностью, наложенных на имущество, например в виде ареста по решению суда. Именно таким образом достигается справедливый баланс публичных и частных интересов. Не только распределяется бремя проверки достоверности правоустанавливающих документов в качестве проявления должной осторожности и осмотрительности, но и возлагается на государство и уполномоченных им лиц публичная функция по обеспечению достоверности сведений, содержащихся в государственных реестрах, т. е. функция по обеспечению гарантий защиты индивидуальных прав, которые отражаются в реестре, а запись в реестре является подтверждением этих прав.

К счастью, Верховный Суд РФ и Конституционный Суд РФ, как высшие национальные судебные органы, восприняли и этот подход, и доктрины чрезмерного бремени и уязвимости. Это воспринимается как логичное продолжение судебной доктрины должной осмотрительности и осторожности, которую Конституционный Суд РФ использовал в начале нулевых для защиты добросовестного приобретателя.

На основе похожего анализа критериев для достижения баланса интересов Конституционный Суд РФ в постановлении от 22 июня 2017 г. № 16-П по жалобе гражданина А. Н. Дубовца признал не соответствующим Конституции РФ положение п. 1 ст. 302 ГК РФ в той мере, в которой оно допускает виндикацию выморочного имущества от добросовестного приобретателя со стороны публично-правового образования, когда приобретатель при возмездном приобретении полагался на данные Единого государственного реестра недвижимости и в установленном законом порядке зарегистрировал право собственности на него, а публично-правовое образование не предприняло в соответствии с требованиями разумности и осмотрительности при контроле над выморочным имуществом своевременных мер

по его установлению и надлежащему оформлению своего права на выморочное имущество. В частности, Конституционный Суд РФ принял во внимание, что проверка соблюдения закона при совершении предшествующих сделок с недвижимым имуществом со стороны приобретателя этого имущества, в отличие от государства в лице органа, осуществляющего государственную регистрацию прав на недвижимое имущество, нередко существенно затруднена или невозможна. Публично-правовое образование и добросовестный приобретатель находятся в неравных условиях, поскольку у приобретателя имеется меньше возможностей по выявлению противоправных действий, приведших к тому, что имущество выбывает из владения собственника незаконным образом.

Приводим эту позицию Конституционного Суда РФ практически дословно, чтобы продемонстрировать, что концепции уязвимости и слабой стороны довольно близки между собой. Например, тезис о том, что у лица «имеется меньше возможностей по выявлению противоправных действий», означает более слабую позицию из-за «неравных условий», в которых находятся публично-правовое образование и добросовестный приобретатель. Но в то же время он подчеркивает и уязвимость приобретателя, который может всегда имеет риск получить виндикационный иск от собственника — частного лица. Уязвимость заключается в невозможности (без возложения чрезмерного бремени) иметь всю информацию о законности передачи прав. Приобретатель должен полагаться на данные реестра. Уязвимость приобретателя должна компенсироваться выполнением публичных функций реестра и нотариуса по обеспечению юридической экспертизы законности сделок по передаче права собственности, а также должной осмотрительностью самого собственника, который должен принимать разумные меры по контролю над своей собственностью. В этом в конечном счете и заключается баланс интересов, подлежащий установлению в рамках рассмотрения конкретного дела.

3. Требования к банку о возврате средств. Данная тема крайне интересна, поскольку представляет собой пример судебной доктрины ЕСПЧ, которая должна в корне изменить научный взгляд на природу банковского счета. Поводом для размышлений является постановление ЕСПЧ по делу, прямо не имеющему отношения к Российской Федерации. Однако отношения, возникающие между банком и клиентом, имеют универсальное значение в силу международно признанных стандартов банковской деятельности. Они составляют классическую основу банковской деятельности, в какой бы стране она ни осуществлялась.

Судебная доктрина о сущности банковского счета была заложена в постановлении ЕСПЧ по делу «Золотас против Греции»¹. Заявитель жаловался на несправедливость требований греческого законодательства (Законодательный декрет № 1195/1942 и нормы Гражданского кодекса Греции), согласно которым клиент, не пользующийся счетом в течение 20 лет, теряет право на денежные средства, которые автоматически переходят в доход государства. Легитимность целей такого вмешательства заключается в том, чтобы препятствовать банкам присваивать денежные средства, которые оказались безхозными, т. е. не востребованными по истечении длительного периода времени. В ходе дискуссий, проходивших в свое время при обсуждении реформы корпоративного права в начале нулевых годов, по вопросу о не востребованных акциях, находящихся у реестродержателя или номинального держателя, Д. Степанов высказал разумное предположение о необходимости расчищать реестр для освобождения реестродержателя и акционерного общества от чрезмерного бремени исполнять свои обязательства по ведению счета и по реализации прав акционеров, которые давно сменили адрес, но не уведомили общество и, следовательно, потеряли интерес к своим активам. Срок давности тогда обсуждался небольшой по сравнению с греческим аналогом, т. е. обычный — три года. Благо тогда эта идея не была реализована. Мы были против этой идеи именно по причине уязвимости акционеров, которые могли уведомить об изменении адреса, но информация могла быть не внесена в реестр по тем или иным причинам. Это то, что касается легитимных целей, которые уже на первый взгляд не выглядят убедительными.

Теперь разберемся со сроком давности. Двадцать лет — это довольно большой срок, в течение которого клиенту предоставляется возможность в любой момент реализовать свои права по распоряжению банковским счетом. В российском законодательстве такой привилегии нет. В ст. 208 ГК РФ указано, что исковая давность не распространяется на требования вкладчиков к банку о выдаче вкладов. Это прекрасная норма, но она не является реально действующей. Дело в том, что по российскому законодательству договор банковского вклада отличается от договора банковского счета.

Согласно ст. 834 ГК РФ по договору банковского вклада (депозита) одна сторона (банк), принявшая поступившую от другой стороны (вкладчика) или поступившую для нее денежную сумму (вклад), обязуется возвратить сумму вклада и выплатить проценты на нее на условиях и в порядке, предусмотренных договором. Если иное не

предусмотрено законом, по просьбе вкладчика-гражданина банк вместо выдачи вклада и процентов на него должен произвести перечисление денежных средств на указанный вкладчиком счет.

На практике банки заключают договор вклада на определенный ограниченный период (обычно до трех лет), по окончании которого договор автоматически прекращается, после чего необходимо заключать новый договор. Таким образом, правило об отсутствии срока давности (другими словами, правило о неограниченном сроке давности) не работает в данном случае. Возможно, ст. 208 ГК РФ является неудачным переводом из иностранного источника. Такую вероятность подтверждает и текст постановления по делу Золотаса. В нем в разделе «Национальное право и правоприменительная практика» содержится указание и на депозит (§ 19), и вообще на деньги, находящиеся на счете (§ 14). Это вытекает из смысла депозита, который во Франции, например, означает сумму денежных средств, которую клиент кладет на счет в банк, депонируя таким образом свои средства в банке. Что касается вклада в том смысле, который в него вкладывает российская цивилистика, то эти отношения регулируются отдельными договорами. Таким образом, в России мы имеем два термина — «вклад» и «счет» (они справедливо отражают различные отношения между банком и клиентом), которые в зарубежной практике могут быть описаны одним термином «депозит», т. е. деньги, которые клиент положил в банк.

Согласно ст. 845 ГК РФ по договору банковского счета банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. Права на денежные средства, находящиеся на счете, считаются принадлежащими клиенту в пределах суммы остатка, за исключением денежных средств, в отношении которых получателю денежных средств и (или) обслуживающему его банку в соответствии с банковскими правилами и договором подтверждена возможность исполнения распоряжения клиента о списании денежных средств в течение определенного договором срока, но не более чем 10 дней. По истечении указанного срока находящиеся на счете денежные средства, в отношении которых была подтверждена возможность исполнения распоряжения клиента, считаются принадлежащими клиенту.

Данная норма свидетельствует о применении обычного трехлетнего срока к требованиям клиента в случае, если банк отказывается исполнить распоряжение о списании денежных средств. Обратим

¹ *Anastasios Zolotas v. Greece*, no. 66610/09, 29 January 2013.

внимание: клиенту принадлежат только те денежные средства, в отношении которых банком подтверждена возможность исполнения распоряжения клиента. Как будто в данном случае легитимизируется несостоятельность кредитной организации. Это лишает клиента права требовать свои средства у банка в принципе. На деле участники рынка ведут себя разумно, и нам неизвестно случая, когда банк ссылался бы на срок исковой давности, если клиент не распоряжается счетом более трех лет, или на отсутствие права собственности на денежные средства только на том основании, что банк не может исполнить распоряжение клиента по списанию денег со счета. Однако риски остаются, и научное понимание природы банковского счета не способствует эффективной защите интересов клиентов.

В науке гражданского права принципиально отклонена позиция о том, что банк осуществляет хранение денег клиентов. То есть концепция права собственности на денежные средства, находящиеся в банке, принципиально отрицается российской наукой. Она твердо (к сожалению) стоит на признании обязательственных отношений между банком и клиентом. Причем такое понимание строится на положениях Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности», поскольку юридическая природа и содержание договора банковского счета определяются сущностью банка как кредитной организации, обладающей исключительным правом «осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц; размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности; открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц». Следует отметить, что в данном положении Закона нет противоречия между вкладом и счетом, если учесть, что задача банка — заключить договор банковского вклада, чтобы потом самому инвестировать средства в виде кредитов и иных капиталовложений. А те деньги, которые не внесены во вклад и остались на счете, остаются в распоряжении клиента. На этом основывается банковское регулирование, которое во многих странах ограничивает размер банковского вклада для сохранения контроля над финансовой состоятельностью кредитной организации.

Наука пошла по другому пути. Общепринято, что денежные средства, находящиеся на счетах, существуют не в натуральном виде, а в форме специальных учетных записей о производимых зачислениях и платежах по счету. Денежная сумма, числящаяся на счете в банке, не может рассматриваться как собственность клиента, поскольку счет

является лишь бухгалтерским оформлением наличия у клиента права требования к банку. Право собственности, как любое иное вещное право, в качестве объекта может иметь вещь либо совокупность вещей. Безналичные средства на счете со всей очевидностью свидетельствуют о существовании обязательственных (а не вещных) правоотношений между банком и клиентом по поводу отраженной на счете суммы. Характер этих отношений напоминает отношения договора займа денег, предоставленных до востребования: банк является должником, а клиент — кредитором банка.

Такая позиция может запутать любого профессионального юриста, не говоря об обычном клиенте банка. Как известно, об отношениях договора займа свидетельствует не договор банковского счета, а договор банковского вклада.

В деле Золотаса ЕСПЧ исходил из того, что деньги, находящиеся на счете, являются собственностью клиента. Поэтому распоряжение государством средствами заявителя без предоставления гарантий защиты его собственности нарушает его права. Суд использовал институт депонирования денежных средств как основание для возникновения отношений долга банка перед клиентом, что означает обязательство вернуть деньги клиента в том же смысле, как подлежит возврату имущество.

По мнению Европейского Суда, ограничение требований заявителя в отношении его собственного счета представляло собой вмешательство в его имущественные права. Данное вмешательство не было ни экспроприацией, ни мерой контроля за использованием собственности; следовательно, оно должно рассматриваться как вмешательство в право свободно пользоваться своим имуществом¹.

Для определения правомерности вмешательства Суд устанавливает, был ли достигнут справедливый баланс между требованиями общего интереса сообщества и требованиями защиты основных прав человека. Суд не сомневается в том, что срок исковой давности, установленный ст. 247 и 249 ГК Греции и ст. 3 Законодательного декрета № 1195/1942, преследовал законную цель. Как подчеркнул Апелляционный суд в решении от 6 апреля 2006 г., 20-летний срок давности для соглашений о депонировании денежных средств был оправдан с точки зрения общественных интересов, суть которых заключалась в прекращении в интересах общества правовых отношений, созданных так давно, что их существование стало неопределенным. Суд отметил, что греческая система законодательных ограничений, упомянутая выше, является разумной: 20-летний срок давности является

¹ См.: *Optim and Industerre v. Belgium* (decision), no. 23819/06, para. 35, 11 September 2012.

длительным, и заинтересованные лица без всяких затруднений могут остановить его. Срок исковой давности в отношении требований владельца счета прекращается, если владелец счета забирает свои средства (буквально «свой депозит») или совершает транзакцию на счете.

Тем не менее Суд посчитал, что такая радикальная мера, как временное ограничение требований в отношении банковского счета на том основании, что в течение определенного времени не было никаких операций на счете, может поставить владельцев счетов, особенно когда они являются обычными гражданами, не знакомыми с гражданским или банковским законодательством, в невыгодное положение по отношению к банку или даже государству в случаях истечения срока давности.

Обратим внимание: слова «невыгодное положение» («disadvantage») в данном случае означают не слабость клиента в отношениях с банком, а именно его уязвимость. В данном примере использование доктрины уязвимости носит ситуационный характер и зависит от обстоятельств дела, тогда как слабость означает наличие признаков, присущих перманентной природе того или иного лица. Критерий слабости применяется к обстоятельствам дела, а не вытекает из них.

Далее Суд отмечает, что в соответствии со ст. 830 ГК Греции, если лицо, которое вносит денежную сумму в банк, передает последнему право использовать данную сумму, банк должен сохранить ее и, если он ее использует в собственных целях, обязан вернуть эквивалентную сумму вкладчику при расторжении договора. Таким образом, владельцы счетов имеют право добросовестно полагать, что их депозиты в безопасности, особенно если они видят, что проценты зачислены на их счет. Они могут на законных основаниях ожидать, что им сообщат о любой ситуации, которая может поставить под угрозу соглашение, заключенное ими с банком, или их финансовые интересы, с тем чтобы они могли заранее предпринять необходимые шаги для соблюдения закона и защиты своих имущественных прав. Такое отношение доверия присуще банковским операциям и банковскому законодательству.

Суд также повторяет, что принцип правовой определенности подразумевается во всех статьях Конвенции и представляет собой один из фундаментальных аспектов верховенства права¹. По мнению Суда, государство несет позитивное обязательство защищать граждан и требовать, чтобы банки ввиду потенциально неблагоприятных последствий сроков давности информировали держателей неактивных

счетов о том, когда истекает срок исковой давности, и таким образом давали им возможность остановить течение срока давности, например путем выполнения транзакции на счете. Отсутствие необходимости предоставления какой-либо информации такого рода может нарушить справедливый баланс, который необходимо соблюдать между требованиями общего интереса сообщества и требованиями защиты основных прав человека. По мнению Европейского Суда, отсутствие такой информации налагало на заявителя в деле Золотаса чрезмерное и непропорциональное бремя, которое не может быть оправдано ни необходимостью прекращения правовых отношений, существование которых стало неясным, как утверждал Апелляционный суд в настоящем деле, ни для того, чтобы обеспечить надлежащее функционирование банковской системы.

Какие выводы можно сделать из дела Золотаса? Неужели европейская и российская доктрины основаны на прямо противоположных концепциях в отношении юридической природы банковского счета? Трудно признать, что деньги, депонированные на счете, составляют долг банка, а не собственность, принадлежащую клиенту. Однако эксперты по гражданскому праву считают, что отношения между банком и клиентом являются обязательными, а не частными, поскольку банк не хранит деньги своих клиентов. Деньги, внесенные клиентом на счет, в действительности не существуют. Внесенные деньги конвертируются в записи, фиксирующие входящие и исходящие операции. Депонированные средства становятся бухгалтерскими данными. Эта оценка основана на экономическом анализе банковского бизнеса, согласно которому банк как финансовый посредник берет деньги у клиентов и затем предоставляет консолидированные средства в форме кредита предпринимателям для финансирования экономики. Поэтому банк физически не хранит сберегательные деньги, потому что они работают на бизнес.

Сбережения, размещенные на банковских счетах, выглядят как электроны. Электроны существуют в форме волн и частиц одновременно, поэтому деньги клиентов существуют как собственность и обязательство одновременно. Однако есть различия между законом и физикой. Закон требует, чтобы интересы клиента были защищены в равной степени и максимально эффективно. В деле Золотаса было более эффективно понимать проблему как вмешательство в права собственности заявителя, а не как отказ от обязательства банка вернуть деньги заявителю после 20 лет бездействия по распоряжению счетом.

В других случаях, как, например, с несостоятельными банками, когда банк не исполняет указание клиента по оплате налога по при-

¹ См.: *Nejdet Sahin and Perihan Sahin v. Turkey* [G. C.], no. 13279/05, para. 56, 20 October 2011.

чине отсутствия денежных средств в распоряжении банка, неисполнение обязательства не может быть истолковано в пользу клиента. Применение обязательственной концепции в данном случае не означает, что права клиента защищены эффективно. Как раз наоборот: само по себе возникновение ситуации, при которой банк вдруг не может исполнить поручение клиента, вызвано отсутствием эффективных средств защиты.

В целом обязательственная концепция опасна, потому что банки становятся более уязвимыми, если власти вдруг остановят их деятельность (что и происходит в России в массовом порядке вне зависимости от неплатежеспособности банка). Если банк не работает по административной, а не экономической причине (деятельность банка приостановлена по решению регулятора), банк не может немедленно вернуть деньги всем своим клиентам, которые в панике начинают требовать обратно свои средства, что приводит к банкротству. В таких случаях регулятор может не заботиться о том, что пострададут деньги клиентов, потому что согласно российской концепции (а точнее, антиконцепции) они им не принадлежат. Однако признание права собственности клиентов на деньги, находящиеся на счетах, может служить задаче защиты интересов граждан, косвенно — самих банков и как результат экономики в целом.

В заключение необходимо отметить, что судебная доктрина как правовая идея не возникает спонтанно в результате чистого правового творчества. Судебная доктрина создается и развивается неустанным трудом, направленным на создание эффективной защиты прав и свобод. Таким образом, требование справедливости наполняется множеством критериев. Они вместе взятые составляют суть доктрины, и каждый из них является судебной доктриной.

Европейский опыт создания и использования судебной доктрины представляет собой целенаправленную человеческую деятельность. Понимание целей правового творчества обуславливает его эффективность. Российская практика старается воспринять этот опыт, и уже есть определенные успехи в этом направлении. Но работа продолжается. Работа по изучению этого опыта и формированию полезных выводов для реализации идеи правового государства.

§ 2. Доктрина правовой определенности и качества закона как образец судебного активизма

Доктринальные основы правовой определенности. Социальный порядок является благом, поддерживаемым общими принципами права — равенством, соразмерностью, правовой определенностью, ори-

ентируемым на системные факторы стабильности, устойчивости и развития¹. Благодаря правовой определенности реализуются законные ожидания граждан, что обеспечивает социальный порядок как основу гармоничного развития². Обратной стороной защиты законных ожиданий граждан является предсказуемость поведения этих граждан³, что определяет важность правовой определенности в сфере как публичного, так и частного права.

Определенность может иметь формальное и субстантивное выражение⁴. Формальная правовая определенность требует предсказуемости законов и принятых на их основе судебных решений. Они должны удовлетворять требованиям ясности, стабильности, разумности, чтобы с необходимой долей осмотрительности можно было предвидеть последствия от применения законов, в том числе исход судебного разбирательства. Субстантивная определенность относится к рациональной приемлемости законов, их легитимности. Дихотомия предсказуемости и приемлемости составляет классическое разделение между правовыми нормами в их содержании и в действии. Предсказуемость в крайнем проявлении означает, что законы неизменны, независимы, а их воздействие на общественные отношения может быть достоверно предопределено. Приемлемость означает создание рамок дискреции в применении законов, чтобы обеспечивать чувствительность права к контексту его применения, к каждому делу в отдельности⁵, что предопределяет необходимость судебного активизма.

Рассмотрим кратко идеи коммуникативной теории Ю. Хабермаса, в рамках которой определенность раскрывается в качестве императива любого intersubjectивного взаимодействия, что приводит к императиву правовой определенности. Социальная стабильность обеспечивается убежденностью сторон договора в едином понимании его смысла. Если стороны не могут прийти к консенсусу, они принимают общую формулировку, руководствуясь при этом разными соображениями. Очевидно, что каждая сторона надеется на разрешение результата в ее пользу либо на ничью. Подвижность предполагает действия правоприменителя в рамках заданной законом дискреции с учетом потребности в легитимности принятого реше-

¹ См.: Дедов Д. И. Системные факторы права. С. 711.

² Там же. С. 47—48.

³ См.: Habermas J. Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, 1996. P. 143.

⁴ См.: Paunio E. Beyond Predictability — Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order // German Law Journal. Vol. 10. No. 11. P. 1469.

⁵ См.: Ibid.

ния. В условиях выхода за пределы поля правотворческой свободы суд нарушает баланс стабильности и подвижности, из-за чего страдает авторитет права. Хабермас по этой причине указывает на необходимость последовательности правоприменительных решений, принимаемых в рамках существующей правовой системы, а также рациональной оправданности принятия исключений из общего правила¹. Следовательно, справедливо предположение, что именно разумность является «главным мерилom судебного активизма»². В своих исследованиях герменевтики права ЕС переводчик Суда ЕС Е. Пауньо указывает, что многие положения учредительных договоров Европейского Союза, построенные согласно концепции «соглашения не соглашаться», конкретизируются в практике Суда ЕС, вынужденного в каждом конкретном деле искать баланс стабильности и подвижности³, неизбежно прибегая к судебному активизму.

Хабермас отмечает, что установление баланса предсказуемости и легитимности создает напряжение в сфере правоприменения. В связи с этим он предлагает концепцию «зависимой от процедуры определенности права»⁴, согласно которой участники спора могут представить в суде обоснование своей позиции с учетом строгих процессуальных правил, обеспечивающих справедливое разбирательство. При этом определенность обеспечивается не заранее известным результатом спора, но заранее установленными правилами судебного разбирательства, гарантирующими легитимный результат. Таким образом, материальная определенность, состоящая из строгих и доступных для понимания правил поведения, содержащихся в законе, поддерживается процессуальной определенностью, гарантирующей строгость процедуры принятия правоприменительного решения тогда, когда закон молчит и судья должен решать, что справедливо в рамках имеющейся системы права.

Принцип правовой определенности широко известен российским юристам благодаря практике Европейского Суда по правам человека с процессуально-правовой и материально-правовой стороны. С точки зрения правоприменительного процесса правовая определенность означает неопровержимость вступивших в силу судебных решений (*res judicata*), а также строгость установленных законом сроков, запрещающую без весомых оснований восстанавливать пропущенные

процессуальные сроки и придавать закону обратную силу. С материально-правовой стороны правовая определенность выражается ясностью и стабильностью правового регулирования¹. Совокупность обозначенных материально-правовых значений принципа правовой определенности можно условно именовать требованием качества закона: его ясность выражается в предсказуемости результата применения, в его принятии с соблюдением предусмотренных демократических процедур и в недопустимости произвольной отмены предоставленных им гарантий. Правовая определенность гарантирует ясность принятия, действия и последствий реализации норм права.

Содержательное наполнение принципа правовой определенности в практике Европейского Суда по правам человека, а также в практике высших судов стран — участниц Европейской конвенции² является одним из наиболее ярких примеров влияния выработанных правовых доктрин на формирование права. При этом подобное утверждение правовой доктрины в роли судебной доктрины невозможно без активной роли суда в правореализационной деятельности³ во многом в силу абстрактного характера норм Конвенции. Юрисконсульт ЕСПЧ М. де Сальвиа отмечал: «В системе Конвенции, которая включает в себя перечень прав, составляющих *основное ядро европейской конституционности*, норма не является самоцелью. Она необходима для того, чтобы выявить суть права, которое следует из судебной интерпретации»⁴. Сам Европейский Суд также указывал, что «при толковании Конвенции необходимо учитывать ее особый характер как договора о коллективной гарантии прав человека и основных свобод»⁵.

Свойственное англосаксонской правовой системе отношение к суду как к независимому арбитру, оценивающему доводы сторон разбирательства на основе принципа состязательности, казалось бы, не

¹ Названные значения правовой определенности употребляются в юридической литературе в той или иной форме. Например, Н. А. Власенко указывает следующие ее значения: «предсказуемость», «стабильность», «точность» и «закон обратной силы» не имеет. См.: Власенко Н. А. Указ. соч. С. 120.

² Например, на правовую определенность как на компонент принципа верховенства права, закрепленного в национальной конституции, указывал Конституционный суд Венгрии. См.: *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary* (app. no. 201/17), para. 34. При этом в указанном решении правовая определенность означает необходимость реализации права согласно его предназначению (para. 79).

³ См.: Ибрагимова Ю. Э. Роль судебных доктрин в практике арбитражных судов // Журнал российского права. 2020. № 4. С. 172—185.

⁴ Сальвиа де М. Европейская конвенция по правам человека. СПб., 2004. С. 67.

⁵ Постановление Европейского Суда по правам человека от 7 июля 1989 г. «Серинг против Соединенного Королевства» // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000. С. 637—658.

¹ См.: Habermas J. Op. cit. P. 198—199.

² Ковлер А. И. Европейская Конвенция в международной системе защиты прав человека. С. 146.

³ См.: Paunio E. Beyond Predictability — Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order. P. 1472.

⁴ Habermas J. Op. cit. P. 220.

предполагает активизма судей в процессе слушаний по делу. Однако именно этой правовой системе свойственно принятие решений *contra legem*, а также уход от старых прецедентов к новым, через критику предшествующих прецедентов с позиций существенного изменения обстоятельств. Вместе с тем инквизиционный процесс, характерный для стран романо-германского права, делает упор на всестороннее и полное исследование доказательств и предполагает более активную роль суда в формировании материалов дела и установлении фактов. Советский активизм суда требовал сверх того установления абсолютной истины по делу, что обосновывало вмешательство суда в сбор и оценку доказательств на этапе судебных слушаний. Несмотря на предпринятые после принятия Конституции РФ 1993 г. многочисленные судебные реформы, институциональная инерция¹, заключающаяся в прогнозируемом сохранении на ближайшие два-три поколения российских судей советских практик и профессионального правосознания, передаваемых по наследству новым кадрам, по-прежнему тяготеет к справедливому правосудию в ущерб справедливому судебному процессу. А. И. Ковлер в связи с этим отметил, что задумкой «отцов-основателей» Европейской конвенции по правам человека, судя по подготовительным документам (*Travaux préparatoires*), являлся принцип «защита прав человека на 80% в процедуре, остальное — в установлении справедливости»².

Таким образом, судебный активизм может иметь две формы: 1) более активная роль суда по вопросам фактов дела (романо-германская традиция); 2) более активная роль суда по вопросам права (англосаксонская традиция). В условиях конвергенции правовых систем неизбежно распространяется судебный активизм по вопросам права. Наднациональные судебные органы, практика которых строится на прецедентных началах, определяют содержание международных договоров с учетом запроса современности, что в теории международного права получило название «эволютивное толкование»³. Этому способствует высокая абстрактность применяемых международными судами норм, устанавливающих перечень общих принципов и минимальных гарантий.

¹ См.: Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред. В. В. Волкова. М., 2012. С. 11.

² Ковлер А. И. Европейская конвенция: проблемы толкования и имплементации. С. 127.

³ См.: Ибрагимова Ю. Э., Мехтиева М. Г. Эволютивное толкование норм, регулирующих международные финансовые механизмы в практике международных судебных органов // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 2 (63). С. 127—133.

Важную роль в восприятии правовой определенности на доктринальном и практическом уровне в России сыграл Конституционный Суд РФ, в постановлениях которого подробно анализировалась практика ЕСПЧ, причем не только по российским делам, но и по иным. Известно, что практика ЕСПЧ может оказывать на судей непосредственное и опосредованное влияние¹. Непосредственное имеет место тогда, когда суд ссылается на постановления ЕСПЧ напрямую, руководствуясь первоисточником. Опосредованное означает заимствование, которое становится возможным в связи с прохождением постановлений ЕСПЧ через фильтр высших национальных судов. В связи с этим важно заметить, что после наделения Конституционного Суда РФ полномочиями по оценке возможности исполнения постановлений международных судов по правам человека данный Суд стал необходимым элементом имплементации постановлений ЕСПЧ в национальное законодательство и правоприменительную практику. Применительно к доктринам правовой определенности и качества закона можно утверждать, что благодаря практике Конституционного Суда РФ в целом они нашли всестороннее отражение в российской правовой системе. При этом Конституционный Суд РФ указывает на сходство конвенционной и конституционной систем отправления правосудия и аналогичность установленных Конвенцией и Конституцией РФ прав². При этом отсутствие в Конституции РФ принципа верховенства права не мешает применять принцип правовой определенности в качестве компонента конституционного принципа равенства, также требующего создания режима защиты граждан от произвола и социальной стабильности³. Как отметил судья Конституционного Суда РФ К. В. Арановский, «что касается поддержки практики Европейского суда по правам человека, то в России нет, пожалуй, иного, чем Конституционный Суд, юрисдикционного органа (тем более политического или административного), который стоял бы к ней ближе по настроениям, смыслу принимаемых решений и верности гражданской свободе»⁴.

¹ См.: Суд и государство / под ред. Л. В. Головки, Б. Матвеев. М., 2018. С. 112.

² См. постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 11 и пунктов 3 и 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Ленинградского окружного военного суда».

³ См. постановления Конституционного Суда РФ от 19 июня 2002 г. № 11-П, от 29 января 2004 г. № 2-П, от 17 ноября 2005 г. № 11-П, от 24 декабря 2013 г. № 30-П; определение Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2019 г. № 3318-О.

⁴ Арановский К. В. Условия согласования практики международного и конституционного правосудия // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 3. С. 6.

Как было отмечено выше, наиболее явно судебный активизм проявляется через применение общих, наиболее абстрактных принципов права. Применение таких принципов всегда связано с тем, что они «растворены» в праве, «разлиты в нем» и выражают сквозные идеи права, основанные на закономерностях общественной жизни¹. Одни принципы существуют в форме норм-принципов, другие остаются принципами-идеями². В ходе применения и тех и других большое значение приобретает правовая доктрина, позволяющая создать представление о содержании общих принципов права, задать направление их практической реализации. Нормативное ограничение общих принципов права какими-либо рамками противоречит их природе ориентиров справедливого правосудия, в связи с чем отражение таких принципов в судебных актах является наиболее удобным способом их внедрения в юридическую практику. Данная практика становится предметом анализа правовой доктрины, где получает развитие, обеспечивая диалектическое единство научно-практического знания. Как и право в целом, общие принципы права имеют конкретно-историческое содержание, подлежат толкованию исходя из потребностей современного общественного развития, служения эффективности. Процессы наднациональной интеграции, ведущие к сближению правовых систем, глобализируют данные процессы, требуя учета не только национального, но и зарубежного научно-практического опыта.

Бывший глава Американской ассоциации юристов Р. Стейн отметил: «Принцип права, значащий все, не значит ничего»³, учитывая верховенство права, составным компонентом которого традиционно считается правовая определенность наряду с прозрачным законодательством, запретом произвола, доступом к правосудию, соблюдением прав человека и равенством перед законом⁴. Верховенство права — один из столпов Совета Европы, доктринальные представления о котором основаны на ограничении публичной власти правом, на особой роли судов в деле защиты прав человека, на его взаимосвязи с основными документами в области прав человека: Всеобщей де-

кларацией прав человека 1948 г. и Конвенцией о защите прав человека и основных свобод¹. Именно как компонент верховенства права принцип правовой определенности упоминается и в постановлениях Европейского Суда по правам человека. Оценка Европейским Судом обстоятельств дела всегда основывается на данном принципе, который имплицитно присутствует во всех статьях Конвенции и образует один из фундаментальных аспектов верховенства права. По замечанию Европейского Суда, неопределенность, будь она правовой, административной или вытекающей из применяемой властями практики, является фактором, который должен оцениваться Европейским Судом при исследовании поведения властей². Таким образом, исследование обстоятельств дела на соответствие принципу правовой определенности осуществляется Европейским Судом индивидуально в каждом конкретном случае³. При этом основой для судебной оценки на соответствие действий властей названному принципу служит выработанная ЕСПЧ прецедентная практика.

Применение принципа правовой определенности Европейским Судом по правам человека. В связи с ратификацией Европейской конвенции по правам человека в 1998 г. Российская Федерация приняла на себя обязательства исполнения требований Конвенции, в том числе с учетом ее толкования ЕСПЧ⁴. В результате в отечественной правовой системе произошло перестраивание укоренившегося в правоприменительной практике подхода к справедливости правосудия. Существовавшая с советских времен возможность неоднократного пересмотра вступивших в законную силу судебных постановлений нуждалась в модернизации в связи с ограничениями, накладываемыми ст. 6 Конвенции. После постановления по делу «Рябых против России» 2003 г.⁵ в судебных решениях российских судов кассационного уровня повсеместно стали встречаться ссылки на принцип правовой определенности в значении *res judicata*, обосновывающие отказ в передаче кассационной жалобы на рассмотрение по существу. Произошла настоящая экспансия правовой определенности в российскую правовую систему с уклоном в его процессуальную составляющую

¹ См.: Алексеев С. С. Собрание сочинений: в 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: курс лекций. М., 2010. С. 101.

² См.: Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права. М., 2006. С. 42.

³ Stein R. Rule of Law: What Does it Mean? // Minnesota Journal of International Law. Vol. 18. Iss. 2. 2009. P. 296.

⁴ См.: CDL-AD(2011)003 rev, Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), Доклад о верховенстве права, принятый Венецианской комиссией на ее 86-й пленарной сессии (Венеция, 25—26 марта 2011 г.), § 41; The World Justice Project. What is the Rule of Law? URL: <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>.

¹ См.: Грачева С. А. Доктрина верховенства права и судебные правовые позиции // Журнал российского права. 2014. № 4. С. 37.

² См.: *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* (app. no. 13279/05), para. 56

³ См.: Постановление ЕСПЧ от 23 июля 2009 г. ««Сутяжник» против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2010. № 3.

⁴ См. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней».

⁵ *Ryabykh v. Russia* (app. no. 52854/99).

и игнорированием материально-правового требования качества закона. Внедрение в практику российских судов правовой определенности во всех вкладываемых Европейским Судом значения заняло еще десятилетие. И. С. Дикарев верно указал: «Как правило, в судебной практике и юридической литературе принцип правовой определенности связывается прежде всего с требованием стабильности окончательных судебных решений (именно в этом контексте в основном встречаются ссылки высших судебных органов на данный принцип)»¹. Однако из постановлений ЕСПЧ можно установить множество иных значений данного принципа.

Впервые указание на принцип правовой определенности встречается в постановлении ЕСПЧ по делу «Голдер против Соединенного Королевства» от 21 февраля 1975 г. в особом мнении судьи Вердросса в части недопустимости расширительного толкования Конвенции². Затем в постановлении «“Санди Таймс” против Соединенного Королевства» от 26 апреля 1979 г. отмечена ссылка на правовую определенность в позициях заявителей³. В постановлении «Маркс против Бельгии» от 13 июня 1979 г. ЕСПЧ указал: «...принцип правовой определенности, который неотъемлемо присущ праву Конвенции и праву сообщества, позволит Бельгии не прибегать к пересмотру судебных решений или ситуаций, имевших место до принятия настоящего Судебного решения»⁴. Таким образом, впервые принцип правовой определенности был истолкован Европейским Судом как *res judicata*: недопустимо пересматривать дело, решение по которому вступило в силу. В дальнейшем ЕСПЧ напоминал⁵, что принцип правовой определенности неотъемлемо присущ праву Конвенции, однако в самом ее тексте не закреплен. Правовая определенность является компонентом принципа верховенства права (*rule of law*), закрепленного в ст. 3 Устава Совета Европы и преамбуле Конвенции. Нарушение правовой определенности может быть оправдано только необходимостью, вызванной существенными и непреодолимыми обстоятельствами, такими как исправление фундаментальных и судебных ошибок, либо появлением вновь открывшихся обстоятельств по делу, недоступны во время рассмотрения дела, что должно

подтверждаться доказательствами. Вновь открывшееся обстоятельство должно иметь решающее значение для дела, иначе отмена судебного решения на его основании квалифицируется Европейским Судом как «завуалированное обжалование»¹.

Принцип правовой определенности не является абсолютным, поскольку он входит в конкуренцию с принципом справедливости правосудия. Отход от принципа правовой определенности в большей мере допустим по уголовным делам, чем по гражданским. По уголовным делам правовая определенность должна толковаться в совокупности с п. 2 ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции, который прямо позволяет государствам возобновлять производство по делу ввиду открытия новых обстоятельств или в случае, когда обнаружены существенные недостатки, допущенные в ходе предыдущего судебного разбирательства, которые могли повлиять на исход судебного разбирательства².

Закон, наделяющий одну из сторон неограниченной дискрецией использования средств правовой защиты либо устанавливающий существенный дисбаланс в их использовании, противоречит правовой определенности³. В постановлении «Ресин против России» ЕСПЧ критически оценил взаимосвязанные положения ст. 77¹ УИК РФ и ст. 18 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений». Европейский Суд отметил: «...указанное положение не соответствует требованию “качества закона”, поскольку оно наделяет органы государственной власти, в производстве которых находится дело, неограниченным усмотрением при решении вопроса о разрешении или отказе в разрешении свиданий. Закон не ограничивает пределы усмотрения и порядок его осуществления и лишает заключенного минимальной защиты от произвола или злоупотреблений, на которую лица имеют право в соответствии с принципом верховенства права в демократическом обществе»⁴.

Нарушающими правовую определенность признает ЕСПЧ также действия властей, направленные на введение заявителей в заблуждение об их правовом статусе. В постановлении «Георгий Николаишвили против Грузии» Европейский Суд установил, что заявитель был приглашен на допрос в качестве свидетеля, но в процессе допроса выяснилось, что целью органов уголовного преследования было привлечение заявителя в качестве обвиняемого по другому уго-

¹ Дикарев И. С. Принцип правовой определенности и стабильность окончательных судебных решений в уголовном процессе // Судья. 2014. № 10. С. 33.

² См.: *Golder v. The United Kingdom* (app. no. 4451/70).

³ См.: *Sunday Times v. The United Kingdom* of 26 April 1979, para. 47.

⁴ *Marekx v. Belgium* (app. no. 6833/74), para. 58.

⁵ В теории международного права формулировка «напоминает» (*reiterates*) обозначает обычно-правовой характер нормы или принципа международного права. См.: Зимненко Б. Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. Общая часть: курс лекций. М., 2010. С. 46.

¹ См.: «Праведная против России» (*Pravednaya v. Russia*) (app. no. 69529/01), § 32.

² См.: «Никитин против России» (*Nikitin v. Russia*) (app. no. 50178/99).

³ См.: *Mihalache v. Romania* (app. no. 54012/10), para. 115.

⁴ *Resin v. Russia* (app. no. 9348/14), para. 36.

ловному делу. Таким образом, заявитель не был осведомлен о подлинных причинах интереса к нему у властей. В связи с этим ЕСПЧ указал, что «скрытые методы уголовного преследования могут подорвать правовую определенность, внушить чувство незащищенности лицам, привлекаемым в качестве свидетелей, и поставить под сомнение уважение и доверие общества к органам преследования»¹. Таким образом, правовая определенность предполагает необходимость уважения законных ожиданий граждан.

Следует отметить, что Европейский Суд сам связан требованиями правовой определенности, в том числе установленным ст. 35 Конвенции шестимесячным сроком подачи жалобы, а также обязанностью следования данному ранее толкованию общих принципов права².

Таким образом, правовая определенность предполагает защиту граждан от произвола, а также обеспечение их законных ожиданий.

Доктрина качества закона в практике Европейского Суда по правам человека. Поскольку принцип правовой определенности требует ясности текста закона и последствий его применения, Европейский Суд определяет соответствующим требованием качества тот закон, который толкуется и применяется внутригосударственными органами строго и последовательно. Задачей Европейского Суда является «не абстрактное рассмотрение внутригосударственного законодательства, а определение того, вызвало ли его применение по отношению к заявителю нарушение Конвенции или нет»³. ЕСПЧ также исходит из автономного толкования понятий, установленных Конвенцией, при оценке качества закона. Например, «окончателность» судебного решения в автономном смысле Конвенции предполагает истечение предусмотренного законом стандартного срока на его обжалование⁴. Отсюда принятие к рассмотрению жалобы на судебное решение за пределами такого срока в любом случае предполагает не стандартную, а экстраординарную правовую процедуру (например, восстановление пропущенного по уважительной причине срока судом).

Доктрина качества закона, отраженная в постановлениях ЕСПЧ, означает необходимость формулирования его положений со степенью точности, позволяющей установить последствия от его приме-

нения, в том числе прибегнув к услугам профессионального советника¹. Данная доктрина устанавливает требования не просто законности ограничения прав и свобод, но ясности соответствующих законодательных формулировок. В постановлении по делу «Навальный против России» ЕСПЧ, сославшись на свою богатую прецедентную практику, отметил: «...выражение “предусмотрено законом”, используемое в статьях 8—11 Конвенции, не только требует, чтобы у обжалуемой меры были юридические основания в законодательстве страны, но и имеет отношение к качеству закона, требуя, чтобы он был доступен тем, кого он касается, и предсказуем с точки зрения последствий своего применения»². Европейский Суд установил, что «положения Закона о собраниях не предусматривали адекватных и эффективных правовых гарантий против вмешательства публичных властей в осуществление права на свободу собраний и поэтому не отвечали Конвенционным требованиям “качества закона”»³.

Доктрина качества закона получила широкое распространение в практике Европейского Суда в связи с указанием в тексте Конвенции и в Протоколах к ней формулировок «установлено законом» («prescribed by law») — ст. 5, «предусмотрено законом» («established by law») — ст. 6, «в соответствии с законом» («in accordance with law») — ч. 3 ст. 2 Протокола № 4 и т. д., что означает необходимость ограничения прав и свобод только в той мере, которая заранее определена национальным правом. Например, в силу ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции «никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права». Согласно ч. 3 ст. 2 Протокола № 4 к Конвенции «свобода передвижения не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности или общественного спокойствия, для поддержания общественного порядка, предотвращения преступлений, охраны здоровья или нравственности или для защиты прав и свобод других лиц».

Таким образом, соответствие закону не является единственным условием возможности ограничения прав и свобод. Данный закон должен быть необходимым в демократическом обществе, защищать общественные интересы, более значимые, чем интересы отдельного лица. Отсюда баланс общественных и частных интересов зависит от

¹ *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia* (app. no. 37048/04), para. 56.

² См.: «Томов и другие против России» (*Tomov and Others v. Russia*) (app. no. 18255/10), § 123.

³ *Savva Terentyev v. Russia* (app. no. 10692/09), para. 55; *Perincek v. Switzerland* (app. no. 27510/08), para. 136.

⁴ См.: *Mihalache v. Romania* (app. no. 54012/10), para. 110; *Sergey Zolotukhin v. Russia* (app. no. 14939/03), para. 109.

¹ См., например: *Kafkaris v. Cyprus* (app. no. 21906/04), para. 150.

² *Navalnyy v. Russia* (app. no. 29580/12), para. 114.

³ *Ibid.*, para. 183.

применимой статьи Конвенции, значимости охраняемых ею прав. Требования к закону выше применительно к делам о нарушении ст. 5 Конвенции, чем ст. 8 Конвенции¹. В постановлении «З. А. и другие против России» Европейский Суд указал: «...любое лишение свободы должно осуществляться “в соответствии с предусмотренной законом процедурой”, которая отвечает критерию “качества закона”, а также быть свободным от произвола. Если речь идет о лишении свободы, существенно важно, чтобы соблюдался общий принцип правовой определенности и чтобы во внутригосударственном законодательстве были бы четко определены условия лишения свободы, а также установлены предвидимые последствия применения самого закона... При разрешении вопроса о заключении под стражу установленная законом процедура подлежит особо строгому рассмотрению»².

Применительно к закрепленному в ч. 1 ст. 5 правилу «установлено законом» ЕСПЧ указывает: «...в соответствии с прецедентной практикой по пункту 1 статьи 5 Конвенции любое лишение свободы не только должно основываться на одном из исключений, перечисленных в подпунктах “а”–“f” указанной статьи Конвенции, но и должно быть “законным”. Если рассматривается вопрос о “законности” содержания под стражей, в том числе о том, был ли соблюден “порядок, установленный законом”, Конвенция в основном ссылается на внутригосударственное законодательство и налагает обязательство соблюдения материальной и процессуальной составляющих внутригосударственного законодательства. В первую очередь это положение означает, что любое задержание или заключение под стражу должно иметь правовую основу во внутригосударственном законодательстве, однако указанное положение также относится к качеству закона, требуя, чтобы он был совместим с принципом верховенства права, концепции, присущей всем статьям Конвенции»³.

Яркий пример нарушения качества закона содержится в постановлении по делу «Насруллоев против России»⁴. Европейский Суд констатировал, что в России не определен порядок заключения под стражей лица, ожидающего выдачи в рамках Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., что повлекло произвольное лишение свободы подлежащих выдаче граждан на неопределенный срок в противоречии с закрепленным в ч. 1 ст. 5 Конвенции требованием качества закона, а также вытекающим из принципа верховенства

права требованием правовой определенности. Европейский Суд установил следующие обстоятельства, позволяющие прийти к обозначенным выводам.

1. Непоследовательность применения права. ЕСПЧ отметил отсутствие согласованности в действиях государственных органов, касающихся определения правил применения уголовно-процессуального законодательства при применении меры пресечения в виде заключения под стражу. Отмечена нелогичность действий властей, которые сначала отказывались применить национальные установления о максимальном сроке содержания под стражей при избрании меры пресечения, закрепленные в ст. 109 УПК, а затем со ссылкой на них продлили срок содержания на 14 дней (к проведенному заявителем под стражей трехлетнему сроку вместо положенных 18 месяцев) (§ 75).

2. Лишение права на обжалование. Лица, ожидающие экстрадиции, не имели возможности подать жалобу на решение суда об избрании меры пресечения, поскольку действовавший в то время УПК не содержал специальной нормы для лиц, подлежащих экстрадиции. Статья 108 УПК регулирует первоначальное помещение под стражу; ст. 109 УПК устанавливает сроки, в рамках которых прокурор должен ходатайствовать перед судом о продлении срока содержания лица под стражей. Рассматривая ходатайство обвинения, суд решает вопрос о законности и обоснованности продления. Предполагается, что заключенный имеет право участвовать в этой процедуре, заявлять доводы перед судом и ходатайствовать об освобождении из-под стражи. Однако в текстах ст. 108 и 109 УПК не упоминалось право заключенного инициировать такой пересмотр (§ 88). Кроме того, УПК не предусматривал специального статуса лица, задержанного по запросу иностранного государства и подлежащего выдаче, как участника уголовного процесса, что исключало право такого лица принимать участие в предусмотренных законом процедурах (§ 89). Заявитель не являлся ни «подозреваемым», ни «обвиняемым», ни иным участником уголовного дела, поскольку в Российской Федерации в отношении него такого дела не возбуждалось (§ 26, 28, 31 и 33). В данной ситуации заявитель лишился права на безотлагательное рассмотрение судом вопроса о законности заключения под стражу, на периодический пересмотр постановления о заключении под стражу, что установлено для участников уголовного процесса.

Правовая определенность требует качества не только примененного закона, но и закона о компетенции соответствующего судебного или административного органа. Оценке подлежат формальные и субстантивные характеристики деятельности такого органа. В по-

¹ См.: *Fernandes de Oliveira v. Portugal* (app. no. 78103/14), para. 119.

² *Z. A. and Others v. Russia* (app. no. 61411/15, 61420/15, 61427/15 and 3028/16), para. 161.

³ *Mangir and Others v. Moldova and Russia* (app. no. 50157/06), para. 36.

⁴ *Nasrulloev v. Russia* (app. no. 656/06).

становлении по делу «Иласку и другие против Молдовы и России» ЕСПЧ рассмотрел вопрос о вынесении приговора судом Приднестровской Молдавской Республики (ПМР), признанным нелегитимным. Европейский Суд указал на значимость функционирования национального суда на конституционных и правовых основаниях, отражающих судебные традиции, соответствующие Конвенции (§ 436). При этом Европейский Суд сделал оговорку о том, что «в некоторых случаях суд, входящий в судебную систему образования, не признанного в соответствии с международным правом, может считаться судом, “созданным на основании закона”, при условии, что он является звеном судебной системы, функционирующей на “конституционных и правовых основаниях” и отражающей судебные традиции, соответствующие Конвенции, чтобы частные лица могли пользоваться конвенционными гарантиями», что было установлено, например, в деле «Кипр против Турции»¹, в котором ЕСПЧ сравнил деятельность судов северной и южной части Кипра (§ 231).

В деле «Мозер против Молдовы и России» Европейский Суд со ссылкой на дело Иласку пришел к выводу, что у него нет оснований полагать судебную систему ПМР отражающей судебную традицию, совместимую с Конвенцией, аналогично системе, функционирующей на остальной части Республики Молдова. При этом ЕСПЧ отметил, что при принятии Республики Молдова в состав Совета Европы была проанализирована ее судебная система и получено соответствующее заключение, чего не было осуществлено по отношению к ПМР. Таким образом, Европейский Суд оценивает законность правоприменительного решения также исходя из наличия у принявшего это решение органа предусмотренной законом компетенции. При этом остается возможность маневра благодаря оценке сущностной (субстантивной) стороны его деятельности и легитимности принятого решения.

Рассмотрим в связи с этим еще один процессуальный вопрос, на этот раз не уголовный, а гражданский. В известном деле «Сутяжник» против России», заявитель — некоммерческая организация оспаривал законность отмены вступившего в законную силу решения арбитражного суда в связи с установлением отсутствия подведомственности арбитражным судам дел с участием некоммерческих организаций. ЕСПЧ указал: «...правила, касающиеся юрисдикции, в принципе должны соблюдаться. Однако при конкретных обстоятельствах настоящего дела Европейский Суд не усматривает какую-либо настоятельную общественную необходимость, которая бы

оправдала отступление от принципа правовой определенности. Решение (арбитражного суда) было отменено прежде всего в интересах правового пуризма, а не с целью устранения ошибки, имеющей существенное значение для судебной системы»¹. В особом мнении судьи Ковлер и Штейн отметили: «...отсутствие подведомственности ведет не к оспоримости, а к недействительности решений арбитражных судов. ...При рассмотрении дела Большой палатой само понятие “существенной ошибки” могло бы быть раскрыто более детально. Подобное разъяснение могло бы быть значимым, так как принцип правовой определенности зачастую вступает в конкуренцию с принципами законности и справедливости судебного разбирательства. ЕСПЧ пояснял, что при определенных обстоятельствах правовая определенность может быть нарушена для исправления “существенного нарушения” или “судебной ошибки”. Однако эти понятия на сегодняшний день не имеют точного определения. Европейский Суд должен решить в каждом деле, насколько оправданным был отход от принципа правовой определенности»².

Важным элементом доктрины качества закона является автономность конвенционного понятия законности³, которая «предусматривает условия, касающиеся доступности и предсказуемости “закона”, а также требование о предоставлении мер защиты от произвольных вмешательств со стороны властей в права, гарантированные Конвенцией»⁴. Европейский Суд оценивает не саму норму закона, а результат ее применения. В отсутствие соответствующей национальной судебной практики вывод о нарушении требований качества закона сделан быть не может, поскольку Европейский Суд не уполномочен толковать национальное законодательство⁵. При этом важно, чтобы лицо, подавшее жалобу, было жертвой нарушения конвенционных прав, было непосредственно затронуто обжалуемой мерой. В связи с этим Европейский Суд признавал жалобы, поданные в порядке *actio popularis* (в интересах неопределенного круга лиц) и *in abstracto* (отвлеченно от конкретного факта), неприемлемыми. Однако из этого правила имеется исключение⁶. В постановлении по делу «Захаров против России», касающемуся системы тайного про-

¹ *Sutyazhnik v. Russia* (app. no. 8269/02).

² *Ibid.*

³ См.: *Mihalache v. Romania* (app. no. 54012/10), para. 112.

⁴ *Ibid.*

⁵ См.: *Wloch v. Poland* (app. no. 27785/95), paras. 114—116; *Winterwerp v. the Netherlands* (app. no. 6301/73), paras. 48—50.

⁶ См. также: Ковлер А. И. Европейская конвенция: проблемы толкования и имплементации. С. 180—181.

¹ *Cyprus v. Turkey* (app. no. 25781/94).

слушивания мобильной связи, Европейский Суд указал: «...заявитель имеет право считаться жертвой нарушения Конвенции, хотя он не может утверждать, что подвергался определенной мере наблюдения в поддержку его жалобы. По тем же причинам само существование оспариваемого законодательства составляет вмешательство в осуществление его прав в соответствии со статьей 8 Конвенции. Европейский Суд, следовательно, отклоняет возражение властей Российской Федерации относительно отсутствия “статуса жертвы” заявителя»¹. Подобный подход объясняется особенностью дел, в которых заявитель не имеет возможности получить информацию о факте нарушения его прав. В своей прецедентной практике Европейский Суд уже указывал, что считает «неприемлемым, что гарантия осуществления права, предусмотренного Конвенцией, может, таким образом, быть устранена простым фактом того, что данное лицо осталось в неведении по поводу нарушения»². В деле Захарова Европейский Суд установил, что предсказуемость законодательства об оперативно-розыскной деятельности не предполагает, что лицо должно иметь возможность предвидеть, когда его мобильное устройство будет прослушиваться, поскольку это позволит ему соответствующим образом адаптировать его поведение. Однако, чтобы избежать рисков злоупотреблений, «крайне важно иметь четкие, подробные правила для прослушивания телефонных разговоров, особенно когда доступная для использования технология постоянно становится все более изощренной. Внутригосударственное законодательство должно быть достаточно ясным, чтобы предоставлять гражданам адекватное представление об обстоятельствах и условиях, при которых органы государственной власти имеют право прибегать к любой такой мере» (§ 229). ЕСПЧ также указал: «...поскольку практическая реализация мер негласного контроля сообщений не подлежит контролю со стороны заинтересованных лиц или общества в целом, предоставление исполнительным органам или суду правовой дискреции, выражающейся в неограниченных полномочиях, противоречило бы верховенству права. Следовательно, закон должен с достаточной ясностью указывать объем такой дискреции, передаваемой компетентным органам, и способ ее использования, чтобы обеспечить лицу адекватную защиту от произвольного вмешательства» (§ 230)³.

¹ *Zakharov v. Russia* (app. no. 47143/06), para. 178.

² *Klass and Others v. Germany* (app. no. 5029/71), para. 36. Ссылка на данное постановление содержится в совпадающем особом мнении Д. Дедова к постановлению *Zakharov v. Russia*.

³ Подробнее см.: Защита данных: научно-практический комментарий к судебной практике / отв. ред. В. В. Лазарев, Х. И. Гаджиев. М., 2020.

Выводы.

1. Правовая определенность и качество закона являются взаимосвязанными доктринами, функциональное значение которых заключается в недопущении произвола со стороны государства по отношению к гражданам и в обеспечении защиты законных ожиданий граждан.

2. Рассматриваемые доктрины являются наиболее общими, универсальными, в связи с чем могут быть применены к любым категориям дел в зависимости от компетенции применяющего их суда. Данные доктрины наполняются новым, конкретным содержанием в судебной практике.

3. Доктрины правовой определенности и качества закона развиваются благодаря судебному активизму ЕСПЧ, оказывающему положительное воздействие на российскую правовую систему, воспринимающую указанные доктрины опосредованно, через практику Конституционного Суда РФ.

§ 3. Роль судебных доктрин в арбитражной правоприменительной практике как способ восполнения пробела в законодательстве

1. *Судебные доктрины в российском праве.* Основным инструментом правового регулирования общественных отношений является позитивное право, т. е. «право наличное, реально и официально существующее, “сделанное” людьми и связанное с их деятельностью, с деятельностью официальных государственных органов»¹. Следовательно, к позитивному праву относятся все нормативные правовые акты, издаваемые официальными властными органами. Данные правовые нормы подпадают под общее понятие «закон».

В законе содержатся правила поведения, дающие юристу, адвокату, судье и другим лицам в сфере правоприменения возможность не просто урегулировать общественные отношения, но и разрешить возникшие споры и социальные конфликты. Однако в некоторых случаях норма права отсутствует или применение формально предусмотренной для данной ситуации нормы может привести к несправедливому результату. В таких случаях обязательства по устранению дефекта ложатся на судью, которому необходим более гибкий инструмент, позволяющий учесть все обстоятельства конкретной ситуации и в зависимости от этого правильно разрешить дело.

Данным инструментом могли бы выступить выработанные судебной практикой судебные доктрины, способные облегчить правоприменение.

¹ Алексеев С. С. Теория права. М., 1995. С. 75.

менение и «в ряде случаев заменить громоздкие нормативные акты либо акты введения в действие правовой нормы, которые порой страдают отсутствием согласованности и ясности, точности и предсказуемости, создавая сложности в их применении»¹, а также минимизировать и исключить негативное влияние со стороны правовой регламентации и восполнить пробелы².

Понятие судебной доктрины законодателем не закреплено, но в судебных решениях можно встретить его упоминание³. Единого подхода к понятию и формам судебных доктрин учеными-юристами также не выработано⁴. Иногда упоминания о судебной доктрине растворяются в текстах юридических статей, и невозможно установить, подразумевают под ними авторы правовую доктрину, судебную практику или судебный прецедент. Так, А. Н. Чашин под судебной доктриной понимает некий документ, содержащий систематизированные нормативные положения, выработанные судебной практикой⁵. Поскольку в отличие от обзоров судебной практики, принимаемых Президиумом Верховного Суда РФ, указанные доктрины не являются сборниками практики толкования норм права, такие доктрины сотрут различия между правовой позицией суда и судебным прецедентом. По существу, такая доктрина будет представлять собой сборник прецедентов.

Лаконичным представляется определение судебной доктрины Е. В. Тарибо, который считает, что судебную доктрину имеет смысл рассматривать в качестве универсального подхода, принципа, которым пользуются суды при разбирательстве дел определенной категории⁶. Судебная доктрина также способна облегчить правоприменение, избавив его от экспансии законодательного регулирования⁷.

На основании изложенного видится наиболее правильным для целей настоящего параграфа следующее определение судебной доктрины: «**Судебная доктрина** — это основанная на правовой доктрине,

¹ Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения. С. 15.

² Там же.

³ См., например, постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 г. № 1-П; определение Конституционного Суда РФ от 11 марта 2005 г. № 148-О.

⁴ См., например: Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции. С. 34—38; Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения. С. 14—27.

⁵ Подробнее см.: Чашин А. Н. Судебная доктрина как источник административного права России // Административное право и процесс. 2017. № 8. С. 18—20.

⁶ См.: Тарибо Е. В. Судебно-конституционная доктрина «факультативности налоговых льгот»: пределы применения // Журнал конституционного правосудия. 2003. № 2. С. 10—17.

⁷ См.: Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения. С. 16.

развиваемая судом, существующая независимо от законодательного закрепления, но не противоречащая действующему законодательству совокупность идей, нашедших отражение в судебных решениях, представляющая суду ориентиры при разрешении дел, предполагающих судебное усмотрение и восполнение пробелов в законодательстве, обогащающая правовую доктрину»¹.

Судебные доктрины, можно полагать, являются «связующим функциональным звеном» между общими правовыми доктринами (как результатами мышления *in abstracto*) и правоприменительной практикой (складывающейся *in concreto*), выполняющими функции концептуализации эмпирического опыта в праве и повышения реалистических начал правообразования.

Одной из сфер, в которых судебные доктрины в наибольшей степени развивают современное право, является сфера экономической деятельности, поскольку финансовый рынок, потрясаемый кризисами, переводами капиталов за границу, уклонением от уплаты налогов, переживает период законодательного вакуума и отсутствия теоретических разработок в области возникновения новых правоотношений, не урегулированных российским законодательством. В связи с этим особого внимания заслуживает практика арбитражных судов.

2. *Судебные доктрины в практике арбитражных судов.* М. Н. Марченко указал: «...арбитражные суды, так же как и другие суды, отнюдь не ограничиваются в своей повседневной деятельности выполнением лишь традиционной правоприменительной функции, а оказывают непосредственное и опосредованное влияние на право и правотворческий процесс»². Л. Б. Мунтян, Н. Н. Пугачева отмечают положительную роль арбитражных судов в создании единой практики, что также способствует уменьшению количества спорных вопросов³.

М. Р. Камалтдинова также подчеркивает, что акты арбитражных судов округов наряду с актами высших судов играют важную роль в формировании судебной практики⁴. Накопление и последующее обобщение судебной практики, отмечает исследователь, привело к возникновению судебных доктрин — «типовых подходов, методов разрешения определенных судебных споров»⁵.

¹ Ибрагимова Ю. Э. Указ. соч. С. 86.

² Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право: учеб. пособие. М., 2017. С. 389.

³ См.: Мунтян Л. Б., Пугачева Н. Н. Практика рассмотрения дел, связанных с применением статьи 16.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, с участием таможенных органов // Арбитражные споры. 2016. № 2. С. 5.

⁴ См.: Камалтдинова М. Р. Судебные доктрины как источник налоговых рисков // Современные тенденции в экономике и управлении: новый взгляд. 2010. № 2. С. 192.

⁵ Там же.

Следует отметить, что до упразднения Высшего Арбитражного Суда РФ судебные доктрины, выработанные в его решениях, также активно обсуждались специалистами¹.

Арбитражные суды с помощью судебных доктрин могут установить законность сделки или констатировать ее направленность на обход закона. В правоприменительной практике судебные доктрины служат ориентиром и дают представление о том, какие нормы закона содержат пробелы и неопределенность, способствующую злоупотреблению правом, в частности получению необоснованной налоговой выгоды. Можно однозначно выделить следующие судебные доктрины, утвердившиеся в практике арбитражных судов: «доктрина должной осмотрительности», «доктрина корпоративной вуали», «эстоппель».

3. *Доктрина должной осмотрительности.* В течение последнего десятилетия обособилась категория налоговых споров, связанная с налоговой выгодой, получаемой в связи с заключением сделок с недобросовестными контрагентами². При этом страдают добросовестные налогоплательщики, ставшие жертвой обмана со стороны недобросовестных контрагентов (фирм-однодневок).

Долгое время налоговые органы не признавали субъективное право налогоплательщика на получение налоговой выгоды³, вместо того чтобы взыскать налог с недобросовестного контрагента, делая вывод, что субъект предпринимательской деятельности не проявил должной осмотрительности при выборе контрагента, а налоговая выгода, полученная в результате взаимодействия с таким контрагентом, является необоснованной. В законодательстве Российской Федерации о налогах и сборах не определено понятие должной осмотрительности, в связи с чем суды, разрешая споры о признании недействительным решения налогового органа, выносили разные, а иногда

¹ См., например: *Смирнов Г.* Использование судебных доктрин ВАС при применении уголовного закона. URL: <https://pravo.ru/review/view/66236>; *Самойлов М.* Доктрина права как источник аргументации судебного акта. URL: https://zakon.ru/blog/2013/7/8/doktrina_prava_kak_istochnik_argumentacii_sudebnogo_akta; Судебные доктрины Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в сфере налогового права обсудили на образовательном семинаре в Москве. URL: <http://fasvvo.arbitr.ru/node/13746>.

² См.: *Разгильдеев А. В.* Должная осмотрительность налогоплательщика: в каких случаях она необходима и что под ней подразумевается. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 29.11.2016 № 305-КГ16—10399 // Вестник экономического правосудия. 2017. № 3. С. 9—15.

³ Налоговую выгоду следует рассматривать в качестве субъективного права как меры возможного поведения: налоговое законодательство предоставляет налогоплательщику возможность (право) учитывать определенные расходы в целях налога на прибыль (ст. 252 НК РФ) и принимать НДС к вычету (ст. 171 НК РФ).

и противоречивые решения, что нарушало принцип единообразия судебной практики и приводило к появлению пробелов в законодательстве.

Данный пробел был восполнен судебной практикой, впервые было выработано положение, согласно которому нарушение законодательства контрагентом само по себе не свидетельствует о необоснованности налоговой выгоды. Это положение нашло отражение в постановлении Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (далее — постановление ВАС № 53).

Под налоговой выгодой понимается «уменьшение размера налоговой обязанности вследствие, в частности, уменьшения налоговой базы, получения налогового вычета, налоговой льготы, применения более низкой налоговой ставки, а также получение права на возврат (зачет) или возмещение налога из бюджета» (постановление ВАС № 53). В постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2009 г. № 2635/09, от 25 февраля 2010 г. № 12670/09 был сделан вывод, что постановление ВАС № 53 принято в целях установления единообразной судебной практики в делах с признаками уклонения от налогообложения. Помимо понятия «налоговая выгода» постановлением ВАС № 53 сформулирована судебная доктрина должной осмотрительности¹, согласно которой выгода налогоплательщика признается необоснованной, если:

— деятельность налогоплательщика, его взаимозависимых или аффилированных лиц направлена на совершение операций, связанных с налоговой выгодой, преимущественно с контрагентами, не исполняющими своих налоговых обязанностей;

— налогоплательщик действовал без должной осмотрительности и осторожности и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом, в частности в силу отношений взаимозависимости или аффилированности налогоплательщика с контрагентом.

В целях минимизации указанного риска налогоплательщик должен проявить должную осмотрительность и осторожность при выборе контрагента. Указанная правовая позиция неоднократно под-

¹ Необходимо отметить, что судебная доктрина должной осмотрительности получила развитие за рубежом и подтверждена практикой Суда ЕС и ЕСПЧ. См., например: Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 May 2006 no. C-384/04 «Federation of Technological Industries and Others»; Judgment of the Court (Third Chamber) of 6 July 2006 no. C-439/04 «Axel Kittel v. Belgian State»; постановление ЕСПЧ от 22 января 2009 г. по делу «Булвес АД» («Bulves» AD) против Болгарии» (жалоба № 3991/03).

тверждалась в постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретным делам¹.

Вместе с тем пределы должной осмотрительности, которую должен проявить налогоплательщик, чтобы реализовать право на налоговую выгоду, были очерчены нечетко, что повлекло путаницу в практике нижестоящих судов².

В соответствии с этим уполномоченные органы выработали ориентиры для проявления должной осмотрительности и осторожности в целях проверки добросовестности контрагентов³. Так, Минфин России разработал ориентиры, которые рекомендовано исследовать налогоплательщику при оценке налоговых рисков, связанных с характером взаимоотношений с некоторыми контрагентами⁴.

Минфин, разъясняя вопросы должной осмотрительности, рекомендовал до сделки с контрагентом запрашивать у него копию свидетельства о постановке на учет в налоговом органе, а также осуществлять следующие действия:

- проверить факт занесения сведений о контрагенте в Единый государственный реестр юридических лиц (ЕГРЮЛ);
- получить доверенность или иной документ о полномочиях лица, подписывающего документы по сделке;
- использовать официальные источники информации, характеризующие деятельность контрагента;
- предпринять действия, подтверждающие осмотрительность и осторожность в выборе контрагента⁵.

Налогоплательщику также рекомендовалось не только проверить факт занесения сведений о контрагенте в ЕГРЮЛ, но и убедиться в том, что контрагент не зарегистрирован по адресу «массовой рассылки». К тому же налогоплательщик должен установить фактическое местонахождение контрагента и его складских, и (или) производственных, и (или) торговых площадей и т. д., отсутствие постоянно-

го местонахождения квалифицирует контрагента как проблемного, а сделки, совершенные с ним, как сомнительные¹.

Данные рекомендации не бесспорны, поскольку место государственной регистрации может не совпадать с фактическим, а информация о регистрации контрагента по адресу «массовой рассылки» может быть ненадлежащим критерием для вывода о ненадежности потенциального контрагента.

Показательным является дело, рассмотренное Верховным Судом РФ. Закрытое акционерное общество «ГК “Электроинвест”» (далее — ЗАО «ГК “Электроинвест”») пыталось признать незаконными действия Федеральной налоговой службы о включении ЗАО «ГК “Электроинвест”» в список неблагонадежных компаний — ФИР «Риски». Однако его требования исключить порочащую его информацию из общедоступных источников были отклонены судами со ссылкой на приказ ФНС России². Суд установил, что «ФИР “Риски” содержит справочную информацию для принятия решения должностными лицами налоговых органов о целесообразности проведения мероприятий налогового контроля в отношении конкретных юридических лиц, факт включения юридического лица в ФИР “Риски” не является однозначным показателем его неблагонадежности»³.

Из этого можно заключить, что, с одной стороны, ФНС России указывает налогоплательщикам на необходимость проверки контрагентов при принятии решений о заключении с ними сделок, возлагая на них функции налогового контроля, с другой стороны, имеет место противоречивая судебная практика, также основанная на позиции ФНС России.

В такой двойственной ситуации методические рекомендации ФНС России могут оказаться чрезмерными. По нашему мнению, объем доказательств должной осмотрительности налогоплательщика зависит от вида сделок.

Так, практика Высшего Арбитражного Суда РФ показывает:

- если деятельность предполагает наличие специальной правоспособности, то налогоплательщик должен проверить представленную контрагентом копию лицензии на сайте органа, его выдавшего⁴;

¹ См. письмо ФНС России от 16 марта 2015 г. № ЕД-4-2/4124.

² Приказ ФНС от 24 июня 2011 г. № ММВ-8-2/42дсп@ «Об утверждении Методических рекомендаций по ведению информационного ресурса “Риски”».

³ Определение Верховного Суда РФ от 26 апреля 2016 г. № 305-КГ16-3048 по делу № А40-43028/2015.

⁴ См. постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 мая 2010 г. № 15658/09 по делу № А60-13159/2008-С8.

¹ См. постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 июля 2012 г. № 2341/12 по делу № А71-13079/2010-А17, от 8 июня 2010 г. № 17684/09 по делу № А40-31808/09-141-117, от 25 мая 2010 г. № 15658/09 по делу № А60-13159/2008-С8, от 20 апреля 2010 г. № 18162/09 по делу № А11-1066/2009, от 25 февраля 2010 г. № 12670/09 по делу № А68-8174/07-355/13, от 30 июня 2009 г. № 2635/09 по делу № А68-8565/07-362/11, от 11 ноября 2008 г. № 9299/08 по делу № А40-16436/07-107-121.

² См., например, постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 марта 2010 г. № 15574/09 по делу № А79-6542/2008, от 12 февраля 2008 г. № 12210/07 по делу № А40-33718/05-116-266, от 3 июля 2012 г. № 2341/12 по делу № А71-13079/2010-А17.

³ См. письма Минфина России от 3 августа 2012 г. № 03-02-07/1-197, от 12 октября 2012 г. № 03-02-07/1-251, ФНС России от 11 февраля 2010 г. № 3-7-07/84.

⁴ См. письмо Минфина России от 10 апреля 2009 г. № 03-02-07/1-177.

⁵ Там же.

— если налогоплательщик является лизингополучателем, то ему достаточно проверить данные контрагента из ЕГРЮЛ, размещенные на сайте ФНС России¹;

— если предмет сделки — недвижимость, налогоплательщик должен проверить предыдущие сделки с ней на сайте Росреестра².

Данные примеры демонстрируют, что критерии и объем доказывания должной осмотрительности налогоплательщиком устанавливаются судебной практикой, поскольку именно в процессе правоприменения может быть установлено отклонение от единообразия судебной практики, что, в свою очередь, способно повлечь образование пробелов и неопределенности в законе. Вследствие чего несколько спорной видится позиция ФНС России, призывающей налоговые органы отказаться от использования понятия «должная осмотрительность», содержащегося в постановлении ВАС № 53 в связи с изменениями, внесенными в ст. 54¹ НК РФ. Такой отказ может повлечь негативные последствия, в первую очередь для самой налоговой службы, и еще большую неопределенность в правоприменительной деятельности.

4. *Доктрина «снятия корпоративной вуали»*³. Защитить свои права от недобросовестного контрагента поможет выработанная судебной практикой доктрина «снятия корпоративной вуали». Формированию доктрины способствовало решение, принятое Палатой лордов в Англии в 1897 г.⁴, в котором обувщик А. Саломон накануне экономического кризиса продал свои акции по завышенной цене компании «Саломон», в которой он являлся акционером. Впоследствии компания обанкротилась, а кредиторы пытались взыскать долги с господина Саломона. Именно тогда Совет лордов установил доктрину автономности и независимости юридического лица как самостоятельного субъекта хозяйственного оборота. Тем самым высшая инстанция постановила, что компания обладает собственной право-

¹ См. постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда С РФ от 9 марта 2010 г. № 15574/09 по делу № А79-6542/2008.

² См. постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 2010 г. № 12670/09 по делу № А68-8174/07-355/13.

³ Юридическая наука и практика демонстрируют терминологическое разнообразие самой доктрины. Можно встретить термины «снятие корпоративной вуали», «срывание корпоративной вуали», «доктрина проникновения ответственности», «снятие корпоративной маски» и т. д. Мы намеренно не затрагиваем вопрос терминологического единства, поскольку это не является целью настоящей статьи и подробно освещен в юридической литературе. См., например: *Филатова У. Б., Горбач О. В.* Доктрина «снятия корпоративной вуали»: некоторые аспекты применения // *Гражданское право*. 2019. № 1. С. 7—10.

⁴ *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, [1897] A. C. 22. URL: <http://corporations.ca/assets/Salomon%20v%20Salomon.pdf>.

способностью, которая по сути является корпоративной вуалью, но суд не может убрать эту вуаль только на том основании, что это нечестно и несправедливо. Впоследствии начались многочисленные злоупотребления автономностью юридического лица, которые препятствовали защите прав кредиторов, требовавших исключений из данного принципа. Так, свое дальнейшее развитие получила судебная доктрина «срывания корпоративной вуали». Таким образом, к ответственности привлекается не фиктивное юридическое образование, а бизнес как совокупность лиц и компаний, обладающих единой целью и работающих под общим управлением.

Показательным является судебное решение, ставшее прецедентом¹. Корпорация Kinney Shoe подала иск против господина Л. Полана о выплате долга, возникшего у компании Industrial Realty по субаренде. Полан являлся единоличным владельцем «Индастриал», но никогда не проводил каких-либо корпоративных собраний и не избирал представителей компании. Апелляционный суд США в судебном решении отметил, что организация является «продолжением личности» (alter ego) ее учредителя (участника) или, как указано в ряде судебных решений, «фиктивной оболочкой» (shel), т. е. создана для исключения персональной ответственности учредителя в целях удовлетворения его личных интересов, в том числе для совершения противоправных действий.

Благодаря судебной доктрине «снятия корпоративной вуали» создается механизм раскрытия лица, действия которого повлекли неблагоприятные последствия для контрагента иного лица, в той или иной мере аффилированного, а также возможности или невозможности привлечения к ответственности данного лица.

В российской практике доктрина «снятия корпоративной вуали» впервые была упомянута в определении Высшего Арбитражного Суда РФ от 27 февраля 2012 г. № ВАС-16404/11, где Суд прямо отметил: «...предпринимательскую деятельность на территории РФ осуществляют именно ответчики, используя аффилированных лиц (доктрина “срывания корпоративной вуали”)...» Спор между сторонами относился к применимой юрисдикции и компетенции суда для разрешения дела. В частности, значимым для рассмотрения дела обстоятельством было наличие или отсутствие у стороны представительства на территории РФ. От установления этого обстоятельства зависел ответ на вопрос, может ли российский суд рассмотреть спор между ли-

¹ *Kinney Shoe Corp. v. Polan*, 939 F.2d 209, 1991 U. S. App. LEXIS 15304 (4th Cir. W. Va. July 17, 1991). URL: <https://casetext.com/case/kinney-shoe-corp-v-polan>.

цами, вовлеченными в дело. Со ссылкой на практику Суда ЕС¹ Высший Арбитражный Суд РФ отметил: «...филиал или представительство считается существующим даже в том случае, если юридическое лицо не имеет собственного юридически оформленного подразделения на территории иностранного государства, но тем не менее ведет деятельность на данной территории через независимую компанию со сходным наименованием, которая заключает сделки от своего имени и фактически выступает в качестве подразделения этого юридического лица».

Позднее данная позиция была поддержана Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в информационном письме от 9 июля 2013 г. № 153. Так, в п. 9 отмечено, что, несмотря на отсутствие факта регистрации представительства или филиала компании, а также факта нахождения ее органа управления в Российской Федерации, суд признал, что на территории РФ находился филиал указанного иностранного лица.

Российское законодательство не содержит широкого перечня правил и юридических конструкций для обоснования «снятия корпоративной вуали». Из правовых механизмов для обоснования данной доктрины могут использоваться нормы о субсидиарной ответственности контролирующих лиц (ст. 56 ГК РФ) и нормы об ответственности основного общества по сделкам дочернего (ст. 105 ГК РФ, абз. 2 п. 3 ст. 6 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»).

В судебной практике отмечено, что законодателем не выработан механизм, с помощью которого кредитор сможет противостоять схемам ухода реальных владельцев бизнеса от ответственности по их обязательствам². В научной литературе также отмечается, что «суды должны сами формировать практику мер, направленных на получение информации о выгодоприобретателях...»³.

Одним из показательных примеров является уже упоминавшееся дело ООО «Дальняя степь». В рамках дела о несостоятельности (банкротстве) ООО «Дальняя степь» (далее — общество, должник) конкурсный управляющий должником К. О. Ноготков обратился в Арбитражный суд Республики Калмыкия с заявлением о привлечении ООО «Эйч-эс-би-си Банк (РР)» (далее — банк) и HSBC Management (Guernsey) Limited (далее — компания) к субсидиарной

ответственности. Суд пришел к выводу о доказанности условий для привлечения должника к субсидиарной ответственности.

Конкурсный управляющий должником, ссылаясь на то, что банкротство должника вызвано действиями контролирующих его лиц (банка и компании), просил суд привлечь последних к субсидиарной ответственности.

Суд установил, что общество создано решением компании с ограниченной ответственностью «Серазус Инвестментс Лимитед» в 1998 г. и является одной из дочерних компаний Фонда Эрмитаж, руководство которым осуществляла компания HSBC Management. Из этого суд сделал вывод, что как Фонд, так и компания фактически контролировали все активы должника. Также было установлено, что оба контролирующих лица принадлежали к международной группе HSBC, в состав которой входит также и банк. Таким образом, из доказательств по делу следует, что банк и компания произвели неправомерное списание денежных средств со счета ООО «Дальняя степь» без его воли и в ущерб его интересам.

Суд отметил, что «если сделки, изменившие судьбу должника, заключены под влиянием лица, определившего существенные условия этих сделок, такое лицо подлежит признанию контролирующим»¹.

Признавая субсидиарную ответственность, суд указал, что данная мера призвана противодействовать злоупотреблениям корпоративной формой, «то есть ситуациям, в которых юридические лица используются для недобросовестных целей, а именно: уклонения от уплаты налогов, избежания необходимости исполнять гражданско-правовые обязательства и т. п. В зарубежных законодательствах для избежания злоупотреблений корпоративной формой применяются юридические конструкции в виде концепции “прокалывания корпоративной вуали” (Англия) или института “пронизывающей ответственности” (Германия)».

Таким образом, суд: 1) установил причинно-следственную связь между контролирующими лицами и нанесенным имущественным вредом должника; 2) доказал факт того, что основное общество имело право распоряжаться имуществом должника; 3) отметил неправомерность действий, нарушающих принцип добросовестности.

Значимость принципа добросовестности была подчеркнута в определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ по данному делу. Коллегия отказала в мировом соглашении, инициированном ответчиками, на основании нару-

¹ *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild* (дело № 218/86, решение от 9 декабря 1987 г.).

² См. постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 10 февраля 2014 г. по делу № А33-6328/2013.

³ Быканов Д. Д. Снятие корпоративной вуали по праву США, Нидерландов и России // Закон. 2014. № 7. С. 78.

¹ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24 ноября 2017 г. № Ф08-8869/2017 по делу № А22-941/2006.

шения принципа добросовестности, оставив в силе постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24 ноября 2017 г. № Ф08-8869/2017.

Проанализировав судебную практику и законодательные нормы, позволяющие призвать к солидарной ответственности недобросовестных выгодоприобретателей, полагаем, что есть основания согласиться с мнением Т. П. Подшивалова, считающего, что в связи с малоразвитостью законодательных механизмов в данной сфере суду от безысходности приходится самостоятельно восполнять пробелы, образующиеся в процессе правоприменения, и формулировать судебные доктрины, способствующие решению проблем. «Этим и объяснима ссылка в судебных актах на доктрину снятия корпоративной вуали, которая для тех же целей вводилась ликвидированным ВАС РФ»¹.

5. *Эстоппель*. В национальной судебной практике необходимость предотвращения злоупотреблений и следование принципу добросовестности привели к появлению судебной доктрины эстоппель. Судебная доктрина эстоппель в ее современном виде зародилась и получила наибольшее развитие в судебной практике Англии и Уэльса. Однако стоит отметить, что практика английских судов неоднозначна. В некоторых случаях судьи указывают, что эта доктрина весьма неопределенная и следует избегать ее применения всеми силами², в других — что правило об эстоппеле является, пожалуй, «самым мощным инструментом в области обязательственного права, который только есть у судов в Англии»³.

Эстоппель — это препятствие, не позволяющее стороне утверждать или отрицать о фактах вследствие предыдущего поведения или вступившего в законную силу судебного решения⁴. Доктрина эстоппель известна многим зарубежным правовым порядкам, ее суть сводится к справедливости. Международная доктрина эстоппеля исходит из концепции «теории разумной уверенности», которая выражается в ограничении контрагента от несправедливых действий, которые в последующем могут быть признаны недобросовестными. Данная теория проявляется в положениях Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Также доктрина эстоппель закреплена

¹ Подшивалов Т. П. К вопросу о соотношении доктрины бенефициарной собственности и доктрины снятия корпоративной вуали при оспаривании корпоративных решений / под ред. О. А. Кузнецовой, В. Г. Голубцова, Г. Я. Борисевич и др. // Пермский юридический альманах. 2018. № 1. С. 370.

² См.: *Baxendale v. Benete* (1878) 3 QBD 525, 3 CPD 32.

³ *National Westminster Bank PLC v. Somer International (UK) Ltd* (2001) EWCA Civ. 970, CA.

⁴ См.: *Balk's Law Dictionary*. 9th ed. St. Paul, 2009. P. 28.

в ряде международных актов унификации частного права. Согласно ст. 1.8 Принципов УНИДРУА «сторона не может поступать несовместимо с определенным пониманием, которое возникло по зависящим от нее причинам у другой стороны и имея в виду которое эта другая сторона, разумно на него полагаясь, совершила действие в ущерб себе»¹. Согласно же п. 2 ст. I.-1:103 Модельных правил европейского частного права (Draft Common Frame of reference (DCFR)) «поведением, противоречащим добросовестности и честной деловой практике, является, в частности, поведение, не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона, действуя себе в ущерб, разумно положила на них»².

В России доктрина эстоппель получила распространение сначала через судебную практику, а впоследствии укрепилась и в законодательстве. В виде общей нормы эстоппель не появился, но его проявления можно встретить в тексте ГК РФ (абз. 4 п. 2 ст. 166, п. 2 ст. 431¹, п. 5 ст. 450¹ и др.).

Как судебная доктрина эстоппель получил признание и в практике арбитражных судов. Арбитражный суд Московского округа в постановлении от 1 августа 2016 г. № Ф05-8371/2016 обозначил главную задачу доктрины эстоппель: она состоит в воспрепятствовании в получении преимущества и выгоды стороне, противоречащей собственному предыдущему поведению (непоследовательность поведения), которое нанесло ущерб другой стороне, действовавшей добросовестно в ситуации, созданной первой стороной. В постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 1 апреля 2016 г. № Ф04-303/2016 указано, что на противоречивость и недобросовестность поведения субъекта хозяйственного оборота указывает поведение, «не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона в своих действиях разумно полагалась на них».

Непоследовательность действий может проявляться по-разному.

ООО «Компания ЭКТИВСИТИ» (далее — заявитель) обратилась в Арбитражный суд Московской области с заявлением к ООО «ЖИЛСТРОЙ» (далее — ответчик) о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Отказывая в удовлетворении, суд первой инстанции пришел к выводу о недействительности третейского соглашения.

¹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. М., 2013. С. 450—552.

² Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н. Ю. Расказова. М., 2013. С. 105.

Не согласившись с решением суда первой инстанции, заявитель обратился с кассационной жалобой, в которой было указано, что вопрос о действительности/недействительности сделки уже неоднократно рассматривался арбитражными судами¹.

Отменяя ранее принятое решение, суд кассационной инстанции обратил внимание на следующее.

В рамках третейского разбирательства ответчик согласился с ранее принятыми актами, а третейское соглашение в установленном порядке не было признано недействительным. Таким образом, целесообразно применить доктрину эстоппель, главная задача которой состоит в воспрепятствовании стороне в получении необоснованной выгоды и преимуществ, вызванных переменчивостью поведения.

В другом деле о взыскании с общества с ограниченной ответственностью задолженности по договору оказания охранных услуг суд кассационной инстанции указал, что нижестоящими судами был нарушен принцип распределения бремени доказывания, не была дана правовая оценка доводам ответчика, изложенным в исковом заявлении, а также в отзыве на апелляционную жалобу. Согласно материалам дела между ответчиком и заявителем был заключен договор на оказание охранных услуг в период с июля 2013 г. по июнь 2016 г. Ответчик как в суде первой инстанции, так и в суде апелляционной инстанции в обоснование возражений по заявленным исковым требованиям ссылается на ненадлежащее оказание услуг в период января по июнь 2016 г. Суд кассационной инстанции указал, что судам первой и второй инстанции необходимо было установить, каким образом ранее оказанные услуги оплачивались и почему ответчиком в адрес заявителя не было направлено соответствующих претензий о ненадлежащем выполнении услуг.

Суд со ссылкой на доктрину эстоппель и нормы ГК РФ отметил, что отказ от оплаты фактически оказанных услуг не допускается.

Помимо этого, суд обратил внимание на двоякость толкования судебных актов. В первой инстанции суды, отказывая в удовлетворении заявленных требований, ссылаются на непредставление документов, подтверждающих надлежащее исполнение обязательств. Суд апелляционной инстанции указывает на непредставление доказательств, подтверждающих сам факт оказания услуги.

С учетом вышеизложенного можно сделать вывод, что в арбитражной практике доктрина эстоппель направлена на соблюдение

принципа добросовестности, единообразия судебной практики, который, в свою очередь, препятствует образованию противоречий, способных привести к образованию пробела.

6. *Вывод.* Судебные доктрины как способ воспрепятствования злоупотреблению правом, выработанные не только национальными, но и международными правоприменительными органами, успешно имплементированы в российскую судебную практику¹. Тем самым обоснованность применения судебных доктрин арбитражными судами при рассмотрении дел, связанных со злоупотреблением правом в финансовых правоотношениях, очевидна. Судебные доктрины помогают установить данное нарушение, проверяя правоотношение на соответствие правовым нормам, способствуют устранению пробелов и неопределенности, возникающей при неоднозначной трактовке закона, а также содействуют законодателю при создании правовых норм с учетом сложившейся судебной практики.

¹ В том числе в рамках рассмотрения другого дела № А40-107457/14 (по заявлению ООО «Компания ЭКТИВСИТИ» к ООО «ЖИЛСТРОЙ» о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Арбитражного третейского суда от 4 июля 2014 г. по делу № А50-083/2014).

¹ В связи с этим далеко не бесспорным представляется утверждение, согласно которому необходимо ограничить действие норм международного права, а решения ЕСПЧ признавать в отдельных случаях «неправомерными». См., например: Черных А., Старикова М. Исполнительный лист ожидания // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4224915>.

Contents

<i>P. P. Serkov. Foreword</i>	11
<i>V. V. Lazarev, Kh. I. Gadjeiev. Introduction</i>	17
I. Conceptual Aspects of the Justification of Judicial Doctrines in Law	20
§ 1. Judicial doctrines as a result of a general scientific and concrete making knowledge of law	20
§ 2. The constitutional model for the development of judicial legal doctrines in modern time	38
§ 3. On the issue of the international legal model of judicial doctrine	50
§ 4. Development of judicial doctrines in the Russian legal order: from an idea to the practice of manifestation	71
II. Lawmaking Judicial Concepts	92
§ 1. The doctrine of the legal sovereignty of the state as a social political concept of judicial activity	92
§ 2. Judicial precedent in the practice of the European Court of Human Rights and Russian courts (comparative analysis)	107
§ 3. Conceptualization of the doctrine of judicial precedent in the practice of the International Court of Justice	124
III. Views on the court and law in the context of the model of legal realism	143
§ 1. The philosophy of pragmatism and realism as a methodology of judicial law-making and discretion	143
§ 2. Modern understanding of human rights and its reflection in judicial argument	159
§ 3. International legal realism of judicial interpretation and its manifestation in the interpretation of national courts	182
IV. The rhetorical basis of judicial decisions	205
§ 1. Judicial reasoning and court decision	205
§ 2. Legal argumentation at the European Court of Human Rights — ongoing dialogue with national law	220

V. Processual conditions for the formation of judicial doctrines	253
§ 1. The value of the motivation of a judicial act in the context of the doctrine of legality and validity in process law	253
§ 2. Cooperation between the court and the parties in the trial — a new doctrine of the Russian arbitration process?	271
VI. Practical issues of the impact of judicial doctrines in Russian law	287
§ 1. Judicial doctrines of the European Court of Human Rights and their significance for the evolutionary dynamics of Russian law	287
§ 2. The doctrine of legal certainty and the quality of the law as a sample of judicial activism	308
§ 3. The role of judicial doctrines in arbitration law enforcement practice as a way to fill the gap in the legislation	325

Оглавление

<i>П. П. Серков. Предисловие</i>	11
<i>В. В. Лазарев, Х. И. Гаджиев. Введение</i>	17
Глава I. Концептуально-ценностные аспекты обоснования судебных доктрин в праве	20
§ 1. Судебные доктрины как результат общенаучного и конкретного познания права	20
§ 2. Конституционная модель развития судебных доктрин в современном мире	38
§ 3. К вопросу о международно-правовой модели судебной доктрины	50
§ 4. Развитие судебных доктрин в российском правопорядке: от идеи к практике проявления	71
Глава II. Правотворческие концепты судебной деятельности	92
§ 1. Доктрина юридического суверенитета государства как социально-политический концепт судебной деятельности	92
§ 2. Судебный прецедент в практике ЕСПЧ и российских судов (сравнительный анализ)	107
§ 3. Концептуализация доктрины судебного прецедента в практике Международного Суда ООН	124
Глава III. Воззрения на суд и право в контексте модели правового реализма	143
§ 1. Философия прагматизма и реализма как методология судебного правотворчества и усмотрения	143
§ 2. Современное понимание прав человека и его отражение в судебной аргументации	159
§ 3. Международно-правовой реализм судебной интерпретации и его проявление в толковании национальных судов	182

Глава IV. Риторические основания судебных решений	205
§ 1. Судебная аргументация и решение суда	205
§ 2. Юридическая аргументация в Европейском Суде по правам человека — постоянный диалог с национальным законодательством	220
Глава V. Процессуальные условия формирования судебных доктрин	253
§ 1. Значение мотивированности судебного акта в контексте доктрины законности и обоснованности в процессуальном праве	253
§ 2. Сотрудничество суда и сторон в судебном разбирательстве — новая доктрина российского арбитражного процесса?	271
Глава VI. Практические вопросы влияния судебных доктрин в российском праве	287
§ 1. Судебные доктрины Европейского Суда по правам человека и их значение для эволютивной динамики российского права	287
§ 2. Доктрина правовой определенности и качества закона как образец судебного активизма	308
§ 3. Роль судебных доктрин в арбитражной правоприменительной практике как способ восполнения пробела в законодательстве	325

Научное издание
**Судебные доктрины в российском праве:
теория и практика**

Монография

Ответственные редакторы
В. В. Лазарев, Х. И. Гаджиев

Ответственный секретарь
С. А. Грачева

Издание не подлежит маркировке
в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 1 ФЗ № 436-ФЗ

ООО «Юридическое издательство Норма»
109316, Москва, Волгоградский пр-т, 2
Тел./факс: (495) 621-62-95. E-mail: norma@norma-verlag.com
Internet: www.norma-verlag.com

ООО «Научно-издательский центр ИНФРА-М»
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в, стр. 1
Тел.: (495) 280-15-96, 280-33-86. Факс: (495) 280-36-29
E-mail: books@infra-m.ru. Internet: www.infra-m.ru

Корректор *О. Ч. Кохановская*
Художник *С. С. Водчиц*
Верстка: *Г. С. Брудовская*

Подписано в печать 20.10.20
Формат 60×90/16. Бумага офсетная
Гарнитура «NewtonC». Печать цифровая
Усл. печ. л. 21,50. Уч.-изд. л. 21,00
Тираж 100 экз. Заказ №

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

По вопросам приобретения книг обращайтесь:

Отдел продаж «ИНФРА-М» (оптовая продажа)
127282, Москва, ул. Полярная, д. 31в, стр. 1
Тел.: (495) 280-15-96. Факс: (495) 280-36-29
E-mail: books@infra-m.ru

Отдел «Книга — почтой»
Тел.: (495) 280-15-96 (доб. 246)
