

2017

№ 7

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

Журнал
**РОССИЙСКОГО
ПРАВА**



Journal

OF RUSSIAN LAW

- Интегративное понимание права
- Бюджетная система как институт финансовой безопасности государства
- Предотвращение коррупции в государственной контрактной системе

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ

Публикация в прошлом году на страницах нашего издания статьи «Интегративное недопонимание права» профессора А. Ф. Черданцева послужила поводом к началу обсуждения проблемы восприятия права*. В феврале 2017 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации был организован круглый стол «Интегративное понимание права» с участием известных теоретиков права из ведущих образовательных и научных учреждений страны, в рамках которого состоялась острая дискуссия. Ниже мы публикуем материалы, подготовленные по итогам проведения круглого стола.

Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда

ЛАЗАРЕВ Валерий Васильевич, заведующий отделом имплементации решений судебных органов в законодательство Российской Федерации Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации
107078, Россия, г. Москва, Большой Харитоньевский пер., 22/24
E-mail: Lazarev@izak.ru

С позиций сторонника интегративного восприятия права автор статьи обосновывает четыре тезиса: полноценная интеграция права материализуется только в судебных решениях; разные подходы к праву наиболее рельефно просматриваются через призму судебных решений; судебные решения суверенно главенствуют в правопорядке в силу богатства их содержания; сравнительные исследования свидетельствуют, что судебные решения наиболее ярко показывают свою интегративную сущность в правовых системах англосаксонской правовой семьи, хотя было бы ошибочно преуменьшать эту сущность в системах других семей.

Аргументация ведется в плоскости философии, общенаучной и частной методологии; в аспекте общеправовой и отраслевой теории; на доктринальном уровне; на уровне законодательства и судебной практики. Исходные положения следующие: судебные решения (кто бы ни выступал в роли суда) являлись первым легитимным проявлением права, первой его формой, основой для доктринального осмысления права и основанием для собственно нормотворческой (законодательной) деятельности государства. Историческое главенство судебных решений в правовом порядке общественной жизни получило признание и дальнейшее развитие в социологическом направлении и правовом реализме; судебные решения не утратили своего значения ни в качестве объекта теоретических исследований, ни в качестве инструментов совершенствования механизма правового регулирования.

Суд — один из субъектов, осуществляющих в правопорядке коммуникативную функцию. Через его властные полномочия идут правообразование, правореализация и правоохрана. Поэтому можно понять ученых, которые считают правосудие причастным как к естественно-му, так и к позитивному праву; видят в нем критерий для всякого решения любой инстанции; отмечают его присутствие в каждом законе в качестве идеи, внеюридической предпосылки для законодательной мысли; рассматривают правосудие в качестве посредника между божественными и человеческими законами, между разумом и справедливостью.

* См.: Носков В. А. Апология интегративного права в свете рефлексивной трактовки // Журнал российского права. 2017. № 5. С. 37—45.

Автор обращается к позициям отечественных и зарубежных ученых, приводит материалы судебной практики. Основная цель — констатировать воплощение в судебном решении всего того, что признается правом и поддерживается в качестве права властными субъектами в условиях данного места и времени, что рассматривает в качестве права интегративная правовая доктрина.

Ключевые слова: правоприменение, толкование права, реализм, нормативизм, конституционный контроль, правовая доктрина, интеграция, методология судебного толкования, судебный активизм, суверенизация судебной власти, орган конституционного контроля, юридический позитивизм, реалистическая теория толкования.

Integration of Law and the Implementation of Integrative Approaches to Law in a Court Decision

V. V. LAZAREV, head of the Department of implementation of court decisions in the Russian legislation of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, doctor of legal sciences, professor, honored scientist of the Russian Federation
22/24, Bolshoy Kharitonievsky lane, Moscow, Russia, 107078
E-mail: Lazarev@izak.ru

From the position of a supporter of integrative law, the author of the article justifies four theses. The first thesis is that the full-scale integration of law materializes only in court decisions. The second thesis is that different approaches to law are most clearly seen through the prism of judicial decisions. The third one is that judicial decisions have a sovereign character in the rule of law principle due to their rich content. The last thesis deals with the comparative studies indication that judicial proceedings of the Anglo-Saxon legal family are the most effective in judicial proceedings, although it would be erroneous to pursue this essence in other families.

The argumentation is conducted through the lens of general scientific and private methodology, the aspect of general legal and industrial theory, at the doctrinal level, at the level of legislation and judicial practice. The initial provisions are the following: judicial decisions (whoever acted as a court) were the first legitimate manifestation of law, its first form, the basis for doctrinal interpretation of law and the basis for the actual normative (legislative) activity of the state. The historical primacy of judicial decisions in the legal order of public life has been recognized and further developed in the sociological direction and legal realism; and judicial decisions have not lost their significance either as an object of theoretical research or as tools for improving a mechanism of legal regulation.

The court is one of the subjects of the communicative function in legal order. Through its powers legal education, execution of law and law enforcement are developed. Hence one can understand scientists who consider justice to be involved in both natural and positive laws. They see in this matter a criterion for any decision of any instance; see its presence in every law as an idea and as a non-legal precondition for legislative thought; consider justice as an intermediary between divine and human laws and between reason and justice.

The author turns to the positions of domestic and foreign scientists and cites the materials of judicial practice. The main goal is to narrate the incarnation in the judicial decision all these recognized by law and supported as a right by authorised actors in the conditions of the given place and time, which an integral legal doctrine considers as right.

Keywords: law enforcement, interpretation of law, realism, normativism, constitutional control, legal doctrine, integration, methodology of judicial interpretation, judicial activism, sovereignization of the judiciary, body of constitutional control, legal positivism, realistic theory of interpretation.

DOI: 10.12737/article_59522f9788ffe2.03969891

В современном развитии России присутствуют ярко выраженные дезинтегративные тенденции, обусловленные разрушением прежних социальных связей и обесцениванием прежних социальных ценностей,

и решение проблем социальной интеграции связывается, в частности, с активным участием Конституционного Суда РФ в согласовании интересов в правовом пространстве, с повышением роли конституционной

юстиции в достижении социально-го компромисса и общественного согласия¹. Дезинтеграционные процессы имеют место и в собственно правовой сфере, и способы их преодоления, как представляется, следует искать в повышении роли суда вообще и в интегративном поиске права.

Интегративное понимание права периодически обосновывалось как в отечественной, так и в зарубежной науке начиная с XIX в. Развернутых исследований не было², но выходили специальные статьи. Кроме того, некоторые исходные положения просматривались в контексте изложения других общетеоретических вопросов права. Очевидно, не все разделяли идеи интегративного восприятия права, но на уровне специальных публикаций отсутствовало и открытое им противостояние. Именно поэтому внимание ученых привлекла статья А. Ф. Черданцева «Интегративное недопонимание права»³, послужившая поводом для открытой дискуссии по всему спектру вопросов, связанных с пониманием права и взаимопониманием исследователей в этой связи.

13 февраля 2017 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ состоялся круглый стол «Интегративное понимание права» с участием большого числа теоретиков права самого высокого уровня из ведущих вузов и научно-исследовательских учреждений страны. Мероприятие было приурочено к 100-ле-

тию Февральской буржуазной революции в России. Автором настоящей статьи — ведущим круглого стола была сделана презентация соответствующих материалов, содержащих вопросы правотворчества в революционных условиях и возможности в таких условиях интегративных подходов к праву. Не повторяя сказанного⁴ и опубликованного ранее⁵, предлагаю несколько тезисов, претендующих на новизну и в постановке вопросов, и в их аргументации.

Тезис первый. Полнокровная интеграция права материализуется только в судебных решениях.

Тезис второй. Разные подходы к праву наиболее рельефно просматриваются через призму судебных решений.

Тезис третий. Судебные решения суверенно главенствуют в правопорядке в силу богатства их содержания.

Тезис четвертый. Сравнительные исследования свидетельствуют, что наиболее ярко показывают свою интегративную сущность судебные решения в правовых системах англосаксонской правовой семьи, хотя было бы ошибочно преуменьшать эту сущность в системах других семей.

Аргументацию названных тезисов можно вести в разных плоскостях: в разрезе философии, общенаучной и частной методологии; в аспекте общеправовой и отраслевой теории; на доктринальном уровне; на уровне законодательства и судебной практики. Но оттолкнуться следует от того, что именно судебные решения (кто

¹ См.: Зорькин В. Д. Цивилизация права и развитие России. М., 2015. С. 221—222; Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика. М., 2017. С. 103, 127—134.

² Общеметодологическую парадигму интегративного восприятия права принято связывать с капитальным исследованием федерализма А. С. Яценко, проведенным в начале XX в. (см.: Яценко А. С. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Т. 1, 2. М., 2012).

³ См.: Журнал российского права. 2016. № 10. С. 5—15.

⁴ Обзор круглого стола см.: Сидоренко А. И., Ибрагимов Ю. Э. Интегративное понимание права // Журнал российского права. 2017. № 7.

⁵ См.: Лазарев В. В. Теория государства и права. М., 1992. С. 121—123; Инструментальный подход к праву. Труды МГЮА. М., 2003. С. 94—96; Лазарев В. В. Поиск права // Журнал российского права. 2004. № 7; Lazarev V. Integrative Perception of Law // Kazan University Law Review. 2016. No. 1. P. 19—32.

бы ни выступал в роли суда) являлись первым легитимным проявлением права, первой его формой, основой для своего рода доктринального осмысления права и основанием для собственно нормотворческой (законодательной) деятельности государства⁶. Судебные решения формировали обычаи и традиции общества на ранних стадиях его развития. Историческое главенство судебных решений в правовом порядке общественной жизни получило признание и дальнейшее развитие в социологическом направлении и правовом реализме; судебные решения не утратили своего значения ни в качестве объекта теоретических исследований, ни в качестве инструментов совершенствования механизма правового регулирования.

В объективном смысле право призвано определять правомерное поведение людей. Но правомерность, равно как и противоправность, проявляется через конфликты участников общественных отношений. Именно в предупреждении и решении конфликтных ситуаций и состоит назначение права. Этим объясняются место и роль судебных решений. Более того, если «самая важная фундаментальная функция правосудия — не правоприменительная, а правозащитная»⁷, если защиту прав

участников общественных отношений не ограничивать обеспечением буквально выраженных законодательных запретов, мы увидим необходимость, в частности, судебного контроля и над изданными государственными нормативными актами, и над действиями (бездействием) должностных лиц.

В сравнительном правоведении в поиске права уделяют преимущественное значение актам законодательной власти, нормативным установлениям тех органов, которые занимают господствующее политическое положение. Между тем подлинные реалии права обнаруживаются в том, как реализуются общие нормативные акты, в конкретных решениях правоприменительных, и прежде всего судебных, органов.

Суд — один из субъектов, осуществляющих в правовом порядке коммуникативную функцию. Через его властные полномочия идет правообразование, правореализация и правоохрана. Поэтому отсюда можно понять ученых, которые считают правосудие причастным как к естественному, так и к позитивному праву; видят в нем критерий для всякого решения и любой инстанции; отмечают его присутствие в каждом законе в качестве идеи, внеюридической предпосылки для законодательной мысли; рассматривают правосудие в качестве посредника между божественными и человеческими законами, между разумом и справедливостью⁸.

Как известно, процесс познания в науке начинается с восхождения от единичного чувственно-конкретного к абстрактному общему. Между тем, как ни странно, общее понятие права мы ищем среди общих рассуждений

⁶ Само появление позитивного права, пишет С. С. Алексеев, «обусловлено “императивами цивилизации”, требующими твердости, определенности и гарантированности (окончательности, суверенности) решения жизненных ситуаций», что подтверждает и формирование римской юриспруденции, и особенно становление юридической системы в Англии, где без Конституции и многих других важных законов определяющие юридические начала оказались заложенными в действующих юридических реалиях, утвердившихся в судебной практике и работающей конкретной и надежней, чем общие формулировки законов (см.: Алексеев С. С. Избранное. М., 2003. С. 221—222).

⁷ Фурсов Д. А., Харламова И. В. Теория правосудия. Т. 1. М., 2009. С. 113.

⁸ См.: Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006. С. 175; Ямпольский М. Физиология символического. Возвращение Левиафана: Политическая теология, репрезентация власти и конец Старого режима. М., 2004. С. 67.

в отвлеченной и едва ли не виртуальной реальности. Полагаю необходимым по ряду соображений искать понимание права в конкретном решении суда. Каждое судебное решение представляет собой единство общего и единичного, единство сторон, указывающих на его сходство с другими решениями, и сторон, свидетельствующих о его отличии от других решений. Общее, другими словами, всегда присутствует в единичном. И поскольку единичное в известном смысле всегда богаче общего, представляется именно через единичное выходить на общее.

Связь общего и единичного осуществляется через особенное. Каждое судебное решение представляется особенным в сравнении с другими правовыми актами, например с законодательными, и в то же время особенности подчеркивают те свойства отдельных решений, которые отличают их (по разным характеристикам) от других судебных решений. Как принято в философии, в роли особенного выступает не только единичное, но и общее, когда оно указывает на отличие одного материального объекта от другого. Единичное всегда выступает в роли особенного. Общее может выступать и в собственной роли, и в роли особенного⁹.

И в классической, и в постклассической науке право связывают со свободой и ее мерой. Но, как правильно указывает И. Л. Честнов, для права важно, чтобы это были конститутивные, функционально значимые для соответствующего социума нормы. «Право как универсальная мера свободы есть предельная абстракция. Конкретное содержание правовой меры свободы контекстуально. В разных исторических эпохах и в разных культурах-цивилизациях значение концепта “свобода” различно. Оно определяется историческими и социокультурными рам-

ками, а также правовой политикой. Свобода есть исторически и социокультурно обусловленный концепт. Он наполняется конкретным содержанием через определение ее меры в том числе правом, в данной конкретной ситуации»¹⁰. И нам важно подчеркнуть, что наполнение происходит в определенном историческом и социокультурном контексте именно через конкретные судебные решения. В них определяется мера свободы применительно к обстоятельствам места и времени.

Наше предложение искать само право и понятие о праве в судебных решениях согласуется с позицией тех, кто смотрит на право широко (с открытыми глазами) и увязывает взгляд этот с объективными реалиями самой жизни. Реалии эти разные по времени, историческим обстоятельствам, участникам, но, как правило, классифицируются по трем основаниям: правовое сознание, правовые отношения, правовые акты. Судебные решения интегрируют все существенное из каждой из названных сфер.

По большому счету законы — это всегда вторичный источник права. Разумеется, всегда официальный, всегда легитимный, но, как право, во многом несовершенный и недостаточный для формирования общего понятия о праве.

Судебное решение не просто исторически предшествовало всем иным легитимным источникам права, оно всегда имеет свои преимущества перед законом как источник права. На практике часто судебное решение по необходимости выходит на первый план (в силу, например, революционных событий, когда законы перестают действовать).

Если судебное решение заключает в себе право, то, как всякому праву, ему соответствует некая доктрина

⁹ См.: Шептулин А. П. Дialeктика единичного, особенного и общего. М., 1973. С. 131—132.

¹⁰ Честнов И. Л. Универсальное/контекстуальное в нормировании правом свободы // Вестник РУДН. Серия 10: Юридические науки. 2016. № 2. С. 9, 14.

на и именно через судебное решение можно на нее выйти¹¹. Право в судебных решениях интегративно, как интегративна претендующая на общую теорию наша теория права.

Бесспорным является тот факт, что судебное решение в российской правовой системе интегрирует в себя те правовые нормы (содержание правовых норм), на которых оно основывается, но тем самым оно интегрирует и нормативное восприятие права. Вместе с тем представляется, что в каждом судебном решении в той или иной степени, в разных решениях в неодинаковой мере находит свое воплощение то, что принято именовать естественным правом, что называют правом сторонники социологического или психологического направления в праве, что указывали, например, сторонники исторической школы права или указывают сегодня приверженцы либертарного понимания права. Легизм и легистское представление о праве предполагает включение в нормы закона самых разных ценностей. Их реализация затем происходит в русле соответствующих правовых теорий. Таким образом, мы не настаиваем на истинности одного, «единственно правильного» социологического взгляда на право. В судебных решениях 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. Приведем один характерный пример. Согласно ст. 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Под убытками понимаются расходы, которые лицо произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных усло-

виях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ в кассационном порядке признала ошибочными выводы судов, отказавших в исковом требовании по делу о возмещении ущерба на основании того, что невозможно точно определить размер подлежащих возмещению убытков. Судебная коллегия посчитала, что такое решение не вытекает из смысла ст. 15 ГК РФ и размер определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному правонарушению.

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». Статья 1 Основного закона гласит: «1. Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его — обязанность всякой государственной власти. 2. Немецкий народ поэтому считает неприкосновенные и неотчуждаемые права человека основой всякого человеческого сообщества, мира и справедливости на земле»¹². Федеральный президент Германии при вступлении в должность приносит присягу: «...блужать и охранять Основной закон и законы Федерации, добросовестно исполнять свои обязанности и соблюдать справедливость...» (ст. 56). Нетрудно понять, что 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

¹¹ Постановку вопроса о теории интеграции теорий см.: *Krawietz W. Recht als Regelsystem*. Wiesbaden, 1984. S. 158 ff., 192 ff.

¹² URL: <http://lawers-ssu.narod.ru/subjects/constzs/germany.htm>.

и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения»; в соответствии со 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 Российской Федерации присягает «верно служить народу».

Проведенный анализ отраслевого законодательства РФ позволяет заключить, что на естественное право и естественно-правовую доктрину сориентировано употребление таких понятий, как «справедливость», «гуманизм», «человеческое достоинство». Социологически воспринимать право обязывают, например, понятия «общественно-полезная цель», «имущественное положение лица», а психологически — «внутреннее убеждение судьи», «психофизиологические качества лица». Ряд понятий требуют учитывать и социологический, и психологический, и естественно-правовой аспекты одновременно: «общественная опасность», «риск», «уважительное отношение», «добросовестность», «разумность», «общие начала законодательства». Таким образом, современный легистский подход вполне состыковывается с иными подходами к праву, и жизнь такому интегративному восприятию права дают конкретные су-

дебные решения. Деятельность суда всегда расценивалась российскими нормативистами как творческая, привносящая нечто большее, чем то, что буквально содержится в законе¹³. Содержательно интегративный характер судебных решений демонстрировали сторонники школы «свободного права».

Проиллюстрируем сказанное на примере.

В настоящее время в Конституционном Суде РФ рассматривается обращение граждан по поводу конституционности нормы ст. 302 ГК РФ (отсутствие точности, ясности и определенности). Суть дела такова. Суды своими решениями позволяют изымать по искам органов местного самоуправления недвижимое имущество у граждан — последних приобретателей, право собственности которых, а равно законность всех предшествовавших приобретению этого права сделок признавались государством в рамках процедуры государственной регистрации права.

Речь идет о добросовестном приобретателе и ненадлежащем (недобросовестном) исполнении органами власти своих функций, о возможно-

¹³ Характерный пример. Статья 325 ТК РФ содержит нормы о компенсации расходов на оплату стоимости проезда и провоза багажа к месту использования отпуска и обратно и, в частности, допускает установление размера, условий и порядка компенсации для лиц, работающих у работодателя, не относящегося к бюджетной сфере, отличное от предусматриваемых для работников организаций, финансируемых из бюджета. Они устанавливаются в соглашении между сторонами трудовых правоотношений в рамках коллективного договора или локального нормативного акта, но судебное толкование привнесло важную новацию: необходимо учитывать «целевое назначение такой компенсации (максимально способствовать обеспечению выезда работника за пределы неблагоприятной природно-климатической зоны)». См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2. С. 41.

сти освобождения добросовестного приобретателя от рисков и от иных проблем, которые возникают ввиду нарушений соразмерности ограничений права собственности.

На первый план вышли вопросы: баланс публичных и частных интересов, доверие граждан к действиям государства, стабильность гражданского оборота, пределы ограничений права собственности. Ни один из них сугубо легистскими подходами не решить! Закон, в частности, не раскрывает юридического содержания понятий «добросовестность приобретателя», «недобросовестность приобретателя», «воля государства» и «выбытие помимо воли государства». В судебных решениях подобные вопросы решаются и должны решаться на основе иных источников права.

Конституционный Суд РФ ранее оценивал конституционность законоположений, ограничивающих права добросовестных приобретателей на недвижимое имущество в случае предъявления частными лицами исков об истребовании имущества из чужого незаконного владения (постановление от 21 апреля 2003 г. № 6-П). Конституционный Суд обращал внимание на то, что в силу необходимости обеспечения баланса конституционно защищаемых ценностей вмешательство государства в отношения собственности допустимо, только если оно не является произвольным, не подвергает лицо чрезмерному обременению и не нарушает равновесие между требованиями интересов общества и необходимыми условиями защиты основных прав личности. Те же ценности лежат в обосновании правовых позиций Европейского суда по правам человека, изложенных им при рассмотрении жалоб «Гладышева против России» и «Столярова против России», в которых содержатся толкования положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. применительно к ситуации вмешательства государства в право на ува-

жение жилища (ст. 8 Конвенции) и в право на уважение собственности (ст. 1 Протокола №1 к Конвенции): «Вмешательство в право на уважение собственности, следовательно, должно устанавливать “справедливое равновесие” между потребностями общества или общим интересом и требованиями защиты фундаментальных прав лица... В частности, должно быть достигнуто разумное соотношение пропорциональности между применяемыми средствами и целью, преследуемой мерой, которая лишает лица его имущества»¹⁴. Представляется, что разумный и справедливый баланс можно найти только в свете естественного права, а равновесие, пропорциональность между применяемыми средствами и целью — только в свете социологического подхода к праву.

Европейский суд при анализе конкретных дел на предмет наличия или отсутствия нарушений Конвенции о защите прав человека и основных свобод помимо прочего решает вопросы о необходимости вмешательства государства в право гражданина в демократическом обществе, пропорциональности и соразмерности вмешательства.

Это жизненные проблемы, и суды не могут уклоняться от их решения. Но закон здесь — только одно из оснований для правильного решения. Необходимо использовать и иные правовые критерии. В приведенном примере отмечается пробел в законе. Однако в таком случае суды могли бы решать дело на основании аналогии права. Часть 3 ст. 11 ГПК РФ позволяет судам в случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, применять нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешать дело исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права). Еще

¹⁴ Постановление ЕСПЧ от 6 декабря 2011 г. Дело «Гладышев против России». Жалоба № 7097/10.

богаче содержание ч. 2 ст. 6 ГК РФ: «При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». Как убеждаемся, ГК РФ прямо ориентирует суды на восприятие того права, которое содержится за пределами законодательства. И в решении принципиальных вопросов, возникших в связи с исками государственных или муниципальных органов об изъятии недвижимого имущества у граждан — последних приобретателей, право собственности которых и законность всех предшествовавших приобретению этого права сделок признавались государством в рамках процедуры государственной регистрации права, следовало как раз использовать норму ст. 6 ГК РФ, тем более что Конституционный Суд РФ уже оценивал конституционность законоположений, ограничивающих права добросовестных приобретателей на недвижимое имущество в случае предъявления *частными лицами* исков об истребовании имущества из чужого незаконного владения.

Право в любом языке (в русском — «правда») так или иначе соотносится со справедливостью. Все, что сказано выше о контекстуальности правовой меры свободы, в полной мере относится и к справедливости. Как и свобода, справедливость есть исторически и социокультурно обусловленный концепт. Доктринально к этой категории обращались разные авторы на разных уровнях исследования¹⁵. В меньшей степени исследо-

валось воплощение справедливости в законе, в судебном решении, в правовом порядке. Имеются в виду не просто декларативное провозглашение данной естественно-правовой ценности, а ее реализация в реальных общественных отношениях. Однако и факт закрепления принципа справедливости в законе имеет серьезное значение, поскольку этим подтверждается следование законодателя естественно-правовым требованиям. Принцип справедливости закрепляется специальной ст. 6 УК РФ:

«1. Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного.

2. Никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление».

Статья 7 УК РФ устанавливает другой естественно-правовой принцип — принцип гуманизма: «Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, не могут иметь своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства».

Соответствующие нормы воспроизводятся здесь, чтобы вновь подчеркнуть интегративность самого права, выраженного в законодательстве, и интегративность тех конкретных судебных решений, в которые они должны воплотиться.

Скажем и о третьей существенной составляющей того, что принято именовать правом — о равенстве. Это также одна из основополагающих естественно-правовых ценностей. Исследований ей посвящено не меньше, чем свободе или справедли-

2001; Чечельницкий И. В. Справедливость в правотворчестве: теоретико-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.

¹⁵ См.: Экимов А. И. Справедливость и социалистическое право. Л., 1980; Экимов А. И. Аксиома соотношения справедливости и права // Мир политики и социологии. 2015. № 1. С. 13—23; Вязов А. Л. Принцип справедливости в современном праве и правоприменении (теоретико-правовое исследование): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.,

ности¹⁶. Она также воплощается в позитивном законодательстве. Прежде всего в конституционных законах, но наиболее широко — в отраслевом.

Основными началами гражданского законодательства в первую очередь закрепляется, что «гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений» (ст. 1 ГК РФ).

Равенство всех перед законом и судом закреплено в ст. 7 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»: «1. Все равны перед законом и судом. 2. Суды не отдают предпочтения каким-либо органам, лицам, участвующим в процессе сторонам по признакам их государственной, социальной, половой, расовой, национальной, языковой или политической принадлежности либо в зависимости от их происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, места рождения, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а равно и по другим не предусмотренным федеральным законом основаниям». В законах мы находим «равенство прав сторон», «равенство граждан перед законом», «равенство супругов в семье» и т. д. В плане актуализации в судебных решениях социологических понятий о праве обращает внимание ст. 6 Основ законодательства РФ о культуре: «Равное достоинство культур народов и иных этнических общностей

¹⁶ С точки зрения либертарной теории В. С. Нерсесянца «Формальное равенство как принцип права и есть правовое начало, отличительное свойство и специфический признак права. В праве нет ничего, кроме принципа формального равенства (и конкретизации этого принципа). Все выходящее за рамки этого принципа и противоречащее ему является неправовым и антиправовым». URL: <http://www.centrlaw.ru/publikacii/page35/page37/index.html>.

Российской Федерации, их прав и свобод в области культуры».

В одной из публикаций обосновывался суверенитет суда¹⁷, но только в аспекте его независимости как органа, как института от других институций. В настоящей статье следует обозначить проблему суверенности и наивысшей юридической силы непосредственно решений суда. Наиболее представителью она вырисовывается в публикациях профессора М. Тропера, переводы работ которого опубликованы в русскоязычных журналах¹⁸. Профессор Е. В. Тимошина, анализируя концепцию Тропера, приходит к выводу, что отстаиваемый им процесс суверенизации судебной власти и идеология судебного активизма свидетельствуют о политизации юстиции; конструирует нового суверена — судью, пытается поставить его на место устаревшего суверена классического (остиновского) юридического позитивизма и присвоить ему все признаки суверена классической политической доктрины. Целью этого процесса является обоснование изменений в конституции, вводимых помимо предусмотренных для этого процедур¹⁹.

¹⁷ См.: Лазарев В. В. О суверенитете суда // Государственный суверенитет и верховенство права: международное и национальное измерения. II Московский юридический форум (Кутафинские чтения) (2—4 апреля 2015 г., г. Москва): материалы круглых столов: в 2 ч. Ч. 1. М., 2015. С. 75.

¹⁸ См., например: Тропер М. Конституционная ответственность и функция правления // Правоведение. 2014. № 4. С. 196—212; Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 190—202; Тропер М. Ответ Отто Пферсманну // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4. С. 282—300.

¹⁹ См.: Тимошина Е. В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия 10: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50—59. Именно так считает современный французский конституционалист О. Пферсманн: «Обос-

Признавая основательность критического анализа суждений М. Тропера нашим ученым, соглашаясь с тем, что «*ничем не стесненное* (курсив мой. — В. Л.) установление конституционной нормы судом, *присвоившим* (курсив мой. — В. Л.) себе конституционно-учредительную власть, является не актом толкования, а актом узурпации суверенитета»²⁰, считаю необходимым высказать дополнительные доводы в обоснование места и роли судебного решения в установлении права. Исхожу из того, что настойчиво прокладывает себе путь в новейших представлениях о правотворческой функции суда. С точки зрения Г. А. Гаджиева, «объективно необходим такой юридический механизм, который позволил бы законодателю делегировать полномочия по осовремениванию закона от законодателя судам... Возникла объективная необходимость отказаться от узореалистического понимания воли законодателя и заменить его на юридическое понятие юридической воли государства»²¹. Очень многое уже теперь позволяет характеризовать

нование изменений в конституции, вводимых помимо процедур, предусмотренных для этих целей» (Пферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) / пер. с фр. М. В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 105). Пферсманн безусловно прав, когда выводит последствия доктрины судебного активизма, но почему эти последствия непременно следует считать следствием заранее поставленной политической цели? Это напоминает ситуацию, когда отвергали деятельность суда по решению дела в условиях пробела в законе. Возникающая проблема оставалась не решенной до тех пор, пока суверен-законодатель не восполнит пробел. Разве нет объективных обстоятельств, требующих активности суда при пробеле?

²⁰ Тимошина Е. В. Указ. соч. С. 51.

²¹ Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2014. С. 20, 21.

Конституционный Суд РФ в качестве «квазиправотворческого органа»²². Другими словами, суд ставится в одну плоскость с законодателем²³. Более того, судебная власть характеризуется как такая форма творчества, которая «позволяет находить новые оригинальные конфигурации прежних ресурсов и функций. Надстраиваемая ею коммуникация порождает новый смысл жизни народа, гарантирует новую увязку целей

²² «Конституционный Суд, получая институциональное оформление как правоприменительный юрисдикционный орган, объективно, по самой природе своей деятельности и особенностям юридической силы принимаемых решений, все в большей степени приближается в своих итогово-правовых характеристиках к нормативно-установительной юридической практике, к правотворчеству» (Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 96). Подобное положение, по мнению ряда ученых, а также практиков, занимает и Верховный Суд РФ (см., например: Гук П. А. Судебное нормотворчество высших органов судебной власти России // Теория государства и права в науке, образовании, практике. М., 2016. С. 248—257).

²³ С. Л. Сергеев констатирует: «Система общего права отдает органам судебной власти нормотворческие предпочтения в юридической форме судебного прецедента. Традиция континентальной правовой семьи, в свою очередь, обогащается за счет феномена судебной нормы. В данном контексте актуализируется проблема соотношения судебного нормотворчества как субсидиарной функции юрисдикционной системы и судебной интерпретации. ...Способом конституционной модернизации видится смысловое обновление Конституции, приведение ее в соответствие с общественными реалиями, обеспечение стыковки формальной и фактической (реальной, «живой») Конституции, в том числе посредством деятельности Конституционного Суда без внесения прямых поправок в текст» (Сергеев С. Л. Судебная норма как результат конституционного судебного нормотворчества. Современный конституционализм: вызовы и перспективы. М., 2014. С. 433, 435).

и средств, выдвигает новые критерии и основания власти и эффективность целедостижения»²⁴.

Вместе с тем нельзя не учитывать, как об этом пишет профессор Е. В. Тимошина, что в контексте современных представлений о свободе судебного правотворчества таятся «по крайней мере, две опасности для правовой системы: 1) превращение судьи в нового суверена; 2) утрата нормами законодательства их общеобязательности»²⁵. Однако анализ правовых реалий показывает, что даже англосаксонская система права не допускает полной свободы судьи (это был бы произвол), даже там не позволено игнорировать действующий закон (общеобязательно принимать во внимание его требования). Тем более это касается вынесения решения судом в параметрах романо-германской правовой системы. Здесь закон стоит на первом месте в выработке правовой позиции суда. Он обязателен до тех пор, пока не признан утратившим силу. Но в обоснование решения привлекаются и иные правовые акторы. Ситуации, в которых суд высшей инстанции (чьи решения окончательны) выходит на роль суверена, оговорены конституционными нормами. Это касается решения сложных и неотложных вопросов, как правило, связанных с проблемностью законодательства.

Возвращаясь к анализу реализма М. Тропера, заметим, что установление права органично включает в себя политизацию²⁶. Вопрос в том, явля-

ется ли она следствием суверенизации суда, а если и является, то почему именно с ней, а не с политизацией следует непременно «бороться»? Какое зло следует выбирать, да и зло ли то и другое? И чем суверен судья хуже любого другого суверена? Тем более если речь идет о Конституционном Суде? Если он недемократично сформирован, можно реформировать организацию. Чем плохо, если вопрос окончательно решают безупречные в нравственном отношении умные и знающие специалисты? Кроме того, законодательство всегда предусматривает определенные сдержки произвольной деятельности судей (например, прекращение полномочий).

С моей точки зрения, М. Тропер не прячет голову в песок, не создает симулякры, а действительно реалистично указывает на правовое положение Суда, и, таким образом, только с большими оговорками и лишь за крайности его можно критиковать в том, что «1) нормы конституции устанавливаются актом волеизъявления органа конституционного контроля; 2) реализуя конституционно учредительную власть, он самостоятельно определяет собственные полномочия; 3) решение субъекта конституционного толкования обладает юридической действительностью независимо от его нормативного обоснования и содержания; 4) орган конституционной юстиции не является субъектом юридической ответственности»²⁷. Е. В. Тимошина увидела здесь замаскированность дискредитированного образа нового суверена в «белые одежды» независимого суда — неперемного атрибута правового государства. Суждение спорно. Скорее правовое государство,

социальные доктрины при принятии ими конституционно значимых решений» (Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М., 2006. С. 535).

²⁷ Тимошина Е. В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория Мишеля Тропера. С. 50.

²⁴ Колоколов Н. А. Судебная власть как общеправовой феномен. М., 2007. С. 75.

²⁵ Тимошина Е. В. Свобода судебного правотворчества: правосудие или правобийство? (Вопросы судебного толкования в правовой концепции Л. И. Петражицкого) // Правоведение. 2015. № 2. С. 142.

²⁶ «В ходе судебного установления лежащих в основе Конституции принципов существует достаточно места для того, чтобы судьи волей или неволей применяли всевозможные политические, экономические или

созданное устами современных либералов, следует считать своего рода симулякром, рядящимся в демократические одежды.

Несомненно, полномочия Конституционного Суда определяются или Конституцией, или конституционным законом и в действительности они не ограничиваются буквальным толкованием Конституции. М. Тропер «перегибает», если исходит из того, что толкование 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. Но применительно к решениям Конституционного Суда в отдельных особых случаях, когда в решение суда имплементируются социологические и политические максимы, вовлекаются непосредственно нормы естественного права, — речь идет фактически уже о правотворчестве и не о «квазиправотворчестве», а самом авторитетном и наивысшем по юридической силе установлении права. Соответственно, оценка таким решениям может быть дана не с позиций законности, а с позиций эффективности.

Позиция М. Тропера, отрицающего существование каких-либо общеобязательных норм, в том числе норм конституции, до их установления судей в акте толкования (т. е. именно акт судебного толкования создает общеобязательность нормы), не

является оригинальной. Она полностью укладывается в рамки реалистической теории права в США и отражает позиции ряда судей Верховного суда США. Своего рода реализм без кавычек проявляет М. Тропер и в том утверждении, что конституционный суд не является субъектом ни юридической, ни конституционной (политической) ответственности²⁸ — решение органа конституционного контроля, которым устанавливается норма, вообще «не подлежит никакому контролю»²⁹.

В настоящей статье не преследуется цель оценок исторически сложившихся реалий с позиций того, как должно было бы быть. И цель обоснования судебного правотворчества и судейского права в данном случае не преследуется³⁰. Наша цель — констатировать воплощение в судебном решении всего того, что признается правом и поддерживается в качестве права властными субъектами в условиях данного места и времени, что рассматривает в качестве права интегративная правовая доктрина.

²⁸ См.: Тропер М. Конституционная ответственность и функция правления. С. 196—212.

²⁹ См.: Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции / пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4. С. 175.

³⁰ См. подробнее: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право: учеб. пособие. 2-е изд. М., 2017.

Библиографический список

- Krawietz W. Recht als Regelsystem. Wiesbaden, 1984.
- Lazarev V. Integrative Perception of Law // Kazan University Law Review. 2016. No. 1.
- Алексеев С. С. Избранное. М., 2003.
- Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М., 2006.
- Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011.
- Вязов А. Л. Принцип справедливости в современном праве и правоприменении (теоретико-правовое исследование): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.
- Гаджиев Г. А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности). М., 2014.
- Гук П. А. Судебное нормотворчество высших органов судебной власти России // Теория государства и права в науке, образовании, практике. М., 2016.

- Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика. М., 2017.
- Зорькин В. Д. Цивилизация права и развитие России. М., 2015.
- Инструментальный подход к праву. Труды МГЮА. М., 2003.
- Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006.
- Колоколов Н. А. Судебная власть как общеправовой феномен. М., 2007.
- Лазарев В. В. О суверенитете суда // Государственный суверенитет и верховенство права: международное и национальное измерения. II Московский юридический форум (Кутафинские чтения) (2—4 апреля 2015 г., г. Москва): материалы круглых столов: в 2 ч. Ч. 1. М., 2015.
- Лазарев В. В. Поиск права // Журнал российского права. 2004. № 7.
- Лазарев В. В. Теория государства и права. М., 1992.
- Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право: учеб. пособие. 2-е изд. М., 2017.
- Пферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) / пер. с фр. М. В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4.
- Сергевнин С. Л. Судебная норма как результат конституционного судебного нормотворчества. Современный конституционализм: вызовы и перспективы. М., 2014.
- Сидоренко А. И., Ибрагимова Ю. Э. Интегративное понимание права // Журнал российского права. 2017. № 7.
- Тимошина Е. В. Свобода судебного правотворчества: правосудие или правоубийство? (Вопросы судебного толкования в правовой концепции Л. И. Петражицкого) // Правоведение. 2015. № 2.
- Тимошина Е. В. Судья как новый суверен: волюнтаристская теория Мишеля Тропера // Вестник РУДН. Серия 10: Юридические науки. 2016. № 2.
- Тропер М. Конституционная ответственность и функция правления // Правоведение. 2014. № 4.
- Тропер М. Ответ Отто Пферсманну // Российский ежегодник теории права. 2012. № 4.
- Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции / пер. с фр. О. Лысенковой // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 4.
- Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.
- Фурсов Д. А., Харламова И. В. Теория правосудия. Т. 1. М., 2009.
- Черданцев А. Ф. Интегративное недопонимание права // Журнал российского права. 2016. № 10.
- Честнов И. Л. Универсальное/контекстуальное в нормировании правом свободы // Вестник РУДН. Серия 10: Юридические науки. 2016. № 2.
- Чечельницкий И. В. Справедливость в правотворчестве: теоретико-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.
- Шептулин А. П. Диалектика единичного, особенного и общего. М., 1973.
- Экимов А. И. Аксиома соотношения справедливости и права // Мир политики и социологии. 2015. № 1.
- Экимов А. И. Справедливость и социалистическое право. Л., 1980.
- Ямпольский М. Физиология символического. Возвращение Левиафана: Политическая теология, репрезентация власти и конец Старого режима. М., 2004.
- Яценко А. С. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Т. 1, 2. М., 2012.