

Национальный университет
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

А. П. Евсеев

**ВЕРХОВНЫЙ СУД
СОЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА:
СТАНОВЛЕНИЕ**

Монография

Харьков
«Юрайт»
2014

Монография рекомендована к печати
ученым советом Национального университета
“Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого”
(*протокол № 2 от 28.10.2013 г.*).

Рецензенты:

Л. В. Головкин – заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор;

Е. В. Курынецова – профессор кафедры гражданского процесса Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор;

И. Ю. Богдановская – профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения Научного исследовательского университета “Высшая школа экономики” (г. Москва), доктор юридических наук, профессор;

Т. Нестерчук (Nesterschuk) – клерк судьи Верховного Суда Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии лорда Роджера;

В. П. Колесник – профессор кафедры конституционного права Украины Национального университета “Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого”, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины

Евсеев А. П.

Е 25 Верховный Суд Соединенного Королевства: становление : монография / Евсеев Александр Петрович. – Х. : Юрайт, 2014. – 184 с.
ISBN 978-966-2740-38-7

В монографии впервые в отечественной науке комплексно исследуется деятельность нового Верховного Суда Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии. В частности, рассматриваются вопросы, связанные с трансформацией статуса Суда в рамках конституционной реформы 2005 г., его нынешней компетенций, составом, формами и процедурами деятельности. Особое внимание уделено правовым позициям Верховного Суда, сформулированным им по результатам рассмотрения конкретных дел, в частности “дела Ассанжа”.

Для широкого круга читателей.

ISBN 978-966-2740-38-7

УДК 342.531.43(410)

ББК 67.9(УКР)71

© А. П. Евсеев, 2014

© «Юрайт», оформление, 2014

Автор выражает глубокую признательность рецензентам, а также *Ольге Хентшел (Olga Hentschel)* за помощь в приобретении необходимой литературы и профессору Королевского университета Белфаста *Брису Диксону (Brice Dickson)* за предоставленные материалы и неоценимую помощь, оказанную в ходе написания работы

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	6
 РАЗДЕЛ 1. СОЗДАНИЕ И ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ВЕРХОВНОГО СУДА	10
1.1. Апелляционный комитет Палаты лордов – предшественник Верховного Суда	10
1.2. Дискуссия о статусе нового Верховного Суда	20
1.3. Значение прецедентного права для деятельности Верховного Суда	29
1.4. Верховный Суд и проблема судебного активизма	45
 РАЗДЕЛ 2. МЕСТО ВЕРХОВНОГО СУДА В СУДЕБНОЙ СИСТЕМЕ СОЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА	59
2.1. Механизм комплектования и состав Верховного Суда	59
2.2. Британское Руководство для поведения судей Верховного Суда: идеология и основные положения	78
2.3. Компетенция Верховного Суда и порядок его деятельности	97
 РАЗДЕЛ 3. СОДЕРЖАНИЕ И СТИЛЬ РЕШЕНИЙ ВЕРХОВНОГО СУДА	110
3.1. Аргументационная техника Верховного Суда	110
3.2. Юридическая наука в Верховном Суде: падчерица или королева ?	129
3.3. Защита прав человека в Верховном Суде: первые итоги	142
3.4. Резонансные дела в практике Верховного Суда (на примере «дела Ассанжа»)	155

*Мы, русские интеллигенты,
давно уже в союзе с англичанами:
английская литература, поэзия,
живопись, не говоря уже о гениальной
английской гражданственности,
чаруют нас магнетически с юности...
Но широкие круги, обыватели,
не знают и чуждаются Англии.
Они все еще по старой привычке
перешептываются о «коварном Альбионе»*

К. И. Чуковский

ВВЕДЕНИЕ

Что мы знаем о Великобритании? В лучшем случае что-то слышали о трагедиях Шекспира, Шерлоке Холмсе и докторе Ватсоне, группе «Beatles», принцессе Диане, Черчилле и Маргарет Тэтчер. Еще знаем, что в Великобритании (которую по обыкновению называют Англией) часто идут дожди. На этом «джентльменский набор» представлений среднестатистического украинца об этой стране, как правило, исчерпывается.

Между тем в случае с Великобританией мы имеем дело с государством, которое, наряду с США, является лидером и, более того, колыбелью англосаксонской цивилизации, достигшей в современном мире наиболее значительных политических, социально-экономических, технологических и правовых высот. С одним из крупнейших государств Европы, имеющим более чем шестидесятиmillionное население и один из самых высоких показателей ВВП на душу населения – 35 тыс. долл. (притом чуть более 3 тыс. в Украине¹). С государством, оказавшим, помимо прочего, значительное влияние на отечественную культуру. Вспомним хотя бы пушкинскую характеристику Евгения

¹ Статистические данные приведены по: Світ у цифрах – 2013 р. – К.: Тижень, 2013. – С. 226.

Онегина – «как денди лондонский одет...» или байроновскую поэму «Мазепа».

Кроме того, следует учитывать, что одной из примет сегодняшнего времени является всеобъемлющая глобализация, которая заключается в том, что усиливаются связи между странами и народами, увеличивается взаимозависимость людей перед лицом глобальных проблем (финансовых, энергетических, экологических, демографических и прочих кризисов), а иногда даже стираются государственные границы, как это происходит в Евросоюзе. Мир стал слишком «тесен», чтобы можно было игнорировать дела, политику, намерения того или иного государства. Говоря словами У. Шекспира, «мы в книге рока на одной строке».

Впрочем, существует еще один момент, побуждающий нас, юристов, вглядываться в Великобританию особенно пристально. Приходится констатировать, что британские правовые институты и их кадровый потенциал являются на сегодняшний день одними из самых востребованных в цивилизованном мире. По данным Английского правового общества, в 80 % дел, рассматриваемых британскими судами, присутствует, как минимум, одна иностранная сторона, а практически в 50 % дел обе стороны являются иностранцами¹. Совсем недавно влиятельная газета «Ведомости» сообщила, что только 10 % споров между крупнейшими российскими компаниями разрешаются в российских судах, оставшаяся часть – в английских². В этой связи достаточно вспомнить нашумевшие процессы Березовский vs. Абрамович, судебные тяжбы алуминиевых магнатов братьев Черных и многие другие.

Не отстают в этом отношении от своих российских коллег и украинские олигархи. В мае 2013 г. стало известно, что один из богатейших украинских предпринимателей В. Пинчук подал иск в Высокий суд Лондона против совладельцев группы «Приват» И. Коломойского и Г. Богалюбова³. Кроме того, в Украине наметилась тенденция к использованию корпоративными юристами крупных бизнес-струк-

¹ Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. VII.

² Суверенитет на 10 % // www.vedomosti.ru.

³ Подробнее см.: Дмитренко Я. Настоящий «грабеж» // «2000», – 2013. – 24 мая.

тур любой, даже самой отдаленной, связи с правопорядком Великобритании для обоснования рассмотрения ее национальными судами соответствующих споров. Таким образом, можно констатировать высочайший рейтинг доверия к национальной судебной системе не только внутри, но и за пределами родного для нее государства, что является без преувеличения уникальным явлением на правовой карте мира. Впрочем, «англомафия» наших олигархов отчасти вызвана продолжающейся деградацией отечественной судебной системы. Но это уже тема совсем другого исследования...

Вообще, на постсоветском пространстве сложились глубокие традиции исследования английского права. В этой связи следует назвать работы Н. А. Алексеева, И. Ю. Богдановской, А. Н. Верещагина, Л. В. Головки, А. А. Дубинчина, Г. А. Есакова, Е. В. Кудрявцевой, М. Н. Марченко, А. М. Михайлова, Н. Н. Полянского, В. К. Пучинского, И. В. Решетниковой, А. К. Романова, В. А. Туманова, В. Г. Ярославцева, с недавних пор – В. А. Томсинова, некоторых других авторов. Еще в советское время в нашей стране были изданы книги английских ученых Р. Уолкера и Р. Кросса в замечательных переводах преждевременно ушедшей из жизни Т. В. Апаровой. Из украинских исследователей, пишущих на британскую тематику, особо выделяются работы Ю. Г. Матвеева и В. Н. Шаповала, выполненные, правда, еще в советские годы. Интересные книги об английском прецедентном праве недавно написали киевские ученые Б. В. Малышев и С. В. Шевчук. Но поистине настоящий бум переживают сегодня журналистские материалы об англичанах, их менталитете, национальных особенностях, отношении к праву и т. д. Здесь выделяются имена А. Я. Ливерганта, М. П. Любимова, В. В. Овчинникова, бывшего посла СССР в Великобритании В. И. Попова и др. Без разработок всех этих исследований настоящей работа была бы немислима.

К сожалению, харьковская юридическая школа не может похвастаться интересом к британскому праву. Приятное исключение в этом отношении составляет, пожалуй, только докторская диссертация Е. Р. Кибенко, содержащая глубокий анализ корпоративного права Великобритании¹. Тем не менее отсутствие фундаменталь-

¹ Див.: Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи. – Х.: Страйд, 2005. – 432 с.

ных работ по английскому праву, выполненных в стенах Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», огню не означает, что они не появятся в будущем. В этом контексте настоящую работу можно рассматривать в качестве своего рода «пробного шара», который, хочется верить, облегчит задачу будущим исследователям.

Есть еще одна причина, заставившая автора взяться за перо. Принято считать, что большинство британских правовых институтов имеет многовековую историю своего развития, поэтому даже книги двадцати-тридцатилетней давности вполне применимы к сегодняшнему дню. Между тем предмет настоящего исследования – Верховный Суд – является самым молодым из британских правовых институтов, поскольку в 2014 г. ему исполнилось только пять лет. По этой причине соответствующие исследования его деятельности на постсоветском пространстве пока отсутствуют (за исключением, публикаций И. К. Ивановой и М. А. Митина¹), да и в самой Англии их можно пересчитать по пальцам одной руки. Вместе с тем Верховный Суд Соединенного Королевства является высшим органом в системе судебной власти этой страны, судом, фактически имеющим конституционную компетенцию, практика которого представляет значительный интерес для специалистов в различных отраслях права (конституционном, международном, судебном, налоговом и др.). Таким образом, сочетание живой актуальности избранной нами темы с практически полной ее неосвоенностью отечественной юридической наукой послужило для нас дополнительным стимулом обратиться к ее исследованию.

¹ См.: Иванова И. К. Новый Верховный Суд Соединенного Королевства // Журнал российского права. – 2006. - № 11. – С. 118-127; Митин М. А. Новая высшая инстанция в судебной системе Туманного Альбиона // Закон. – 2010. - № 4. – С. 64-73.

РАЗДЕЛ 1.

СОЗДАНИЕ И ОБЩИЕ ВОПРОСЫ
ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ВЕРХОВНОГО
СУДА1.1. Апелляционный комитет Палаты лордов –
предшественник Верховного Суда

Выполнение Апелляционным комитетом Палаты Лордов (Appellate Committee of the House of Lords) особой функции высшего апелляционного суда в Соединенном Королевстве до 2009 г. требует отдельного рассмотрения¹. Во-первых, подобными полномочиями не обладал парламентский орган ни одной демократической страны, поскольку это считается нарушением принципа разделения властей. Во-вторых, названные полномочия можно было отнести к компетенции Палаты Лордов лишь условно, в силу того, что на практике судебные дела от ее имени рассматривались специально назначаемыми ординарными лордами по апелляциям (lords of appeal in ordinary), которые, впрочем, являлись членами верхней Палаты. Ими выступали профессиональные судьи или просто юристы, имевшие большой опыт подобной работы. Пэры, не имевшие специального юридического образования, не допускались к заслушиванию апелляций.

Считалось, что Палата Лордов лишь формально утверждает решения, принятые судебными лордами, хотя и это утверждение является отчасти условным, поскольку в заседании Палаты по утверждению отчетов Апелляционного комитета присутствовали, как правило, только судебные лорды. Таким образом, когда сообщалось, что Палата Лордов приняла определенное судебное решение, это означало, что в реальной действительности дело было разре-

¹ См.: Алексеев Н. А. Палата Лордов Британского Парламента: от Суда Короля Эдгерта до революции Премьера Т. Блэра (825-2003 гг.). – М.: БЕК, 2003. – С. 330-339; Кудрявцева Е. В. Англия и Уэльс // Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стран ЕС и СНГ / Под ред. Е. А. Борисовой. – М.: Норма, 2007. – С. 106-112.

шено всего несколькими профессиональными юристами из ее состава и утверждено Палатой в составе судебных лордов.

Право подачи апелляций в Палату Лордов являлось древнейшим правом. На ранних этапах эти апелляции рассматривались всем составом Палаты, а процедура рассмотрения не была урегулирована законодательством. Только в последние сто тридцать лет были приняты законодательные акты, систематизировавшие правила подачи и рассмотрения апелляций Палатой Лордов. На заключительном этапе работы Апелляционного комитета апелляции по гражданским делам были урегулированы Актами об апелляциях по юрисдикции 1876 и 1887 гг., Актом об отправлении правосудия (апелляции) 1934 г. и Актом о Северной Ирландии 1978 г. В области уголовного процесса действовали также Акт об уголовной апелляции 1968 г., Акт об отправлении правосудия 1960 г. Кроме того, Комитет руководствовался Актом об отправлении правосудия 1969 г. Данные документы устанавливали, что апелляция в Палату Лордов возможна только с разрешения нижестоящего суда, против решения которого подавалась апелляция, или с разрешения самой Палаты.

Компетенцию Палаты Лордов как высшей судебной апелляционной инстанции можно охарактеризовать следующим образом. Палата Лордов заслушивала апелляции на решения Апелляционного Суда в Англии, Уэльсе и Северной Ирландии как по гражданским, так и по уголовным делам, а также на решения Сессионного Суда Шотландии по гражданским делам. Помимо этого, Палата заслушивала апелляции по уголовным делам на решения Отделения королевской скамьи Высокого Суда Англии и Уэльса, а также Высокого Суда Северной Ирландии. Определенные категории дел могли быть прямо представлены из Высоких Судов Англии и Уэльса, а также Северной Ирландии в соответствии с процедурой, известной как “процедура прыжка” (leapfrog procedure). Палата Лордов могла также рассматривать апелляции на решения Апелляционного Суда по военным делам.

Помимо требований получения разрешения либо нижестоящего суда, либо Палаты Лордов, существовали также другие требования к апелляциям. В частности, апелляция в Палату Лордов считалась допустимой только в том случае, если вопросы, затрагиваемые в

деле, несли в себе общую и общественную, а не индивидуальную, важность и являлись вопросами права, а не конкретного факта. В уголовных и военных делах присутствовало дополнительное, установленное законом требование, заключающееся в том, что раз решение на подачу апелляции не могло предоставляться будь-то нижестоящим судом, на решение которого должна быть подана апелляция, или самой Палатой Лордов до тех пор, пока нижестоящий суд не подтверждал, что в решении содержится правовой вопрос общественной важности.

Сходным образом в апелляции, подаваемой в соответствии с «процедурой прыжка», Высокий Суд должен был подтвердить, что дело затрагивает коннотацию статута или подзаконного акта либо, что в рассмотрении данного дела суд, рассматривающий дело, и Апелляционный Суд уже связаны предыдущим решением Палаты Лордов или Апелляционного Суда. Палата же Лордов как высшая апелляционная инстанция не была связана ни своими судебными решениями, принятыми ранее, ни тем более решениями нижестоящих судов, в связи с чем она порой являлась единственной судебной инстанцией, способной разрешить дело, имеющее общественную важность, в свете изменившихся социальных условий.

Начиная с 1994 г., в Палате Лордов могло заседать одиннадцать судебных лордов, которым жаловались пожизненные пэрские титулы в соответствии с Актами об апелляционной юрисдикции. Кроме них заслушивать апелляции были вправе Лорд-канцлер (двенадцатый по счету член Апелляционного комитета), бывшие ординарные лорды по апелляциям, бывшие Лорд-канцлеры, а также пэры, занимавшие высокие юридические посты, будучи одновременно носителями пэрских титулов, пожалованных им за какие-либо заслуги, но не в соответствии с Актами об апелляционной юрисдикции. Иными словами, в прямые обязанности этих пэров не входило участие в отправлении правосудия Палатой Лордов, поскольку они не были специально назначены для выполнения этой функции. Тем не менее это оставалось их правом. На практике участие таких пэров в судебной работе являлось редкостью, поскольку в отличие от ординарных лордов по апелляциям, они не получали за свою судебскую работу в Палате жалования.

В последние годы существования Апелляционного комитета ординарные лорды по апелляциям заседали с понедельника по четверг. Их работа не была связана с парламентской работой Палаты Лордов. Правда, заседания судебных лордов могли проводиться одновременно с заседаниями Палаты по публичным вопросам. Кроме того, ординарным лордам по апелляциям было предоставлено право продолжать свою работу даже в периоды пророгации и роспуска Парламента. Иными словами, судебная работа не могла быть парализована роспуском Палаты Лордов. Это являлось крайне важным обстоятельством, поскольку многие судебные дела не терпели отлагательства.

Примечательно, что ординарные лорды по апелляциям редко заседали в помещении самой Палаты. До 1948 г. было обычным заседать каждый день в помещении верхней Палаты, начиная с 10.30 утра и заканчивая в 15.45 дня. После этого началась публичная парламентская работа Палаты как законодательного органа. Во время войны помещение Палаты Общин подверглось бомбежкам фашистской авиации и лорды перенесли свои заседания в King's Robing Room, чтобы дать возможность Палате Общин заседать в помещении Палаты Лордов. Шум последующего восстановления лордов по апелляциям из временного помещения Палаты в более спокойную Комнату комитета (Committee Room), находившуюся наверху¹.

Именно в этот момент был образован Апелляционный Комитет, состоявший из судебных лордов, первое заседание которого состоялось 26 мая 1948 г. Этот прием оказался настолько успешным, что в 1951 г., когда восстановление было завершено, было принято решение продолжить работу Апелляционного Комитета в данном помещении. В 1960 г. было решено сформировать второй Апелляционный Комитет, но одновременные заседания двух Комитетов начались только в 1962 г. При заслушивании апелляций Апелляционный Комитет обычно состоял из пяти ординарных лордов по апелляциям, хотя в случаях исключительной сложности или важности состав Комитета мог быть расширен до семи членов. Заседания проходили в Комнате Комитета 1 или в Комнате Комите-

¹ Lord Clarke. The Supreme Court – one year on // www.supremecourt.gov.uk.

та 2. Лорд Хоуп вспоминал, что эти помещения были настолько маленькими (94 м²), что даже чисто физически там было тяжело находиться судебному составу выше пяти лордов¹.

Следует отметить, что переход судебных лордов в помещения Комитетов позволил Палате Лордов как парламентской Палате проводить свои заседания в помещениях Палаты в любое время и начинать их с утра, а не днем, как это было до 1948 г. Законодательная работа Палаты сильно возросла за последние годы, а потому использование помещений Палаты для выполнения как парламентской, так и судебной функций было бы невозможным. Лорд-канцлер, будучи сильно загруженным обязанностями в Палате и в правительстве, крайне редко участвовал в отправлении судебной функции, хотя формально Апелляционный комитет состоял из лорда-канцлера и одиннадцати ординарных лордов по апелляциям.

В последние годы апелляции по судебным делам заслушивались в помещениях Палаты только в конце летних каникул, до возобновления парламентской сессии. Этот период был ограничен всего одной неделей, а значит лишь некоторым тяжущимся выпала честь рассмотрения их дела в стенах величественной по красоте Палаты недалеко от Королевского трона.

Следует также отметить, что окончательное решение по любой апелляции всегда выносилось в помещениях Палаты. Обычно это происходило по четвергам в дневное время путем голосования на основании Отчета Апелляционного Комитета, который заслушивал соответствующую апелляцию. Эти заседания служили непрерывным напоминанием о том, что, несмотря на современную практику и реалии времени, теория рассматривала всю Палату Лордов целиком в качестве суда, заслушивающего и выносящего решения по апелляциям. Более того, заседание Палаты для судебной работы приравнивалось по статусу к заседанию по публичным делам и, даже если ни лорды, ни Палата Общин не обсуждали публичных вопросов, оно все равно образовывало парламентский день.

Как уже отмечалось, разрешение на подачу апелляции являлось необходимым условием принятия обращения к рассмотрению

¹ Lord Hope. The creation of the Supreme Court – was it worth it ? // www.supremecourt.gov.uk.

верхней Палатой. Если нижестоящий суд предоставлял разрешение на подачу апелляции на вынесенное им судебное решение в Палату Лордов, апелляция прямо поступала на рассмотрение Апелляционного комитета. Если нижестоящий суд отказывал в выдаче разрешения на апелляцию, то сторона была вправе добиваться соответствующего разрешения от самой Палаты путем представления петиции о разрешении подачи апелляции. Данная петиция должна была быть подана в течение одного месяца (или четырнадцати дней по уголовным делам) с момента изготовления соответствующего судебного решения, против которого должна была быть подана апелляция. Каждая допустимая и надлежащим образом оформленная петиция передавалась в один из двух прецедентных правил парламентского регламента № 86 Комитетов по апелляционным жалобам (Appel Committee), состоящих из трех лордов по апелляциям. Здесь следует подчеркнуть, что в соответствии с правилом № 86 в Палате Лордов действовало два уровня судебных Комитетов — два Апелляционных Комитета и два Комитета по апелляционным жалобам. Последние рассматривали допустимость выдачи разрешения на подачу апелляции, а первые собственно рассматривали апелляции по существу.

Комитет по апелляционным жалобам был впервые создан в январе 1812 г. и его изначальной целью было рассматривать предварительные отказы на апелляции, следить за исполнением правил парламентского регламента и рассматривать несущественные петиции. В результате принятия Акта об отправлении правосудия (апелляции) 1934 г. и других законодательных актов, регулирующих вопросы подачи апеллений, его основной функцией стало определение того, должно ли быть предоставлено разрешение на подачу апелляции в Палату Лордов или нет, хотя этот Комитет иногда рассматривал петиции по малозначительным вопросам, вызванным апелляциями. Данный Комитет также был ответственен за изменение “Практического руководства”, которое устанавливало практику Палаты в отношении апелляций.

Комитет по апелляционным жалобам рассматривал поступившую петицию, которая должна была содержать причины необходимости предоставления разрешения вместе с относящейся к делу документацией. Комитет принимал решение, следует ли отказать

или разрешить подачу апелляции в Апелляционный комитет Палаты Лордов. Если Комитет единогласно приходил к мнению, что петиция должна быть удовлетворена, ответчики по делу приглашались для представления возражений в течение четырнадцати дней относительно того, на каком основании в выдаче разрешения было отказано. В зависимости от заслушанных возражений, если они имеются, Комитет окончательно решал, следует предоставлять разрешение или нет. Члены Комитета должны были быть единодушны в своем решении. Если они не приходили к единодушному мнению, то петиция передавалась для заслушивания, а именно проводилось публичное заседание Комитета с участием сторон, на котором заслушивались аргументы. После слушаний Комитет снова решал, следует ли предоставить разрешение или нет.

Если разрешение на подачу апелляции предоставлялось, то апелляция могла быть представлена и заслушана Палатой Лордов в лице одного из ее Апелляционных Комитетов, как будто бы разрешение предоставил сам нижестоящий суд, против решения которого подавалась апелляция. Число петиций в последние годы работы Апелляционного комитета сильно возросло со среднегодового уровня в 48 петиций в 1967 – 1976 гг. до 71 в 1977 – 1986 гг. и 75 в 1987 – 1996 гг.¹ В 2000-е гг. число апелляций еще более возросло. Примечательно, что рост числа петиций отмечался в период, когда компетенция Палаты Лордов оставалась неизменной.

Следует отметить, что разрешение на подачу апелляции обычно не требовалось в случаях с апелляциями по гражданским делам на решения Сессионного Суда Шотландии. Такие апелляции могли прямо представляться в Апелляционный Комитет Палаты Лордов при условии, что два адвоката подтверждали разумность апелляции. Такая же практика действовала и в отношении английских и ирландских апелляций до принятия законодательных актов 1934 и 1962 гг.

Что касается самой судебной процедуры в Палате Лордов, то законодательными актами определялись лишь условия подачи апелляций в верхнюю Палату, процесс же ее рассмотрения регули-

¹ Dickson B. The Lords of Appeal and their Work 1967-1996 // The House of Lords: its parliamentary and judicial roles / Ed. by P. Carmichael and B. Dickson. – Oxford: Hart Publishing, 1999. – P. 149.

лировался исключительно процедурными правилами Палаты. Эти правила закреплялись в правилах судебного регламента и «Практическом руководстве по гражданским и уголовным делам». Процесс прохождения апелляции в Палате Лордов включал в себя три основных этапа: подготовительный, слушание и вынесение судебного решения.

В ходе подготовительного этапа Палате в течение трех месяцев с момента изготовления решения нижестоящего суда должна была быть представлена петиция об апелляции. Эта петиция являлась официальным документом, просящим Ее Величество Королеву, чтобы вопрос оспариваемого в апелляционном порядке судебного решения мог быть пересмотрен в Суде Ее Парламента и, чтобы решение могло быть «отменено, переделано или изменено» или, чтобы какое-то другое специфическое средство разрешения могло быть предоставлено. По получении петиции последние представления лаясь Палате, которая, в свою очередь, передавала ее в Апелляционный Комитет, что фиксировалось в специальном протоколе. Подателем апелляции после консультаций с противоположной стороной должно было быть представлено письменное заявление, содержащее факты и вопросы апелляции. Податель также нес ответственность за обеспечение Комитета всеми вспомогательными документами, относящимися к апелляции. Кроме того, он был обязан в течение недели с момента представления апелляции перечислить значительную денежную сумму (18 тыс. фунтов) в качестве обеспечения гарантии выплаты сумм, которые могли быть на него возложены судебным решением. По некоторым делам эта сумма не вносилась, в частности, когда в качестве стороны выступал министр или правительственный департамент или решался вопрос об отобрании детей. В иных случаях, если обеспечение не вносилось, то производство прекращалось.

Когда заявление и приложения к нему были поданы в Судебный департамент, апелляция определялась к слушанию. Обычно это занимало от шести до восемнадцати недель после представления петиции об апелляции в зависимости от быстроты, с которой стороны были способны подготовить свои документы. Продолжительность времени, которое проходило до слушаний, зависела от того, насколько много апелляций уже находилось в очереди на

рассмотрение. Бывали ситуации, когда стороны добивались приоритетного рассмотрения в случае особой срочности вопроса.

Этап слушания апелляции во многом отличался от рассмотрения дел в нижестоящих судах. Процедуры были менее формальными, хотя и не менее напряженными. Пять ординарных Лордов по апелляциям (иногда семь) занимали места в полукруге вокруг подковообразного стола. В таких заседаниях должен был председательствовать Лорд-канцлер, но чаще всего в его отсутствие председательствовал старший судебный Лорд. Лорды по апелляциям не носили мантий. Перед каждым из них имелись копии документов, представленных сторонами, и все вспомогательные документы, относящиеся к апелляции. За спиной каждого судебного Лорда находился большой кейс, содержащий правовые тексты, на которые адвокаты указывали в том отношении, что они будут цитироваться в поддержку их позиций. Напротив подковообразного стола был барьер, в центре которого стоял попирт, от которого адвокат обращался к Комитету. Лицо, подавшее апелляцию, было вправе само представлять свои интересы в Комитете. За адвокатами сидели инструктирующие их по отдельным вопросам солиситоры (не более двух). Рассмотрение дел в Апелляционном Комитете было открытым для общественности, представители которой могли сидеть на задних рядах комнаты.

Адвокат со стороны подателя апелляции выступал первым, затем следовал адвокат ответчика по апелляции. Затем адвокат истца заслушивался в ответ. По мере того, как адвокаты развивали свои аргументы, ординарные лорды по апелляциям часто задавали вопросы. Барристеры, выступавшие перед Апелляционным комитетом, вспоминали, что самое страшное – держать речь перед молчаливыми судьями. «Это означает, – вспоминал один королевский адвокат, – что твоя позиция либо полностью подержана, либо целиком отвергнута»¹. Продолжительность слушаний варьировалась. Некоторые споры разрешались достаточно быстро, занимая один-два дня. Рассмотрение других продолжалось две-три недели. Средняя продолжительность рассмотрения составляла чуть более двух с половиной дней. Иногда организовывалось совместное слушание апелляций, существенно экономившее время.

¹ Paterson A. The law lords. – L.: Macmillan press ltd, 1982. – P. 70.

Апелляционный Комитет не оглашал свои решения сразу же, кроме как в необычных и срочных обстоятельствах. Этому факту есть два объяснения. Во-первых, Палата Лордов являлась высшим судом страны и ее решения связывали все нижестоящие суды. Поэтому судебные лорды нуждались во времени, чтобы четко и недвусмысленно сформулировать полностью свои мнения и заключения, а также причины их достижения. Во-вторых, мнения Комитета все равно не имели обязательной силы до тех пор, пока они не были одобрены Палатой Лордов.

Третьим этапом судебного процесса являлось вынесение судебного решения. После того, как мнения ординарных лордов по апелляциям облеклись в печатную форму, назначалось заседание Палаты, обычно по четвергам в 14 часов дня, для представления судебного решения Апелляционного Комитета. В заседаниях по судебным решениям, как правило, присутствовали только судебные лорды, но, несмотря на это, они считались полными и полноценными заседаниями Палаты. Председательствующий судебный лорд занимал место спикера, булава, как на заправских заседаниях парламента, возлежала на мешке с шерстью, а епископ читывал молитву. Главный клерк Судебного департамента созывал адвокатов и других лиц к барьеру Палаты и провозглашал рассмотрение Палатой отчета Апелляционного Комитета по данной конкретной апелляции.

Одно время в Палате имела место практика, заключающаяся в том, что каждый судебный лорд зачитывал свою речь, представляя свое решение или особое мнение по рассматриваемому делу, но это занимало настолько много времени, что практика была упразднена в конце 1963 г.¹ Поэтому в последние годы опечатанные речи распространялись перед самым началом заседания Палаты, а каждый судебный лорд просто заявлял, что по причинам, указанным им в его речи, которую он подготовил и которая доступна в опечатанном виде, он бы удовлетворил или отклонил апелляцию. Затем Палата выносила решение путем согласия с отчетом Апелля-

¹ Например, на заседании Палаты лордов 18 января 1962 г. зачитывание судебными лордами своих речей заняло три с половиной часа. (См.: Blom-Cooper L. Style of judgments // The judicial House of Lords: 1870-2009 / Ed. by L. Blom-Cooper, G. Drewry, B. Dickson. – N. Y.: Oxf. Univ. Press, 2009. – P. 153).

ционного Комитета. Ряд вопросов задавал председательствующий Лорд и с ним соглашались или не соглашались путем голосования. К примеру, он мог предложить, «что решение, против которого подана апелляция, должно быть отменено, а решение Судьи... должно быть восстановлено. Все, кто придерживается такого мнения, будут говорить “за”. В противном случае – “против”».

После подсчета голосов он оглашал, что большинство голосов “за” это решение (или “против” в зависимости от ситуации) получено. После того, как все последующие вопросы, в частности связанные с затратами и судебными издержками, были решены, клерк призвал всех “покинуть барьер”. С ноября 1996 г. судебные решения Палаты Лордов стали доступны любому пользователю сети Интернет через два часа после их оглашения. После того, как Палата вынесла свое решение, оно готовилось в письменной форме Судебным департаментом, подписывалось клерком Парламента как регистратором суда, и выдавалось победившей в процессе стороне.

1.2. Дискуссия о статусе нового Верховного Суда

Принято считать, что своему появлению на свет Верховный Суд – «высший суд на земле» (the highest court in the land), как называют его сами англичане, – обязан заявлению лорда-канцлера Ирвина, прозвучавшему 12 июня 2003 г. Как известно, тогда он проинформировал общественность о готовящейся инициативе премьер-министра Т. Блэра провести в Великобритании крупномасштабную судебную реформу, в ходе которой планировалось радикально видоизменить полномочия лорда-канцлера, которыми тот обладал на протяжении почти 1400 лет, трансформировать порядок комплектования судейского корпуса, оставившийся неизменным опять-таки на протяжении столетий, и впервые в истории страны учредить независимый от законодательной власти Верховный Суд. Сразу после этого заявления Ирвин ушел в отставку, передав свои полномочия другому представителю британской правящей «верхушки» – лорду Фалконеру, знакомому Т. Блэра еще со школьных лет. Именно Фалконер возглавил Де-

партамент по конституционным делам, фактически превратившись в главного протагониста радикальных предложений Правительства¹.

Главный аргумент в пользу реформы состоял в том, что неизбежное в существовавшей структуре тесное соприкосновение судебных лордов с законодательной и иными формами парламентской деятельности может объективно привести к политизации деятельности судебной, сомнениям в объективности и беспристрастности суда. Особенно очевидно это стало в 1998-1999 гг., в ходе процесса по «делу Пиночета», когда испаноязычные газеты, спекулируя на формальной «вмонтированности» Апелляционного комитета в состав верхней палаты законодательного органа, утверждали, что судьба бывшего руководителя Чили станет «разменной монетой» в руках политиков и наследственных аристократов, заседавших в Палате лордов.

Вместе с тем, начиная реформу, правительство в лице Фалконера специально оговорило, что «принятое решение не подразумевает никакой недовлетворенности деятельности Палаты лордов в качестве высшего суда... Судебных лордов отличает безупречная честность и независимость... их профессиональная деятельность находится вне всякой критики, а решения никогда не ставились под сомнение по причине проявленной судейской предубежденности, которую можно отнести на счет его интересов как законодателя»². Косвенным подтверждением безукоризненной работы Апелляционного комитета Палаты лордов, основанного еще в 1876 г., служит то обстоятельство, что все судебные лорды, исполнявшие свои обязанности по состоянию на 1 октября 2009 г., автоматически перешли в состав Верховного Суда, а старший и второй по старшинству судебные лорды (Филлипс и Хоуп) заняли соответственно посты президента и заместителя президента нового Суда.

Впрочем, английские ученые, знающие родной для них докторальный контекст несравненно лучше нас, полагают, что подобные инициативы вовсе уходят своими корнями в начало 1990-х гг.,

¹ Иванова И. К. Палата лордов как высшая судебная инстанция Соединенного Королевства и конституционная реформа 2005 г. Автореф. дисс... к. ю. н. – М.: ИГП РАН, 2007. – С. 25.

² www.parliament.uk.

когда лейбористы впервые выступили с идеей принятия писаной британской конституции¹. И хотя этот проект, во всяком случае пока, оказался мертворожденным, тем не менее одна из его составляющих – создание Верховного Суда – уже осуществилась.

В этой связи следует назвать, быть может, главный урок, который Украине следует вынести из блэровских реформ. На наш взгляд, он заключается в умении бывшего премьер-министра «считать несочетаемое», а именно: обстановку строжайшей секретности *перед* тем, как вынести то или иное нововведение на обсуждение публики (Б. Диксон указывает, что даже на судебных лордов заявление Ирвина произвело впечатление разорвавшейся бомбы²), и широчайший общественный дискурс *после* того, как идея вброшена в массы. Также показательно, что если Ирвин выступил в 2003 г., то соответствующее регулирование (раздел 3 Акта о конституционной реформе 2005 г., которым был официально учрежден Верховный Суд³) приобрело свои окончательные формы лишь двумя годами позднее. Очевидно, что все это время в политических и профессиональных кругах шла бурная и нетривиальная дискуссия о правовых параметрах будущего юрисдикционного органа. Еще два года (2007-2009 гг.) заняло обсуждение Правил Верховного Суда (по сути, регламента его деятельности). Кроме того, не стоит забывать, что Акт о конституционной реформе предоставил время для того, чтобы было найдено и адаптировано для работы судей новое здание Верховного Суда, ремонт которого затянулся на четыре года⁴. И только после того, как были решены все правовые, организационные, кадровые и материальные проблемы, Верховный Суд приступил к работе.

¹ Hale B. A Supreme Judicial Leader // www.fds.oup.com.

² Dickson B. A hard act to follow: the Bingham Court, 2000-2008 // The judicial House of Lords: 1870-2009 / Ed. by L. Blom-Cooper, G. Drewry, B. Dickson. – N. Y.: Oxf. Univ. Press, 2009. – P. 270.

³ Следует учитывать, что до реформы 2005 г. словосочетание «Верховный Суд» использовалось англичанами для описания обобщенной совокупности таких судебных инстанций, как Апелляционный суд, Высокий суд и Суд короны. Подробнее см.: Пучинский В. К. Высокий суд правосудия в системе буржуазной юстиции Англии // Известия вузов. Правоведение. – 1973. - № 3. – С. 58-64.

⁴ Всего судьям было предложено на выбор 48 объектов недвижимости.

Кстати, не в том ли кроется гениальность политика (в нашем случае – Т. Блэра), чтобы, с одной стороны, иметь талант угадать (а иногда и предугадать) целесообразность социальных преобразований, а с другой – мужество, чтобы доверить разработку, а затем реализацию этих преобразований опытным профессионалам и компетентным экспертам?

Так, в одном только Лондонском университете Королевы Марии было проведено шесть научно-практических семинаров, участие в которых приняли восемь из двенадцати судебных лордов, члены Апелляционного и Высокого судов, крупнейшие представители английской юридической науки (в их числе профессор Р. Корнс, Б. Диксон, К. Мэйлсон, Г. Дрюри и др.), а также видные юристы-практики, преимущественно барристеры. Дискуссия развернулась по следующим направлениям: 1) законодательная рамка будущей деятельности Суда; 2) отбор дел для рассмотрения; 3) отношения с нижестоящими судами, в частности магистратскими; 4) процедуры деятельности и размер судебных сборов; 5) способы взаимодействия со СМИ; 6) взаимоотношения Верховного Суда и Шотландии¹. Эта практика, когда научные работники встречаются в одной учебной аудитории с представляющими высшей судебной бюрократии, а практикующие адвокаты – с учеными-правоведами, по нашему мнению, чрезвычайно продуктивна. Она не только влечет за собой преодоление психологического отчуждения, давно наметившегося в отношениях между представителями различных направлений юридической деятельности, но также способствует ликвидации известного разрыва между юридической теорией и практикой, который так болезненно ощущим сегодня.

В подтверждение наших слов приведем глубокое высказывание крупнейшего советского литературоведа, профессора Ю. М. Лотмана, на поверхностный взгляд никак не относящееся к теме настоящего исследования. Характеризуя взаимоотношения между властью и революционными слоями русского общества, он писал: «Революционер последующих эпох лично не знал тех, с кем боролся, и видел в них политические силы, а не людей. Это в зна-

¹ Le Sueur A. A report on six seminars about the UK Supreme Court // www.ssm.com.

чительной мере способствовало бескомпромиссной ненависти. Декабрист же даже в членах Следственной комиссии не мог не видеть людей, знакомых ему по службе, светским и клубным связям... Он мог испытывать к ним презрение, но не мог видеть в них «тиранов», достойных таитовских обличений»¹. Аналогичную мысль, правда, в менее изощренной форме не раз высказывал английский народ – «чем больше освещен дом, тем меньше в нем призраков». Следовательно, более активное взаимодействие ученых и судей будет содействовать, помимо прочего, снятию антагонизма между теоретиками и практиками, развенчанию некоторых мифов и предрассудков, которые сложились в академическом сообществе по отношению к практикующим юристам, в частности судьям (о тотальной коррумпированности последних, их политизации и т. п.).

Однако по-настоящему краеугольным камнем дискуссии стал вопрос о том, следует ли наделять будущий Верховный Суд полномочиями по отмене законодательных актов, принимаемых британским парламентом. Фактически речь шла о том, быть ли Верховному Суду органом, имеющим конституционную компетенцию наподобие Верховного Суда США и европейских конституционных судов, или просто высшей кассационной инстанцией по проверке судебных решений, каковым, например, является Верховный кассационный суд Италии. Ряд влиятельных политиков, в том числе лорд Вулф, прямо говорили, что без полномочия по проверке парламентских статутов Верховному Суду Соединенного Королевства будет уготована второсортная роль².

К сожалению, реформаторам не хватило запала внедрить в Великобританию европейскую модель конституционного контроля. Как вспоминал лорд Нейбергер, нынешний президент Верховного Суда, «конечно, никто не хотел создавать Конституционный суд, т. е. суд, способный осуществлять конституционный судебный контроль над действиями законодательной, а не исполнительной власти»³.

¹ Лотман Ю. М. Беседы о русской культуре. – СПб.: СПб-Искусство, 2011. – С. 380.

² Цит. по: Stevens R. The English judges. – Ох.: Hart Publishing, 2005. – Р. 160.

³ Цит. по: Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 210.

Впрочем, на то есть объективные причины. Ведь подобные полномочия, как подчеркивает И. К. Иванова, вступили бы в противоречие, во-первых, с основополагающим конституционным строем страны – принципом верховенства парламента¹, а во-вторых, с традиционной позицией, согласно которой конституционные вопросы не составляют отдельную категорию правовых проблем, но пронизывают все право, и потому должны рассматриваться в общих судах². Вместе с тем Верховный Суд вправе заявить «декларацию о несоответствии», рекомендував тем самым британскому парламенту изменить существующее регулирование в той или иной сфере, если оно не соответствует требованиям Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Как определенную уступку сторонникам формирования в Великобритании полноценной конституционной юстиции можно расценивать также расширение компетенции Верховного Суда за счет передачи ему дел, связанных с региональной реформой 1998 г. (devolution matters), ранее отнесенных к юрисдикции Судебного комитета Тайного Совета.

Запрет для британских судов проверять действительность парламентских статутов уходит своими корнями в Билль о правах 1689 г., в соответствии с которым «свобода слова или дебатов, или деятельность в парламенте не должны быть поводом к импичменту или предметом рассмотрения в каком-либо суде или мессе вне парламента», а также прецедентное правило 1842 г. Тогда лорд Кэмпбелл, рассматривая вместе с другими судебными лордами дело *Edinburgh Railway Co. v Wauchopre*, выразил аналогичную мысль следующими словами: «... все, что суд может сделать, так это заглянуть в парламентский свиток: если из него будет ясно, что билль был принят обеими палатами и получил королевское одобрение, то ни один суд не сможет заняться исследованием ни того, каким способом он был внесен в парламент, ни того, что делалось до его внесения, ни того, что происходило в парламенте

¹ Веселие британского парламента настолько велико, что в Англии даже бытует поговорка: «Парламент может все, кроме как превратить мужчину в женщину». (См.: Богдэнор В. Ограниченная неограниченная власть // Народный депутат. – 1991. - № 5. – С. 117).

² Иванова И. К. Указ. соч. – С. 26.

во время его прохождения через различные стадии обсуждения в обеих палатах»¹.

По понятным причинам, реформа была неоднозначно воспринята самими судебными лордами. По сведениям Р. Стивена, однозначно «за» преобразование Апелляционного комитета в самостоятельный Верховный Суд высказывались лорды Стэйн, Сэвилл, Уокер во главе со старшим судебным лордом Бингхэмом. Реформу поддержал также лорд Филлипс, исполнявший тогда обязанности председателя Гражданского отделения Апелляционного суда (человек, который в Англии именуется «хранителем свитков» - Master of the Rolls), а впоследствии ставший первым президентом создаваемого Суда. На консервативных позициях стояли несравненно более влиятельные Николс, Хоффманн, Хоуп, Хаттон, Миллетт и Роджер, который к тому времени уже был серьезно болен. Они охарактеризовали предложение Т. Блэра как «бесполезную и вредную акцию». Лорд Хобхаус занял нейтральную позицию, высказываясь за создание Верховного Суда в принципе, но не в том виде, в каком это предлагало Правительство².

Главным аргументом сторонников реформы, помимо необходимости следовать доминантно-правовому принципу разделения властей в демократическом государстве, было утверждение о том, что «институциональная структура должна соответствовать практической реальности»³. Иными словами, Апелляционный комитет фактически и юридически исполнял функции высшего судебного органа страны, рассматривал дела в соответствующих процедурах, предельно напоминающих судебные. Общеизвестной и не требующей особого пояснения была его оценка британскими правоприменителями как «второй апелляции» (английский эквивалент континентальной «кассации»). Следовательно, реформа Т. Блэра, по логике ее сторонников, закреплявшая фактически существующий порядок вещей, скорее узаконивала уже имеющееся status quo, нежели насильственно ломала устоявшиеся порядки.

¹ Цит. по: Томсинов В. А. Развитие британской конституции в XX – начале XXI в. (статья вторая) // Вестник МГУ. Сер. 11, Право. – 2013. - № 3. - С. 11, 12.

² Stevens R. The English judges. – Ox.: Hart Publishing, 2005. – P. 178, 179.

³ Hale B. A Supreme Judicial Leader // www.fds.oup.com.

Позицию противников реформы можно описать известным высказыванием У. Черчилля, которое, кстати говоря, любил повторять в молодые годы президент Кеннеди – «когда лопать не надо, ломать не следует» (if it ain't broke, don't fix it). Считалось, что Апелляционный комитет более чем столетием безупречной работы доказал свою эффективность и полезность для британского правового порядка, избежав при этом скандалов, время от времени сотрясавших Верховный Суд США или конституционные суды «новых демократий» (единственный спорный момент в деятельности комитета возник в 1998 г. во время слушаний по «делу Пиночета», в результате чего лорд Хоффман был вынужден взять самоотвод, о чем более подробно мы поговорим в подразделе 2.2 настоящего исследования¹).

Существовал еще один аргумент против реформы, в большей степени эстетического свойства. Лорд Мэнс вспоминал, как у него сжималось сердце, когда он входил в старинное здание парламента в Вестминстерском дворце, или, когда его французские коллеги с завистью произносили «Chambre des Lords» (Палата лордов)². Иначе говоря, приподнятый и торжественный стиль отправления правосудия в Палате лордов, возлагавший на людей, вершивших его, дополнительные моральные обязательства, был несопоставим с «конвейерной юстицией» континентального образца, где авторитет судьи находится в прямой зависимости от количества «поднятых» им дел. Тот же Мэнс писал, что правосудие, творимое в Апелляционном комитете (а ныне Верховном Суде), в котором каждое дело – штучное, а решение по нему – маленький шедевр, и в кассационных трибуналах континентальной Европы, где только французский Кассационный суд вынужден рассматривать около 20 тысяч дел в год, соотносится между собой как «Роллс-Ройс» и до предела груженная телега³.

Как мы уже отмечали, почти все судебные лорды перешли в новый Верховный Суд. Поэтому нет ничего удивительного в том, что

¹ См. также: Malleon K. Judicial bias and disqualification after *Pinochet* // The Modern Law Review. – 2000, Jan. – Vol. 63. – P. 119-127.

² Lord Mance. Constitutional reforms, the Supreme Court and the Law Lords // Civil Justice Quarterly. – 2006. - № 25. – P. 161.

³ Lord Mance. The common law and Europe: differences of style or substance and do they matter? – Birm.: Univ. of Birmingham, 2007. – P. 16.

судебная реформа знаменовала собой наложение новых организационных форм (в данном случае – структуры Верховного Суда) на прежний «человеческий материал» (для своего времени очень неплохой!), который нес в себе – в памяти, нормах деятельности, точках зрения, интересах – прежние формы. В этой связи показательно, что хотя официальным наименованием члена Верховного Суда является термин «Justice» (судья), тем не менее верховные судьи и идущее у них на поводу общественное мнение по-прежнему именуют себя словом «Lord».

Итак, подлинной формой деятельности Верховного Суда должно стать правосудие, которое частично опирается на глубокие английские традиции законопослушания¹, а с другой – которое во многом еще только предстоит взрастить, в том числе путем «рекрутирования» в состав Суда новых членов. Пока же англичане имеют дело с ситуацией, когда новые формы, заданные, в частности, Актом о конституционной реформе, не «захватили» материал, и он в силу инерционности воспроизводит прежние методы деятельности. В частности, как указывает Б. Диксон, единственным существенным отличием между Апелляционным комитетом и Верховным Судом на сегодняшний день является лишь то, что в Суде стали чаще слушать дела расширенной коллегией судей (panel of justices), состоящей из семи или девяти судей, в то время, как в комитете все дела преимущественно решались пятью лордами. Так, в 2009-2010 гг. было 10 дел, рассмотренных 7 судьями, и 3 дела, в рассмотрении которых приняли участие 9 судей, а в 2010-2011 гг. аналогичные показатели составили уже 12 и 8 дел соответственно².

Сразу оговоримся, что данное различие имеет отнюдь не только академический, умозрительный характер. О. А. Гулевич,

¹ Поразительный пример британского законопослушания приводит писатель Дж. Оруэлл в своем эссе «Англичане»: «Во время самых страшных бомбежек Лондона в 1940 г. власти пытались помешать горожанам превратить метро в бомбоубежище. В ответ лондонцы не стали ломать двери и брать станции штурмом. Они просто покупали билеты по полтора пени, тем самым обретая статус законных пассажиров, и никому не приходило в голову попросить их обратно на улицы». (Оруэлл Дж. «1984» и эссе разных лет. – М.: Прогресс, 1989. – С. 311).

² Dickson B. Human rights and the United Kingdom Supreme Court. – Oxf.: Oxford University Press, 2013. – P. 3.

обобщив данные американских психологов, выделяет ряд существенных различий в стиле работы и вердиктах коллегий, состоящих из 5 либо 7 и более судей. Их результаты говорят о том, что: 1) решения, принимаемые коллегиями из 5 человек, менее предсказуемы, чем вердикты больших коллегий. Это, в свою очередь, означает, что решения меньших по размеру коллегий в большей степени определяются индивидуальными особенностями судей; 2) члены коллегий, состоящей из 7 и более человек, обладают большей «коллективной памятью», т.е. вспоминают в ходе обсуждения больше доказательств, анализируют их более тщательно и долго и т.п. Особенно ярко эта закономерность проявляется при рассмотрении сложных дел; 3) меньшие по размеру коллегии – более сплоченные, однако в силу этого более склонные к конформному поведению, которое в судопроизводстве может в значительной степени нивелировать реальные преимущества коллегияльности. Проще говоря, меньшему количеству судей проще выработать согласованное решение¹.

Представляется, что вышеизложенное в достаточной степени обосновывает тезис о том, что рассмотрение дел коллегией, состоящей из 7 и более судей, в большей степени отвечает природе и предназначению Верховного Суда, где чаще всего как раз решаются «сложные дела» и вопросы права.

Со студенческой скамьи нам известно, что в Великобритании действует прецедентное право. Но каков реальный механизм образования данного источника права? Почему одни судебные решения приобретают прецедентный характер, а другие – нет? Какова роль в этом процессе играет Верховный Суд? Однако все это уже тема следующего подраздела.

1.3. Значение прецедентного права для деятельности Верховного Суда

Под судебным прецедентом в теории права понимают решение суда (чаще всего вышестоящего) по конкретному делу, кото-

¹ Гулевич О. А. Психология в суде присяжных. – М.: Междунар. общ-во им. Л. С. Выготского, 2003. – С. 126-128.

рое берется за образец при разрешении последующих аналогичных дел. Особое внимание исследователи акцентируют на таких его качествах, как казуистичность, формирование не в процессе правосотворчества, а в процессе правоприменения, наличие в нем некоего стандарта, содержащего правовую аргументацию ярко выраженной практической направленности. В прецедентной системе судебное решение как бы перерастает уровень конкретного правоотношения, начинает применяться многократно, приобретает тем самым качество нормативности.

Такая судебная политика, кстати говоря, представляет собой не сугубо советский феномен, как полагают некоторые авторы¹, а была известна еще во времена Древнего Рима, где существовала в виде преторского права. По справедливому замечанию судьи Конституционного Суда Украины в отставке Д. Д. Лилака, весь пафос римского судопроизводства сводился к стремлению одинакового применения норм права в аналогичных или, по крайней мере, схожих обстоятельствах. «В ту эпоху, – пишет он, – наиболее нетерпимым считалось, когда такие дела решались судами по-разному (nihil in lege intolerabilus est, eandem rem diverso iure conserti)»².

Частным случаем судебных прецедентов являются прецеденты толкования – юридические суждения судов высшей инстанции относительно интерпретации тех или иных законодательных положений, сложившиеся в результате обобщения многолетней судебной практики по конкретным категориям дел и являющиеся обязательными для нижестоящих судов. Применительно к Великобритании первой на этот феномен обратила внимание Т. В. Апайрова. Она указывала следующее: «Конечно, судебное решение не может отменить законодательный акт, но оно может значительно изменить его путем истолкования. В этом смысле можно с уверенностью сказать, что закон зависит от прецедента. И не просто зависит, а как бы живет в прецедентах. Истолкованный однажды тот или иной параграф акта продолжает существовать уже в том

¹ См.: Нересянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а изменяет право // Судебная практика как источник права: Сб. докладов / Отв. ред. Б. Н. Топорнин. – М.: ИГП РАН, 1997. – С. 34-41.

² Лилак Д. Д. Судочництво і проблеми суддівської правотворчості // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 3. – С. 65.

виде, т. е. приобредает тот смысл, который придали ему судебные решения»¹.

К сожалению, уже расхожим утверждением стал тезис, что при принятии судебных решений в основных правовых системах используется различная правовая логика. Считается, что в государствах романо-германской семьи (к которым, при всех оговорках, относится Украина) приоритетом, исходя из принципа верховенства закона, пользуется норма кодекса, а для англосаксонского права на первом месте стоят ранее принятые судебные решения, выступающие в качестве прецедентов для принятия последующих решений. Однако большинство ученых (И. Ю. Богдановская, А. Н. Верещагин, М. Н. Марченко, С. В. Шевчук и многие другие) сходятся во мнении, что право уже давно не идет по пути чистого разделения этих правовых систем, особенно в современный период глобализации². Скорее мы являемся свидетелями постепенной конвергенции двух правовых традиций, к которой нас призывает еще академик А. Д. Сахаров.

Поэтому нет ничего удивительного в том, что в последнее время на Украине много говорится о том, что решения национальных судов также должны приобрести прецедентный характер, непосредственно урегулировать широкую сферу спорных правоотношений. Мы поддерживаем эту точку зрения и считаем необходимым распространить действие прецедентных начал на национальное судопроизводство. Какие же здесь могут быть аргументы «за»?

Во-первых, хотя в это и трудно поверить, прецедентная система исторически присуща отечественному судебному процессу. Прецеденты и обычаи существовали еще в судебно-административной практике Киевской Руси, что убедительно доказано в тру-

¹ Апайрова Т. В. Прецедент в современном английском праве и судебное правосотворчество // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды ВНИИСЗ. – 1976. – Вып. 6. – С. 175.

² См.: Богдановская И. Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право: Журнал Высшей школы экономики. – 2010. – № 2. – С. 75-87; Верещагин А. Н. Судебное правосотворчество в России. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 344 с.; Марченко М. Н. Судебное правосотворчество и судебское право. – М.: ТК Велби, Проспект, 2007. – 512 с.; Шевчук С. Судова правотворчість. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.

дах история права И. Б. Усенко¹. В дореволюционный же период суды нарабатывали огромный прецедентный багаж, причем по тем вопросам, о которых до сих пор спорят юристы². Да и что представляли собой руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР, как не своеобразные прецеденты? Даже формально не называясь прецедентами, они были *de facto* приравнены к последним, ибо, если судья выносил решение, отличное от того, которое рекомендовалось в документах Пленума, оно подлежало отмене как неправильно толкующее закон.

Во-вторых, внедрение прецедентных начал не только будет способствовать исторической преемственности в деятельности украинских судов, но и благотворно повлияет на их мировоззренческое сближение с европейскими коллегами. В романо-германской правовой семье, в лоно которой так активно стремится Украина, судебный прецедент уже давно признан самостоятельным равноправным источником права. К примеру, в ФРГ к числу официальных функций судов относится функция развития и совершенствования права, включающая в себя их полномочия на протворческую деятельность. В Испании нарушение доктрины Верховного Суда считается одним из популярнейших оснований для обжалования и пересмотра судебных решений. Согласно ст. 1 Гражданского кодекса Швейцарии, если в законодательных актах отсутствуют нормы, необходимые для разрешения дела, судья должен решить вопрос исходя из тех правил, которые он сочтет бы, если бы был законодателем. Активная работа по формированию прецедентов проводится в Финляндии³.

Не является исключением в этом отношении и постсоветское пространство. В марте 2010 г. с обширным докладом «Речь о прецеденте» на Третьих Сенатских чтениях в г. Санкт-Петербурге выступил председатель Высшего Арбитражного Суда (далее – ВАС)

¹ Див.: Правовий звичай як джерело українського права (IX-XIX ст.) / За ред. І. Б. Усенка. – К.: Наук. думка, 2006. – 280 с.

² Иванов А. А. Речь о прецеденте // Право: Журнал Высшей школы экономики. – 2010. – № 2. – С. 3.

³ Потребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4. – С. 94, 95.

РФ А. А. Иванов, получивший перед этим мощную поддержку со стороны Конституционного Суда. Напомним, что в Постановлении от 21 января 2010 г. Конституционный Суд РФ не только сохранил обязательность постановлений Президиума ВАС РФ, но и признал изменение правовых позиций последнего по отдельным категориям дел основанием для их пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам. Поэтому мы убеждены, что украинские судьи не должны, просто не имеют права стоять в стороне от этой общеευропейской интеллектуальной моды.

В-третьих, нельзя забывать, что в ст. 24 и п. 2 ч. 3 ст. 129 Конституции Украины – акте самой высокой юридической силы – закреплена доминантно-правовой принцип «все равны перед законом и судом». Вполне очевидно, что равенство перед судом – это не просто равный правовой статус всех участников процесса, выступающих в одинаковых процессуальных ролях, или создание равных прав и возможностей для сторон при отстаивании ими своих интересов в судебном заседании, но также одинаковое отношение суда к определению юридической судьбы схожих по своим фактам дел. Естественно, что разнотой в судебной практике, принятые судами нетождественных решений при аналогичных обстоятельствах подрывает конституционный принцип правовой определенности и идею равенства. Как указал в своем Решении от 29 июня 2010 г. Конституционный Суд Украины, упомянутый принцип возможен лишь там, где существует предсказуемость применения правовых норм.

В-четвертых, внедрение прецедента будет способствовать усилению независимости и раскрепощению судейского корпуса. У немецких юристов существует красивая теория о судьбе как «социальном архитекторе». По их мнению, в случае абсолютного диктата предписаний закона правоприменение неизбежно принимает автоматический характер, а судья превращается в бездумного механического исполнителя буквы закона, что не замедляет сказаться на качестве правосудия¹. Между тем в любом, даже самом совершенном законе всегда есть так называемый люфт для принятия решения, поскольку, с одной стороны, сами его нормы есть ре-

¹ Туманов В. А. К критике концепции «судейского права» // Советское государство и право. – 1980. – № 3. – С. 118.

зулят компромисса между различными политическими силами, а с другой – в нем могут использоваться двусмысленные понятия, затрудняющие его применение.

И вот здесь возникает потребность в суде – «социальном архитекторе», который должен не только подыскать соответствующий закон, а затем исползовать его при разрешении дела, но и наполнить его собственными представлениями о законном и справедливом, как бы ввести в это решение свои личные нравственные правовые принципы. В этом нет ничего удивительного, ибо судья ответственен не только перед законом, но и перед участниками реально разрешаемой ситуации, перед своим внутренним убеждением. Вместе с тем добиться желаемого «очеловечивания» украинских законов судьями без предоставления последним определенных полномочий по самостоятельной интерпретации правовых норм невозможно. Связанность судей ими же выработанными прецедентами, формирование единых и непротиворечивых правовых позиций – первый шаг на пути к этому. И не надо бояться, что они начнут подменять законодателя. Как выразился по этому поводу дореволюционный юрист И. А. Покровский, «закон и суд не две враждебные силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции... Судья в не меньшей степени, чем законодатель, – сын своего народа и времени и в не меньшей степени носитель того же народного правосознания»¹.

Как же сейчас обстоит дело с прецедентной практикой в деятельности украинских судов? Горько сознавать, но пока она напоминает постоянно сокращающуюся шагреньную кожу из одноименного романа О. де Бальзака. Так, еще в 1997 г. из Арбитражного процессуального кодекса были исключены нормы о возможности применения к спорным правоотношениям аналогий закона и права, которые справедливо считаются неотъемлемым элементом любой прецедентной системы. «Во многих странах суд, раз за разом применяя аналогии права или закона, – писал А. Б. Венгеров, глубокий знаток данной проблематики, – восполнял тем самым законодательство. Из ряда подобных решений по поводу однородных случаев, по мере того, как эти решения приоб-

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 2009. – С. 96, 97.

ртели характер образа, примера, возникала такая форма права, как судебный прецедент»¹.

В 2001-2002 гг., в результате так называемой малой судебной правовой реформы, разъяснения высших специализированных судов лишились своей обязательной юридической силы. Более того, после принятия нового Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей» от 07.07.2010 г. пересмотр судебных решений Верховным Судом Украины возможен лишь в случае допуска дела к производству высшим специализированным судом. Иными словами, коллегия в составе 5-ти судей высшего специализированного суда самостоятельно решает вопрос о том, допустить ли дело к пересмотру Верховным Судом или нет. Заметим попутно, что указанный порядок не раз подвергался ожесточенной критике парламентариями и представителями общественности как антидемократический, ограничивающий права граждан на доступ к правосудию и судебную защиту.

Парадоксально, но именно этот широко критикуемый порядок, на наш взгляд, может быть использован для зарождения прецедентных начал в украинских судах. Говоря словами У. Черчилля, «надо уметь превратить поражение в триумф». Что имеется в виду? Легко заметить, что по новому законодательству высшие специализированные суды начинают играть роль своего рода фильтра, осуществляющего отбор судебных актов, которые будут пересматриваться Верховным Судом. И вот здесь можно довести коренного перелома. К примеру, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 111¹⁶ Хозяйственного процессуального кодекса Украины заявление о пересмотре судебного решения Верховным Судом может быть подано на основании неодинакового применения судом кассационной инстанции одних и тех же норм материального права, вследствие чего вынесены различные по содержанию судебные решения в подобных правоотношениях. Следовательно, Высший хозяйственный суд может направлять в Верховный Суд наиболее значимые дела, в отношении которых существует противоречивая кассационная практика. Однако такие дела должны отбираться, чтобы в наиболее важных для общества случаях формулировать

¹ Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учеб. – М.: Омега-Л, 2007. – С. 405.

правовые позиции, рассчитанные не только на эти, но и на другие аналогичные им дела.

Что же даст признание прецедента источником права?

Во-первых, в какой-то степени данная мера обеспечить разгрузку судов. Стороны просто не будут заключать договор или вступать в соответствующие правоотношения, по которым существует обнадорованная и прозрачная, но не выгодная им судебная практика, отступить от которой судья будет уже не вправе. В Америке это называется «предикативной теорией» (право как предсказание о том, как дело будет разрешено в суде). Благодаря этому обстоятельству резко сократится количество упреков в адрес судей и влияние на них административного давления, поскольку всегда будет легко определить, соответствует ли оцениваемое решение сформированной прецедентной позиции или нет.

Во-вторых, украинское законодательство является одним из наиболее изменчивых и динамичных в мире. Однако каждое его изменение влечет за собой множество судебных дел, в которых возникает спор по поводу новых (иногда весьма туманных) формулировок. Как результат – сводится на нет идея правовой определенности. Противовесом этому будет выступать стабильность прецедентных позиций судов при их постепенном эволюционировании, отсутствие резких революционных изменений, что всегда было чрезвычайно актуальным для частноправовых отношений. По сути, судебные прецеденты являются необходимым регулятором в условиях проводимых радикальных реформ, а значит, коренным образом меняются законодательство и в то же время обеспечивается стабильность правоприменения. Иначе говоря, прецеденты одновременно выполняют функцию и стабилизации, и развития.

В-третьих, внедрение в практику правоприменения прецедентного подхода будет способствовать укреплению судебной власти, уменьшению ее зависимости от депутатского корпуса, росту самоуважения судей и, что особенно важно, постепенному интегрированию последних в мировое юридическое сообщество. Покаительно, что чувство единства правовой культуры среди юристов стран прецедентного права чрезвычайно сильно. К примеру, в одном деле английский судья извинился перед коллегами из Новой Зеландии за то, что применил термин «иностранное» к праву их

страны¹. Тем самым прецеденты предохраняют юристов от губительной изоляции, позволяют принимать решения с учетом огромного опыта, накопленного отечественными и зарубежными судами. Да и что есть прецедент, как не четкое, почти фотографическое отображение достижений практики?

В-четвертых, первый шаг на пути к внедрению прецедентных начал уже сделан публикацией всех судебных актов в сети Интернет на веб-ресурсе Единого государственного реестра судебных решений Украины (www.reyestr.court.gov.ua). Анализ этих дел теперь может производить любой желающий, в том числе и судья, которому самому предстоит принять то или иное решение. Правда, для прецедентного права важен не столько сам факт публикации, сколько тщательный анализ имеющегося массива актов относительно того, какие правовые позиции в них заложены. Поэтому в дальнейшем необходимо создать механизмы поиска схожих решений по конкретным категориям дел, как это, кстати говоря, имеет место в Великобритании, где разработан электронный банк судебных прецедентов «Lexis-Nexis», встроенный в большей мере не по институциональному, а по тематическому критерию.

Перечисленные достоинства прецедентной системы англичане осознали много столетий тому назад². Иногда даже можно встретить утверждение, что в Великобритании существует своего рода «террор прецедента». Сказанное с полным основанием можно отнести и к Верховному Суду Соединенного Королевства, который активно опирается в своей повседневной деятельности на прецедентное право.

Следует отметить, что на сегодняшний день в этой стране выработана следующая иерархия прецедентов: а) решения, выносимые Верховным Судом (ранее – Апелляционным комитетом Палаты лордов), составляющие обязательные прецеденты для всех судов; б) решения, принятые Апелляционным Судом, обязательны для всех нижестоящих судов и для самого этого суда; в) решения,

¹ Богдановская И. Ю. Указ. соч. – С. 84.

² Подробнее см.: Кросс Р. Прецедент в английском праве. – М.: Юрид. лит., 1985. – 238 с.; Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. – К.: Праксіс, 2008. – 344 с.; Майданик Р. Англійський судовий прецедент як джерело права // Юридична Україна. – 2013. – № 1. – С. 52-61.

принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и, не будучи строго обязательными, имеют весьма важное значение и обычно используются как руководство различными отделениями Высокого суда и Судом Короны¹.

Между тем существует одно обстоятельство, практически не учитываемое, по выражению Л. В. Головки, «континентальным правовым менталитетом, доведенным до крайности в новейшей отечественной юридической традиции»². Дело в том, что в Великобритании нижестоящий суд хотя и не может по общему правилу прямо отвергнуть прецедент, созданный судом более высокой инстанции, однако он вправе выделить в рассматриваемом споре те значимые фактические обстоятельства, которые отсутствуют в прецедентном решении вышестоящего суда, и на этом основании «вывести» свое дело из сферы действия прецедента, выведя тем самым спор за границу «гравитационной силы» прецедента, и разрешить его на основе собственных представлений о должном и справедливом. «Если бы не техника «отличения», - пишут А. Н. Верещагин и А. Г. Карапетов, - английское право не способно было быть столь принципиально видоизменяться как в веке XIX, так и в XX в.»³.

Любопытно, что в тех случаях, когда судебная практика еще не успела наработать соответствующие прецеденты, Верховный Суд, словно подчеркивая всю сложность ситуации, делает об этом специальную оговорку. В частности, в решении от 14.12.2011 г. по делу *R v Gnanago*, в котором рассматривались проблемы совместной преступной деятельности, лорды Филлипс и Джадж подчеркнули: «Никакие из предыдущих решений нашего Суда не дают ответа на вопрос, как должен быть решен вопрос права, подлежа-

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. - М.: Прогресс, 1988. - С. 319.

² Головки Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. - 2010. - № 6. - Т. 10. - С. 11.

³ Верещагин А. Н., Карапетов А. Г., Тай Ю. В. Пути совершенствования правоприменительной деятельности ВАС РФ // Вестник ВАС РФ. - 2013. - № 6. - С. 41, 42.

щий разрешению в данном деле»¹. И не мудрено, ведь в деятельности Верховного Суда особенности судебской техники изучения материалов дела и выявления в нем норм и принципов явились результатом устоявшейся и ставшей профессиональной традиции «обоснования от прецедента к прецеденту» (*reasoning from case to case*). Эту традицию образно изложил судья Верховного Суда США А. Скалиа: «Если вы изучаете итальянскую литературу, то должны знать Данте, если физику - Ньютона, биологию - Дарвина. Но если вы изучаете право, во всяком случае в странах «общего права», то вам не следует осуждать того, кто читает какого-нибудь лорда Тиндалла или судью Габриэля Дювалла, ибо то, что они говорят, пользуется не меньшим авторитетом; фактически это и есть право»².

К слову, чрезвычайно любопытны коллизии дела *R v Gnanago*, будто навеянного «лихими 90-тыми годами». 26-летняя эмигрантка из Польши М. Пниевская, приехавшая в Англию в поисках лучшей жизни, была убита выстрелом в голову во время прогулки по юго-восточной части Лондона. Вышло так, что она стала случайной жертвой перестрелки, которую вели друг с другом преступники А. Гнанго и неустановленный «человек в платке». Экспертизой было установлено, что пуля, убившая М. Пниевскую, была выпущена не из пистолета А. Гнанго, который, следовательно, не подлежал уголовной ответственности за убийство. Однако шестью голами против одного Верховный Суд сформулировал правовую позицию, в соответствии с которой «если Х и Y добровольно стали стрелять друг в друга, намереваясь убить или нанести тяжкие повреждения, вследствие чего Х ошибочно убил Z, то Y подлежит уголовной ответственности за убийство на равных основаниях с Х». В конечном итоге, А. Гнанго был приговорен к 20 годам тюремного заключения.

А вот в отношении русских олигархов, которые так любят судиться в английских судах, напротив, уже наработана солидная прецедентная практика. Последним по времени делом подобного рода, рассматриваемым Верховным Судом, был спор между рос-

¹ *R v Gnanago*: Judgment // www.supremecourt.gov.uk.

² Scalia A. The dissenting opinion // Journal of Supreme Court history. - 1994. - № 33. - P. 10.

сыйским банком «ВТБ» и компанией «Nutritek», зарегистрированной на Вирджинских островах и подконтрольной выходцу из России К. Малофееву¹. В решении, вынесенном 6 февраля 2013 г., судебный состав широко цитировал фрагменты из выступлений ординарных лордов по апелляциям, рассматривавшим в 2000 г. дело *Begezovsky v Michaels* – одно из первых дел подобного рода. С преимуществом в один голос (3 против 2 – особое мнения заявили судья Кларк и избранный от Шотландии судья Рид) Верховный Суд не нашел оснований для признания юрисдикции английских судов рассматривать данное дело по той, в частности, причине, что еще в 2000 г. лорд Хоффманн заметил, что «он не видел оснований, почему судья не был вправе принять решение, что Англия не являлась со всей очевидностью наиболее подходящим местом для судебного разбирательства между российскими истцами относительно деятельности, имевшей место в России»². Показательно, что судей даже не остановила цена иска – 330 млн. долл....

Говоря о прецедентном праве Великобритании, необходимо учитывать один существенный момент. Строго говоря, обязательным для остальных судов является не все судебное решение, а только тот его элемент, который по традиции именуется *ratio decidendi* (стоять на решении), тогда как остальные положения решения, включая особое мнения, считаются *obiter dictum* (попутно сказанным) и никакой нормативно-обязательной силы не имеют.

Например, суд может указать в решении, что если бы в деле были несколько иные фактические обстоятельства, то он бы сформулировал на этот счет иную правовую позицию. Или суд может не признать свою компетенцию по разрешению спора или отказать в иске по формальным основаниям, но при этом позволить себе сделать те или иные выводы по существу спора. Суд также может, толкуя ту или иную принципиальную для разрешения конкретного

¹ VTB Capital plc v Nutritek Int. Corp. and others: Judgment // www.supremecourt.gov.uk.

² Цит. по: Алексеев Н. А. Палата Лордов Британского Парламента: от Суда Короля Эдберта до революции Премьера Т. Блэра (825-2003 гг.). – М.: БЕК, 2003. – С. 429. Впрочем, в присущей ему афористичной манере лорд Нолан, возражая Хоффманну, писал, что «бизнесмен или политик берет свою репутацию с собой всюду, куда он едет, независимо от места, где он ее обрел».

спора законодательную норму, попутно дать определенную интерпретацию и смежной норме, которая не касается данного дела не обязательно, но может оказать применимой в схожих делах.

Вместе с тем, если мы возьмем наугад любое из решений Апелляционного комитета или нового Верховного Суда, то не найдем в нем ничего, что бы походило, по выражению Л. В. Головки, на «любезно сформулированные» *ratio decidendi* и *obiter dictum*¹. Любое решение Верховного Суда напоминает нечто, сопоставимое со стенограммами «заседаний ученых советов» с фамилиями выступающих (в данном случае – судей), неизмеримым количеством ссылок на предыдущие решения, разнообразными цитатами и т. д. Именно поэтому отделение «зерен от плевел», отграничение двух основополагающих элементов судебного прецедента друг от друга целиком и полностью ложится на плечи британского судьи, в сущности свободного в расширении или же сужении границ *ratio decidendi* и *obiter dictum* предшествующих решений для стоящих перед ним сейчас целей.

Как писал еще Б. С. Никифоров, «ввиду крайней неопределенности границы между *ratio* и *dictum*, суд, если он желает отступить от прецедента, постарается посредством всякого рода натяжек максимально сузить границы *ratio* в предыдущем решении и на основе этого расширить рамки *dictum* в нем. Напротив, имея в виду сохранить старое правило в нетронутном виде, он будет относить к *ratio* все то, что, возможно, не имеет никакого отношения к существу дела, служащего прецедентом»².

С. К. Загайнова, подчеркивая сложность вычленения *ratio decidendi*, во многом объясняет это стилистикой судебных решений, написанных без преувеличения «пламенеющей готикой». К примеру, если мы возьмем легендарное решение Палаты лордов по делу *Donoghue v Stevenson* (1932 г.), считающееся одним из ключевых источников современного английского деликтного права, согласно которому производитель несет ответственность за вред, причиненный потребителю, то увидим, что данная, на первый

¹ Головки Л. В. Указ. соч. – С. 10.

² Цит. по: Есаков Г. А. Англо-американское уголовное право: эволюция и современное состояние общей части. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 84.

взгляд, весьма лапидарная мысль растворена в следующим высказыванием лорда Аткина: «Если вы, уважаемые лорды, принимаете взгляд, согласно которому данное выступление имеет под собой основания, вы согласитесь с тем, что согласно как шотландскому, так и английскому праву производитель продуктов, которые продаются в такой форме, в которой они, как и задумано, должны дойти до конечного потребителя, без разумной возможности промежуточного изучения и с осознанием того, что отсутствие разумной заботы в процессе подготовки или сбора продуктов приведет к причинению вреда жизни или собственности потребителя, имеет обязанность перед потребителем осуществить такую разумную заботу»¹.

В свете сказанного становится понятной актуальность вопроса о том, вправе ли Верховный Суд опровергать собственные прецеденты (так называемый *overruling*). Исследователями подчтено, что с 1966 г. по 2009 г. по крайней мере 21 решение Апелляционного комитета Палаты лордов было отменено или утратило силу в соответствии с исключительным правом высшей судебной инстанции отступать от прецедента². Оно, это право, зиждется, в свою очередь, на Заявлении по вопросам практики (*Practise Statement*), сделанном в 1966 г. лордом Гардинером от имени Апелляционного комитета Палаты лордов. В нем, в частности, говорилось: «... их светлости признают, что слишком жесткая приверженность прецеденту может повести к несправедливости в конкретном случае и к неоправданным ограничениям в развитии права. Они полагают поэтому необходимым изменить существующую практику и, считая прежние решения Палаты лордов в принципе обязательными, допустить возможность отступления от них в случае необходимости»³.

Думается, этот факт должен положить конец многочисленным дискуссиям относительно того, может ли Конституционный Суд Украины принять решение, отклоняющееся от ранее выраженной

¹ Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М.: Норма, 2002. – С. 17, 18.

² Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 211.

³ Цит. по: Кросс Р. Указ. соч. – С. 116.

Судом позиции (в науке такая практика получила название «динамической корректировки правовых позиций»). Очевидно, что да, но при этом ему следует опираться на достойную аргументацию, что, к сожалению, имеет место далеко не всегда. Так, в ряде своих определений, в частности от 07.03.2002 г., Конституционный Суд отказался проверять конституционность положений Закона «О выборах народных депутатов Украины», поскольку принятие Судом какого-либо решения во время избирательной кампании «может повлиять на избирательный процесс, отразиться на результатах волеизъявления избирателей и тем самым повлиять на результаты выборов, что превратило бы Конституционный Суд в субъект политического процесса». Однако двумя годами позднее, в самый разгар «оранжевой революции» и президентских выборов, Конституционный Суд вынес Решение от 24.12.2004 г. по делу об особенностях применения Закона Украины «О выборах Президента Украины», в соответствии с которым ряд норм данного Закона был признан неконституционным.

Во избежание подобных случаев в работе отечественного органа конституционной юрисдикции в дальнейшем, обратимся к тем критериям пересмотра собственных решений, которые были выработаны судебными лордами вскоре после принятия Заявления по вопросам практики 1966 г. Таковыми являются следующие:

1. Свобода, предоставленная Заявлением, должна использоваться умеренно (*sparingly*).
2. Решение не должно опрокидываться, если его преодоление обманет правомерные ожидания субъектов права, вовлеченных в договорные обязательства, расчеты или любую иную юридически значимую деятельность.
3. Решение, касающееся толкования статута или других законодательных актов, не должно преодолеваться, за исключением редких и исключительных случаев (чрезвычайно актуальный для Украины критерий! Вспомним хотя бы путаную и противоречивую практику Конституционного Суда, сложившуюся в отношении термина «коалиция депутатов фракций»).
4. Решение не должно преодолеваться, если лорды не в состоянии предвидеть последствия такого преодоления, а также в том случае, когда сам вопрос, послуживший поводом для принятия со-

ответствующего решения судебными лордами, имеет все шансы быть пересмотренным в законодательной процедуре.

5. В интересах обеспечения правовой определенности решение не должно быть преодолено походом, лишь на том основании, что ранее оно было неправильно решено. В новом решении должны быть приведены дополнительные доводы, оправдывающие в глазах общества подобное преодоление, да и сам факт прежних прецедентов должен быть честно и недвусмысленно признан. Как отмечают российские исследователи А. Н. Верещагин и А. Г. Карапетов, «высший суд не должен держать юридическую ответственность за коллектив детского сада»¹.

6. Решение должно быть преодолено тогда, когда оно вносит неопределенность в правоприменение и даже юристы сторон не в состоянии дать четкое определение тому, что в данном случае будет считаться правовым.

7. Решение должно быть преодолено, если в сравнении с современными социальными условиями или сегодняшними концепциями правопорядка оно кажется несправедливым².

По нашему мнению, обозначенные критерии вполне могут стать определяющими и для Конституционного Суда Украины. В известном смысле они могут послужить тем тестом, через который следует «пропустить» любое намерение судебного состава изменить ранее сформулированную правовую позицию по делу.

Примером подобного пересмотра предыдущих правовых позиций высшего суда в британской политико-правовой практике может служить дело *Regina v R*. До того практически единообразно, в частности благодаря практике самого Апелляционного комитета Палаты лордов, считалось, что в силу так называемого супружеского изъятия муж не может быть осужден за изнасилование или любые иные насильственные действия сексуального характера в отношении жены, поскольку в силу права из факта брака неопределенно презюмировалось согласие жены на половую жизнь с супругом. В 1991 г. Апелляционный комитет счел, что это изъятие не имеет под собой достаточных оснований как норма действующую

¹ Верещагин А. Н., Карапетов А. Г., Тай Ю. В. Пути совершенствования правоприменительской деятельности ВАС РФ // Вестник ВАС РФ. – 2013. – № 6. – С. 45.

² Paterson A. The Law Lords. – L.: Macmillan Press LTD, 1982. – P. 156, 157.

щего права, и признал допустимым осуждение мужа за изнасилование жены¹.

И в заключение – мудрые слова судьи Верховного Суда Роджера, совсем недавно, в 2011 г., ушедшего из жизни: «... даже в высших судах судьи время от времени будут менять свою точку зрения. И в этом нет ничего постыдного. Не так ли поступал сам Господь, изрядно подкорректировавший Старый Завет Новым?»².

1.4. Верховный Суд и проблема судебного активизма

Сталкиваясь сегодня с проблемой соотношения конституционного контроля и прерогатив законодательной власти на постсоветском пространстве, их взаимодействия и возникающих между ними противоречий, нельзя не обратиться к опыту тех демократических государств, где аналогичные проблемы уже давно находят-ся в фокусе научных исследований. Одной из таких стран является, несомненно, Великобритания с ее многовековыми традициями либерализма, законопослушания, стабильности правовой и управленческой систем. Неслучайно в общественном сознании прочно утвердился и постоянно воспроизводится некий миф об «ухожении англичанского политического газона»³.

Между тем последние полтора десятилетия в этой стране происходят интереснейшие модернизационные процессы, инициированные правительством «новых лейбористов» во главе с Т. Блэром, исполнявшим на протяжении 1997-2007 гг. обязанности премьер-министра. Реформа Палаты лордов, создание Верховного Суда, введение поста мэра Лондона и созыв Лондонской Ассамблеи, принятие своего рода британской версии «Билля о правах» – Акта о правах человека 1998 г., реформы в сфере госу-

¹ Есаков Г. А. Англо-американское уголовное право: эволюция и современное состояние общей части. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 89.

² Цит. по: Lee J. The Doctrine of Precedent and the Supreme Court // www.in-temple.org.uk.

³ Критику таких представлений см.: Оболенский А. В. Бюрократия для XXI века? – М.: Дело, 2002. – С. 34-66.

дарственных услуг и школьного образования – вот лишь некоторые из увенчавшихся успехом инициатив Блэра. Однако все эти реформы и модернизационные процессы в значительной степени коснулись также английской интерпретации принципа разделения властей, внося в него существенные коррективы, в том числе по линии «нормотворчество-судебный контроль за ним».

В этой связи отметим, что Великобритания является родиной принципа парламентского суверенитета, вернее, его так называемой вестминстерской разновидности. «В условиях вестминстерской модели управления, – учит Ю. Г. Барабаш, – парламент разделяется чрезвычайно широкой автономией как по отношению к другим властным структурам, так и по отношению к предыдущим созывам самого парламента»¹. В свою очередь, М. Н. Марченко констатирует, что суть доктрины парламентского суверенитета сводится в конечном счете к таким показателям, как способность парламента принимать законодательные акты по «любому вопросу» и невозможность отмены их никаким другим публичным органом (включая суд), кроме самого парламента². Как следствие, такое понимание принципа разделения властей приводит на практике к ощущению и несколько экзотическому смешению полномочий между органами государственной власти с явным креном в сторону власти законодательной.

Скажем, на протяжении почти 1400 лет существования должности лорда-канцлера последний был членом представительского органа (будучи спикером Палаты лордов), являясь одновременно членом исполнительной власти, входившим в состав Кабинета, а в остающееся от этих обязанностей время выступал еще и в качестве судьи³. После принятия Акта о конституционной реформе 2005 г. ситуация радикально изменилась. Палату лордов возглавил

¹ Барабаш Ю. Г. Верховна Рада України. Спеціалізовані органи парламентського контролю // Конституційне право України: Підручник / За ред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. – Х.: Право, 2008. – С. 252.

² Марченко М. Н. Доктрина суверенитета Парламента и судебное правотворчество в Великобритании // Известия вузов. Правоведение. – 2005. – № 6. – С. 82.

³ Подробнее см.: Барбер Н. У. Разделение властей и Конституция Великобритании // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2012. – № 1. – С. 3-17.

лорд-спикер, а судебные функции были окончательно отделены от законодательных путем преобразования Апелляционного комитета Палаты лордов (далее – Апелляционный комитет) в самостоятельный Верховный Суд Соединенного Королевства, начавший свою работу 1 октября 2009 г.

Справедливости ради отметим, что судебная власть в Великобритании уже давно начала наступать на prerogatives иных ветвей, что отразилось, в частности, в известном решении 1993 г., принятом Апелляционным комитетом по делу *Pepper v. Hart*. Данное решение дало мощный импульс практике судебного контроля (judicial review) за актами административных органов, обеспечив соответствующую возможность для этого¹. Несколько позднее, в 2001 г., в решении по делу *R. v. Secretary of State for the Home Department* Апелляционный комитет сформулировал стандарт «углубленной проверки» в отношении решений административных, затрагивающих фундаментальные права человека, который во многом тождествен американской доктрине «придирчивого рассмотрения» (strict scrutiny): чем права и свободы больше затронуты в управленческом акте, тем в большей степени оправдано и уместно вмешательство суда. Подобного рода деятельность судебных инстанций, в особенности высших из них, не замедлила получить название «судебного активизма» (judicial activism), на британских особенностях которого мы и хотели бы остановиться более подробно.

К сожалению, приходится констатировать, что проблемам судебного активизма в нашей науке никогда не уделялось достаточного внимания. Исключение составляет лишь обширная статья А. И. Ковлера, посвященная, правда, анализу упомянутого феномена применительно к деятельности Европейского суда по правам человека². Отдельные мысли по этому поводу можно встретить в переведенной на русский язык книге бывшего председателя Вер-

¹ Подробнее см.: Mullan K. The impact of *Pepper v. Hart* // The House of Lords: its parliamentary and judicial roles / Ed. by P. Carmichael and B. Dickson. – Oxford: Hart Publishing, 1999. – P. 213-238; Robertson D. Judicial discretion in the House of Lords. – Ox.: Clarendon press, 1998. – P. 157-183.

² См.: Ковлер А. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? // Сравнительное конституционное обозрение. – 2010. – № 6. – С. 90-100.

ховного Суда Израиля А. Барака. Он, в частности, указывает, что «как судья-активист может быть определен тот судья, который пытается приспособить право к меняющимся потребностям жизни»¹. В историческом разрезе обозначенную проблему в связи с деятельностью Верховного Суда США исследует З. Г. Голдоби-на². На Украине отдельные аспекты этого феномена затрагивал С. В. Шевчук³. Перечисленными работами библиографический аппарат, посвященный проблематике судебного активизма, строго говоря, исчерпывается. В то же время феномен судебного активизма, соотношение последнего с судебным самоограничением (judicial restraint) является одной из излюбленных тем западного правоведения.

К примеру, в «Энциклопедии Верховного Суда» под редакцией Д. Шульца судебный активизм определяется как комплексное понятие, которое должно содержать в себе ответ на два вопроса: 1) как судьи взаимодействуют с другими ветвями государственной власти и 2) как судьи толкуют Конституцию?⁴ Ирландец Б. Диксон обращает внимание на многообразии трактовок, сложившихся в британской доктрине в отношении судебного активизма. В частности, указывает ученый, иногда под ним понимают нагрузку, которая ложится на суд (в последние годы существования Апелляционного комитета она составляла порядка 60 дел в год), количество вынесенных решений и т. д. Однако наиболее удачным, по его мнению, представляется определение судебного активизма как готовности судейского корпуса развивать право, в частности путем его широкого истолкования⁵.

¹ Барак А. Судейское усмотрение. – М.: Норма, 1999. – С. 194.

² Голдобиная З. Г. Активизм и оригинализм в деятельности Верховного Суда США и в американской политико-правовой доктрине (историко-правовой аспект): Дис... к. ю. н. – Ек.: УГЮА, 2007. – 272 с.

³ Шевчук С. Концепція «суддівського активізму» у контексті судової протворчості // Юридичний журнал. – 2008. – № 7-8. – С. 54-59.

⁴ Crowe J. Judicial activism and restraint // Encyclopedia of the Supreme Court / Ed. by D. Schultz. – N. Y.: Facts On File, 2005. – P. 237.

⁵ Dickson B. Judicial activism in the House of Lords 1995-2007 // Judicial activism in common law supreme courts / Ed. by B. Dickson. – Oxford: University Press, 2007. – P. 366, 367.

В литературе можно встретить также узкое и широкое понимание судебного активизма. Скажем, уже упомянутый нами А. И. Ковлер является сторонником узкой трактовки, полагая, что активизм главным образом проявляется там, где у суда есть несколько вариантов толкования в рамках его же прецедентной практики, но он выходит за эти рамки – и тогда его выбор приобретает юридическую силу, разрушая значение предыдущих прецедентов¹. Тем самым суд как бы выбирает из нескольких альтернатив, каждая из которых – законна. С. В. Шевчук, напротив, отстаивает широкую трактовку, подводя под исследуемое понятие такие достаточно разномасштабные, на первый взгляд, явления, как: 1) признание неконституционной или незаконной деятельности других ветвей власти; 2) невозможность следовать доктрине прецедента; 3) судебное правотворчество; 4) отклонение от общепринятых методов толкования, сложившихся в процессе правоприменения; 5) правосудие, ориентированное на определенный результат². Как следствие, он приходит к выводу о том, что «активистами являются все судьи Конституционного Суда, которые вышли в своих решениях за буквальный смысл конституционной нормы или пользуются при осуществлении конституционного судопроизводства не только грамматическим способом толкования конституционного текста, формулируют новые правовые позиции»³.

Как нам представляется, в судебном активизме целесообразно выделить два основных элемента: *судейский активизм* и активизм собственно *судебный*. В первом случае мы имеем дело с той ролью, которую судья играет в процессе, прежде всего его доказательственной активностью, набором его полномочий по управлению этим процессом, степенью широты его усмотрения при вынесении решения. Второй аспект характеризует (и здесь мы полностью солидарны с американскими исследователями) взаимоотношения судебной власти с иными ветвями власти в государстве. Этот аспект очерчивает следующий круг вопросов: насколько судьи могут вторгаться в законодательные и исполнительные полномочия, аннулируют акты соответствующих структур, оказывать влияние

¹ Ковлер А. Указ. соч. – С. 95.

² Шевчук С. Назв. твір. – С. 54, 55.

³ Там само.

на нормотворческую деятельность последних, в том числе путем формулирования правовых позиций, которые не могут быть преодолены нормотворцом, а также то, в какой степени выявленный судами смысл тех или иных конституционных положений определяет их дальнейшее понимание и применение всеми государственными органами. Сюда же можно отнести проблему корректировки судом (чаще всего высшей инстанции) ранее сформулированных правовых позиций и прецедентов.

Рассмотрим оба аспекта применительно к Соединенному Королевству.

I. *Судейский активизм*. Как отмечалось в отечественной литературе, Великобритания относится к странам с состязательной моделью судебного процесса. Если говорить схематично, то суть данной модели заключается в том, что субъектами доказывания, т. е. теми участниками процесса, кому предоставлено право собирать сведения о фактических обстоятельствах события, являющегося предметом судебного разбирательства, являются исключительно стороны. Иными словами, представители сторон самостоятельно собирают в досудебных стадиях процесса собственные доказательства, отягощенные интересами тяжущихся, и представляют их суду. Соответственно, суд не вправе истребовать дополнительные доказательства или создавать собственные. Он может восполнять доказательствальные пробелы и противоречия исключительно путем выяснения у сторон или свидетелей интересующих его деталей.¹

При таком подходе важной особенностью традиционного английского судебного процесса выступает то, что здесь нет нейтральных категорий «свидетель», «эксперт» и т. д., а есть понятия «свидетель защиты» или «эксперт обвинения». Именно по этой причине заключения тех же экспертов абсолютно предрекательны и в подавляющем большинстве случаев нейтрализуют друг друга при том, что сам суд, как правило, лишен права прибегнуть к независимой от сторон экспертизе. Очевидно, что приведенные особенности в

¹ Головки Л. В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права: источники, доказательства, предварительное производство // Труды юридического факультета МГУ. – Кн. 11. – М.: Правоведение, 2009. – С. 260.

известной степени и до определенных пределов сужают поле судебного активизма, прежде всего по контрасту с судьями в странах континентальной Европы, на которых возложена задача устанавливать в каждом деле «материальную истину», для достижения которой, в свою очередь, им предоставлено право истребовать дополнительные доказательства, назначать по собственному усмотрению экспертизы и т. д.

В то же время не стоит представлять дело так, будто английский судья – безропотный заложник сторон, оперирующий только той доказательственной массой, которую они принесли в суд. Совсем нет. Скажем, английскому правосудию известна такая процессуальная фигура, как *intervener*, выступающая в двух возможных ипостасях: 1) *amicus curiae* («друга суда»), т. е. некоей действительно нейтральной стороны, помогающей суду ориентироваться в сложных правовых вопросах, чаще всего в области иностранного права, и 2) *public interest intervener*, действующий в общественных интересах. Последним чаще всего является представитель негосударственного сектора (традиционно правозащитной организации), который с одной стороны, что немаловажно, осуществляет общественный контроль за ходом самого процесса, а с другой – информирует суд о тех аспектах дела, которые касаются проблем прав человека, международных стандартов этих прав, короче говоря, помогает суду взглянуть на проблему в более широком контексте¹. Для этого надо, чтобы соответствующая организация или человек заблаговременно обратились в суд с просьбой разрешить им выступить на слушаниях. Так, во время слушаний, которые прошли 1-2 февраля 2012 г. в Верховном Суде Великобритании по делу *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* («дело Ассанжа»), в этом качестве был привлечен известный советский диссидент В. Буковский². Несколько ранее, в 1998-1999 гг., на процессе в Апелляционном комитете по делу Пиночета выступали представители общественной организации «Amnesty International».

¹ To Assist the Court: Third Party Interventions in the UK. – L.: Justice, 2009. – P. 7, 8.

² Подробнее см.: Neudorf L. Intervention at the UK Supreme Court // Cambridge Journal of International and Comparative Law. – 2013. – Vol. 2. – Issue 1. – P. 16-32.

Роль личности судьи существенно возрастает и при оценке доказательств (даже если они привнесены сторонами). Дело в том, что, как отмечает Л. В. Головки, «специфика английского доказательственного права заключается в том, что основным критерием для признания того или иного доказательства допустимым является не соблюдение закона или иных правовых предписаний при его получении, а внутренние качества самого доказательства, его способность доказывать обстоятельства, подлежащие установлению в ходе судебного разбирательства»¹. Иными словами, в отличие от нашей страны или даже США с их конструкцией «плодов отравленного дерева» в Великобритании допустимость доказательства поддается, отождествляется и во многом определяется его относимостью. По верному слову английского юриста XIX в. Кромптона, «каким бы образом вы его (доказательство) ни получили – даже если вы его украли – доказательство будет признано допустимым»². Однако уяснение вопроса об относимости того или иного доказательства опять-таки составляет удел свободного усмотрения судьи.

Что касается разбирательства в британских судах гражданских дел, то Правила гражданского судопроизводства 1998 г. содержат отдельную ст. 1.4, в которой четко сказано, что суд должен способствовать достижению главной цели (разрешить дело справедливо – *Прим. авт.*) посредством *активного* управления делами, которое, в свою очередь, включает в себя: а) поощрение сторон сотрудничать друг с другом при ведении процессов; б) выявление спорных вопросов на ранней стадии; с) быстрое определение, какие из спорных вопросов нуждаются в полном исследовании в судебном заседании и какие соответственно разрешению в упрощенном порядке; д) определение порядка разрешения спорных вопросов; е) поощрение сторон использовать альтернативную процедуру разрешения спора, если суд считает более подходящей и легкой такую процедуру; ф) оказание сторонам помощи в урегулировании дела полностью или частично; г) ведение графиков или

¹ Головки Л. В. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии // Уголовный процесс западных государств / Под ред. К. Ф. Гуденко. – М.: Зерцало-М, 2002. – С. 87.

² Там же. – С. 88.

иных методов контроля движения дела; h) определение, оправдают ли вероятные выгоды от свершения отдельного действия расходы на его совершение; i) рассмотрение такого большого количества аспектов дела, которое возможно в данной ситуации; j) рассмотрение дела без участия сторон, которым надлежало присутствовать в суде; k) обеспечение использования технических средств; l) дача указаний с целью обеспечить, чтобы судебное заседание происходило быстро и эффективно¹.

Немало примеров судебного активизма могут дать Правила Верховного Суда Соединенного Королевства 2009 г. В частности, Верховный Суд вправе частично или полностью изменить содержание формы, существующей для каждого типа судебных дел, если подобное изменение продиктовано обстоятельствами конкретного дела (ст. 4.2), увеличить или сократить временные рамки, указанные в Правилах или принятые профессиональной средой (ст. 5.1), принять ряд процедурных решений без проведения устных слушаний (ст. 9.1), ограничить устное выступление стороны определенными временными рамками (ст. 27.4) и т. д. Верховный Суд имеет право в связи с апелляцией сделать следующее: а) утвердить, отклонить или дополнить постановление суда низшей инстанции; б) направить любой вопрос на рассмотрение суда низшей инстанции; с) издать постановление о проведении нового судебного процесса или слушания; д) издать постановление на выплату процентов; е) издать постановление на возмещение расходов (ст. 29.1)².

Говоря о Верховном Суде как апелляционной инстанции (английское право не знает континентального понятия кассации, заменяя его термином «вторая апелляция»), важно подчеркнуть, что даже сама свобода обжалования здесь ограничена судебским усмотрением. Имеется в виду, что возможность пересмотра решений нижестоящих судов предполагает не только соответствующее волеизъявление апеллирующего лица, выраженное в форме жалобы, и разрешение на апелляцию, выдаваемое судом (так называемая процедура *certiorari*). Скажем, первоначально ходатайство о разрешении подать апелляцию адресуется суду нижестоящей ин-

¹ Правила гражданского судопроизводства 1998 г. // Кудрявцева Е. В. Гражданское судопроизводство Англии. – М.: Городец, 2008. – С. 194.

² The Supreme Court Rules 2009 // www.supremecourt.gov.uk

станции немедленно после объявления им решения. Если оно отклоняется, просьба о предоставлении разрешения на обжалование может быть в течение 28 дней направлена в судебную канцелярию самого Верховного Суда вместе с обжалуемым актом и определением нижестоящего суда об отказе дать разрешение. После подачи такой петиции в Верховный Суд вопрос об удовлетворении или отказе в прошении передается на рассмотрение коллегии из трех судей¹. Любопытно, что ранее, при обращении в Апелляционный комитет Палаты лордов, на смену которому пришел полноценный Верховный Суд, апеллянт еще обязан был уплатить 18 тыс. фунтов стерлингов.

Напоследок заметим, что существенным проявлением судебного активизма и, возможно даже, наиболее выразительным его лицом является стилистика решений, составляемых британскими судьями. Дело в том, что в англосаксонской традиции судья всегда стремится расширить горизонт видения юридического сообщества той или иной проблемы. Для достижения этого он ставит перед собой следующие задачи: а) убедить сомневающихся, что принятое решение является юридически правильным. Это выражается в том, что, прочитав судебное решение, участники производства и граждане убеждаются в том, что суд выслушал и понял все аргументы, что «каждый честный, ответственный и разумный судья пришел бы к такому же выводу»; б) прояснить оспариваемые правовые нормы, то есть сделать их более четкими, чем они были ранее; в) в той мере, в какой некоторые из возможных решений кажутся более здравыми, чем другие, судья рассматривает закон в том направлении, которое он считает более здравым; г) сделать так, чтобы знакомящемуся с делом было интересно читать текст решения (в английском языке даже используется специальное прилагательное – «reader-friendly», буквально означающее «дружелюбный читателю»).

Чего только стоила попытка судьи Высокого суда Англии и Уэльса Э. Глостера в 500-страничном решении по делу *Березовский v. Абрамович* объяснить британскому читателю, что на российском

¹ Подробнее см.: Кудрявцева Е. В. Англия и Уэльс // Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стран ЕС и СНГ / Под ред. Е. А. Борисовой. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – С. 94-99.

политическом и бизнес-жаргоне 90-х гг. означало понятие “*knisha*”! А вот что написал в своем особом мнении по делу *A(FC) et al. v. Secretary of State for the Home Department* лорд Хоффман, мальчишеским пережившим налеты люфтваффе и тем не менее соприкоснувшийся чрезмерным ограничением прав человека после терактов в Лондоне 7 июля 2005 г.: «Если нам удалось пережить нападение Гитлера, балансируя на грани жизни и смерти, то нет никаких сомнений, что мы переживем и Аль-Кайду». Как видим, западным судьям нравятся писать броско, поскольку, как отмечает С. Уильямс, «они не хотят быть безликими бюрократами»¹.

Таковы основные моменты британского процессуального права, определяющие активное положение судьи в различных юрисдикциях.

II. *Судебный активизм*. Как было отмечено выше, необходимо четко различать судебский активизм как совокупность полномочий судьи по управлению процессом и активизм судебный, который характеризует взаимоотношения суда с иными органами государственной власти, а также возможности юрисдикционного органа по интерпретации Конституции или норм статутного права, принимаемых в законодательной процедуре. С этой точки зрения судебный активизм в Великобритании имеет существенные особенности, отличающие его от аналогичного феномена в США, не говоря уже о странах континентальной Европы.

По мнению И. К. Ивановой, глубокой исследовательницы данной проблематики, последние десятилетия прошлого века и начало XXI в. с полным основанием можно назвать периодом судебного активизма в Великобритании². Однако далеко не все исследователи разделяют эту точку зрения. Так, профессор из Южного Миссисипи Дж. Уолтмен приволил в свое время интересные аргументы, объясняющие, почему судебный активизм выражен в Англии в гораздо меньшей степени, чем в той же Америке. В частности,

¹ Уильямс С. Смысл сказанного: о чем думают американские судьи, когда пишут судебные решения // Сравнительное конституционное обозрение. – 2005. – № 3. – С. 34.

² Иванова И. К. Палата лордов как высшая судебная инстанция Соединенного Королевства и конституционная реформа 2005 г. Автореф. дисс. ... к. ю. н. – М.: ИГП РАН, 2007. – С. 23.

он указывал, что своеобразными «барьерами» на пути свободного развития исследуемого феномена являются: а) отсутствие писаной конституции; б) доктрина парламентского суверенитета, не позволяющая судам осуществлять нормоконтроль за действующим законодательством, и даже в) замкнутость самой юридической корпорации, с трудом добившейся высокого положения в социальной иерархии, а потому сопротивляющейся всяческим переменам в сколько-нибудь значимых сферах общественной жизни¹. Как же обстоит дело в действительности?

Прежде всего необходимо учитывать, что отсутствие соответствующих полномочий британских судов, включая Верховный, по проверке статутных норм на соответствие их некоему более высокому критерию («английские суды в принципе не обладают полномочием рассматривать юридическую ответственность английского статута» - сказано в решении Апелляционного комитета по делу *R (Jackson) v. Attorney-General*) с лихвой компенсируется возможностью предельно широкого истолкования этих норм. В британской правовой системе еще в XVI в. судами было выработано «правило исправления зла» (*mischief rule*), предлагающее судьям активно способствовать достижению этого правила новых целей. Согласно классической формулировке этого правила из дела *Heydon* (1584 г.), при толковании законодательного акта судьям следует рассмотреть, «какое средство Парламент изыскал и назначил для лечения общественного недуга», «и затем долг судьи состоит в том, чтобы дать такое толкование, которое подавило бы зло, принесло бы успех этому средству и подавило бы наималейшие ухищрения и уклонения, направленные к продолжению зла... придало бы силу и действенность средствам исправления и защиты, согласно истинному намерению создателей акта»². Несложно заметить, что это правило, сформулированное самым общим образом и предельно расплывчатое, открывает перед английскими судьями поистине неограниченное поле для маневра.

¹ Waltman J. L. Judicial activism in England // *Judicial activism in comparative perspective* / Ed. by K. Holland. - N. Y.: St. Martin's Press, 1991. - P. 34, 35.

² Цит. по: Верещагин А. Н. Судебное правосудие в России. Сравнительно-правовые аспекты. - М.: Междунар. отношения, 2004. - С. 44.

Очевидно, что в процессе правоприменения судам время от времени приходится сталкиваться с необходимостью интерпретации не только внутригосударственного, но и международного, в частности конвенционного права. Так, рассматривая уже упомянувшееся нами «дело Ассанжа», Верховный Суд вынужден был установить, включает ли в себя понятие «судебная власть» (*judicial authority*), наряду с судами, также органы государственного обвинения. Напомним, что об экстрадиции Дж. Ассанжа в Швецию ходатайствовала как раз прокуратура. В конечном итоге, Суд расширительно истолковал данное понятие, что можно квалифицировать как еще одно проявление активизма в его деятельности¹.

В то же время нельзя забывать, что согласно Акту о правах человека 1998 г. в британское законодательство и правоприменительную практику был привнесен ряд новелл, существенным образом меняющий взаимоотношения судов и законодательной власти. Во-первых, любой английский суд при рассмотрении дела обязан принимать во внимание практику Европейского суда по правам человека в той мере, в какой она, по его мнению, имеет отношение к возникшему в процессе вопросу о правах человека, предусмотренных Евроконвенцией 1950 г. Во-вторых, обычное и делегированное законодательство должно толковаться и применяться так, чтобы это согласовывалось с правами человека, закрепленными в Евроконвенции. В-третьих, действия органов публичной власти объявляются неправомерными в той мере, в какой они не согласуются с правами человека, закрепленными в Евроконвенции, а за гражданами закрепляется право возбуждать судебный процесс в связи с такими действиями.

И, быть может, самое главное – за судами закрепляется право делать «объявление о несоответствии» нормы национального права требованиям Евроконвенции: декларация принимается судами высших инстанций по обстоятельствам конкретного дела и подлежит обязательному рассмотрению законодателем или прави-

¹ См.: Harris C., Kakaiyadi K. Treaty interpretation before the Supreme Court // *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. - 2013. - Vol. 2. - Issue 1. - P. 117-119.

РАЗДЕЛ 2.

МЕСТО ВЕРХОВНОГО СУДА В СУДЕБНОЙ СИСТЕМЕ СОЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА

2.1. Механизм комплектования и состав Верховного Суда

Широко известно, что на протяжении нескольких столетий британский судебный корпус комплектовался по политическим соображениям. В частности, ординарные лорды по апелляциям назначались короной по предложению политической фигуры – премьер-министра. В свою очередь, всю подготовительную работу, связанную с подбором и расстановкой соответствующих кандидатов, осуществлял опять-таки политический деятель – лорд-канцлер, одновременно исполнявший обязанности министра юстиции в Кабинете Ее Величества и спикера Палаты лордов. В целом такой порядок назначения судей отличался непрозрачностью, повышенной секретностью, изолированностью представителей народа и институтов гражданского общества от участия в этом процессе и, как следствие, вызывал многочисленные нарекания в научной литературе¹. «Судебные лорды, – писала исследовательница из Кембриджа С. Туренн, – не могли притязать на то, чтобы представлять или хотя бы иметь представление о широких слоях населения, и большинство из них вышли из тех же социальных слоев, что и их предшественники сорок лет назад»².

Кроме того, поистине «притчей во языцех» стал лорд-канцлер Хэлсбери, неизменно подбиравший на судебские посты своих родственников³. Неслучайно поэтому выдающийся американский исследователь проблем судебной власти М. Шапиро в 80-х гг. про-

¹ Подробнее см.: Уолкер Р. Английская судебная система. – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 260-264.

² Turenn S. Vacancies at the Supreme Court: Commentary // www.csllr.org.uk.

³ Апарова Т. В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. – М.: Триада ЛТД, 1996. – С. 32.

тельством (ст. 4 Акта о правах человека)¹. «Это уже напоминает континентальный институт судебного контроля за конституционностью законов, – пишет И. К. Иванова, – однако декларация о неответствии далека от него, поскольку позиция суда не связывает законодателя и тем самым не посягает на принцип верховенства парламента»².

К сожалению, тематика настоящего исследования не позволяет остановиться на всех без исключениях аспектах столь сложного и многогранного феномена, коим является судебный активизм. Однако ясно одно – активная роль, которую сегодня играют суды в Великобритании, свидетельствует о коренных изменениях, произошедших за последние десятилетия в политической и общественной жизни Старого Света.

¹ Закон о правах человека 1998 г. // Конституционный контроль в зарубежных странах: учеб. пособие / Отв. ред. В. В. Маклаков. – М.: Норма, 2007. – С. 166.

² Иванова И. К. Указ. соч. – С. 24.

шлого столетия ставил под сомнение саму природу британского правосудия именно как «правосудия» с точки зрения независимости последнего, ибо, по его мнению, британский судья находился в состоянии двойной зависимости «от правительств, назначающего его на должность, и парламента, чью норму права он применяет»¹ (интересно, чтобы Шапиро сказал о советских или нынешних украинских судах, занимайся он ими?).

Справедливости ради отметим, что сторонники сохранения существующего порядка вещей апеллировали, как правило, к двум аргументам: во-первых, к значительному авторитету, которым всегда пользовалась и продолжает пользоваться в Англии судебная власть. И как бы то ни было, не последнюю роль в поддержании подобного доверия к судебному корпусу играли традиции и правила его отбора и назначения, сложившиеся за сотни лет существования британского государства. «В узком кругу барристеров, где все друг друга знают, - писали К. Цвайгерт и Х. Кетц, - быстро создается общее мнение о том, кто из коллег достоин наивысшего уважения как профессионал. И лорд-канцлер заслужил бы публичный упрек или, хуже того, подвергся бы публичному осмеянию, если бы захотел выбрать кандидатом в судьи барристера не по профессиональным качествам, а исходя из политических пристрастий»². Во-вторых, подчеркивалось, что ничто не мешало лорду-канцлеру, а вслед за ним премьер-министру внести на рассмотрение королеве ту кандидатуру, которая придерживалась бы нередко диаметрально противоположных, чем они, политических взглядов. В этой связи весьма убедительно выглядел пример лорда Сэдли, некогда члена британской коммунистической партии, назначенного однако на свой высокий пост консервативным правительством³.

¹ Shapiro M. Courts: a comparative and political analysis. - Chicago: University of Chicago Press, 1981. - P. 67.

² Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - М.: Междунар. отношения, 2010. - С. 214.

³ Malleson K. The new Judicial Appointments Commission in England and Wales: new wine in new bottles? // Appointing judges in an age of judicial power: critical perspectives from around the world / Ed. by K. Malleson and P. Russell. - Toronto: University of Toronto Press, 2006. - P. 41.

Между тем исключение, как известно, скорее подтверждает правило. Поэтому одним из приоритетов премьер-министра Т. Блэра на своем посту стала судебная реформа, заключающаяся, помимо прочего, в изменении порядка наделения судей полномочиями. Ее результатом стал переход соответствующей компетенции от исполнительной власти к специально созданному Комитету по судебским назначениям (Judicial Appointments Commission - JAC), в состав которого входят не политики, а представители юридического истеблишмента и гражданского общества (хотя бы один член JAC обязан быть не юристом). Все это, вкупе с обновлением информации о кандидатах, в частности их биографий, доходов и проч. на специальном интернет-сайте Комитета, действительно делает процедуру отбора судебных кадров весьма прозрачной. Ведь как любят говорить сами англичане, «чем больше освещен дом, тем меньше в нем призраков».

О деятельности новой структуры, ответственной в Великобритании за судебские назначения, уже появился ряд публикаций¹. Поэтому чтобы избежать вынужденных повторов, сразу обратимся к *процедуре комментирования* Верховного Суда, которая пока обойдена вниманием украинских исследователей, за исключением, пожалуй, небольшого пассажа в докторской диссертации И. В. Назарова².

Следует отметить, что обозначенная процедура весьма подробно регламентирована Актом о конституционной реформе 2005 г.³ и дополненным его Актом о преступлении и судах 2013 г.⁴ В час-

¹ См.: Повалякин С. Ю. Принятие решения о рекомендации на должность судьи в РФ и Англии (науч. рук. проф. Т. Г. Морщакова) // Высш. шк. экон.: Труды молодых исследователей по сравнительному праву. - 2009. - № 3. - С. 2-8; Бігун В. Добір кандидатів і кваліфікація суддів у Великій Британії // Юридична газета. - 2006. - 21 грудня.

² Див.: Назаров І. В. Судові системи країн ЄС та України: генезис та порівняння. - Х.: ФІНН, 2011. - С. 211.

³ С отдельными извлечениями из него в переводе на русский язык можно ознакомиться по: Акт о конституционной реформе // Конституции зарубежных государств / Сост. В. В. Маклаков. - М.: Волтерс Клувер, 2009. - С. 51-56. Здесь и далее цит. по данному источнику.

⁴ Перевод отсутствует.

тности, ст. 23 первого из них гласит, что Верховный Суд состоит из двенадцати судей, назначаемых Ее Величеством путем выдачи писем-патентов. Примечательно, что Елизавета II была в праве время от времени уменьшать или увеличивать число его членов, правда, для этого необходимо было предварительное одобрение ее решения резолюцией каждой из палат Парламента. Однако ныне ситуация изменилась. В Акте о преступлении и судах отдельно подчеркивается, что подобные перетурбации возможны, лишь исходя из требования полной занятости имеющегося числа судей, максимальное количество которых в любом случае не должно превышать двенадцати человек.

Ст. 24 Акта о конституционной реформе, оставшаяся по понятным причинам без каких бы то ни было изменений, регламентирует вопрос, связанный с первым составом Суда после реформы Апелляционного комитета Палаты лордов. Фактически она уже утратила свое значение, поскольку Суд начал свою работу без малого четыре года тому назад. В частности, там установлено, что первыми судьями Верховного Суда становятся лица, которые непосредственно перед вступлением в силу этой статьи являлись судебными лордами. Начиная с 1994 г., их число также составляло двенадцать человек. Соответственно, старший лорд по апелляциям становился Президентом Суда, а лорд, который являлся вторым по старшинству, становился заместителем Президента (поста заместителя старшего лорда в Апелляционном комитете не существовало).

Как впоследствии вспоминала Б. Хэйл, судебные лорды возлагали большие надежды на то, что первым президентом Суда будет авторитетнейший лорд Бингхэм, с 2000 г. возглавлявший Апелляционный комитет и приложивший значительные усилия для популяризации самой идеи создания независимого от законодателя Верховного Суда, однако он ушел в отставку за год до образования последнего¹. Поэтому первыми Президентом и заместителем Президента Верховного Суда стали соответственно старший лорд Филлипс, назначенный на этот пост сразу после ухода Бингхэма, и лорд Хоуп, которые проработали в этом tandem вплоть до 30 сентября 2012 г., когда в отставку по достижении возраста ушел

¹ Hale B. A Supreme Judicial Leader // www.fds.oup.com

Филлипс. Хоуп по той же причине прекратил свои полномочия в июне 2013 г.

Добавим к сказанному, что срок пребывания в должностях Президента Суда и его заместителя не ограничен, а право назначения на эти посты закреплено за королевой. При этом характерной особенностью процедуры является то, что кандидаты сразу подыскиваются на посты Президента Суда и его заместителя, а не избираются со временем самими судьями из своего числа, как, скажем, это имеет место в Конституционном Суде Украины. Думаается, в этом смысле украинский опыт является более демократичным.

Срок полномочий «рядового» судьи Верховного Суда ничем не лимитирован, помимо возраста. «Нижней планки» для назначения в Верховный Суд не существует, а предельный возраст для нахождения в должности составляет 70 лет. Однако те судьи, которые занимали посты обычных лордов по апелляциям и перешли в 2009 г. в новый Верховный Суд, уходят в отставку по достижении 75 лет (как это они бы делали, будучи судебными лордами). Любопытно также, что хотя к имени новоназначенных членов Верховного Суда по-прежнему добавляется приставка «лорд» (да и само обращение к верховным судьям сохранилось таким же, каким оно было по отношению к их предшественникам, – «My Lord», «My Lady»), тем не менее они уже не получают пэрства (пожизненного членства в Палате лордов).

Как следствие, если мы сравним статус лорда Мэнса, члена Верховного Суда с момента его основания, а ранее судебного лорда в 2005-2009 гг., и адвоката Р. А. Абрамовича лорда Сампшна, назначенного в Верховный Суд только в январе 2012 г. и ни дня не бывшего судебным лордом, то придем к парадоксальным выводам. Несмотря на равенство их специального статуса как членов одного и того же судебного коллектива, тем не менее их индивидуальный статус далеко не одинаков: Мэнс уйдет в отставку в 75 лет, Сампшн – в 70; Мэнс в общей сложности проработает в Суде 9 лет, Сампшн – 6; Мэнс после отставки будет заседать в качестве пэра в Палате лордов, Сампшн – возиться с внуками.

В ст. 33 Акта о конституционной реформе установлено, что судья Верховного Суда пребывает в должности до тех пор, пока ведет себя хорошо (during good behaviour). При доказанности «плохого

поведения» он может быть отозван с должности по представлению обеих палат Парламента. Согласно дисциплинарной практике, сложившейся в отношении общих судов, основаниями для постановки вопроса о досрочной отставке могут быть аморальное поведение судьи в личной жизни, совершение тяжкого преступления (но не малозначительного), серьезное иумышленное злоупотребление должностью, связанное, как правило, с подкупом¹. Что касается коррупции, то увольнение за подобный проступок в последний раз имело место в XIX в. Так, в 1830 г. ирландский судья Й. Баррингтон был признан виновным в присвоении денежных средств, принадлежащих сторонам в процессе². Естественно, что в отношении судей недавно созданного Верховного Суда прецедентов подобного рода пока не было, да и вряд ли они появятся в скором будущем. Кроме того, согласно ст. 35 Акта о конституционной реформе судья Верховного Суда, включая его Президента и заместителя Президента, вправе в любой момент уйти в отставку, направив соответствующее извещение лорду-канцлеру.

Рассматривая проблему комплектования Верховного Суда, нельзя не остановиться на таком вопросе, как *мандатные требования* к потенциальным кандидатам. В соответствии со ст. 25 Акта о конституционной реформе лицо не обладает квалификацией для назначения судьей Верховного Суда, если оно в какое-либо время не: а) занимало высшую судебную должность по меньшей мере в течение двух лет; б) удовлетворяло условию для назначения на судебскую должность по критерию, по меньшей мере, 15-летнего стажа; в) было практикующим юристом, по меньшей мере, в течение 15 лет. Рассмотрим каждое из указанных требований более детально.

В частности, к «высшим судебным должностям» относятся посты судей в Высоких Судах Англии и Уэльса, а также Северной Ирландии; Апелляционных Судах Англии и Уэльса, а также Северной Ирландии; Сессионном Суде (высший орган судебной власти в Шотландии, рассматривающий гражданские и семейные споры; тем не менее шотландский Высокий суд юстициариев, раз-

¹ Апарова Т. В. Указ. соч. – С. 33.

² Крылова Н. С. Судебная система Великобритании // Судебные системы западных государств / Отв. ред. В. А. Туманов. – М.: Наука, 1991. – С. 92.

бирающий уголовные дела, институционно не подчинен Верховному Суду, а потому его судьи не могут претендовать на занятие в последнем мест, по крайней мере, основываясь на данном требовании).

На сегодняшний день, если не брать во внимание бывших судейных лордов, автоматически перешедших в Верховный Суд, ситуация выглядит следующим образом. Непосредственно в Верховный Суд по состоянию на июль 2013 г. было назначено 7 судей (уже больше половины, что, в свою очередь, свидетельствует о постепенном «вымывании» из состава Суда бывших лордов по апелляциям). Судьи Кларк, Уилсон, Карнворт, Хьюз, Тулсон перешли в Верховный Суд из Апелляционного Суда Англии и Уэльса, а представитель Шотландии судья Рид – из Сессионного Суда. И только судья Сампшн был кооптирован непосредственно из адвокатуры¹.

Отечественного читателя, наверное, не удивляет ситуация, когда судья, хорошо зарекомендовавший себя в Суде короны, переходит сначала на должность судьи Высокого Суда Англии и Уэльса, затем Апелляционного Суда того же региона, а уже оттуда попадает в Верховный Суд. Однако каких-то несколько десятилетий тому назад данная ситуация казалась совершенно недопустимой для Великобритании. Дело в том, что, как писал еще Н. Н. Полянский, «характерной особенностью английской системы судостроительства является то, что, по общему правилу, раз назначенный судья не может рассчитывать на повышение (в литературе это называется “гарантией независимости по стимулу надежды”)²».

Видимо, англичане раньше нас поняли, что желание продвигаться по службе может навредить независимости карьерного судьи. Действительно, с одной стороны, переход судьи от более низкой ко все более высокой инстанции выглядит вполне логично и способствует тому, что судья имеет определенный карьерный рост, во все времена являющийся мощным профессиональным стимулом. Но с другой – судья начинает ориентироваться на шаблоны

¹ С биографиями судей можно ознакомиться на интернет-представительстве Верховного Суда: www.supremecourt.gov.uk.

² Полянский Н. Н. Уголовное право и уголовный суд Англии. – М.: Юрид. лит., 1969. – С. 222.

вышестоящей инстанции, старается ей понравиться, заручиться поддержкой влиятельных людей, способных обеспечить ему возделенное повышение. Тем не менее в начале 1990-х гг. ситуация стала меняться, и сегодня уже не редкость судья, перешедший из «своего» суда в суд вышестоящий.

Что касается второго альтернативного требования к кандидатам на пост судьи Верховного Суда, то обращает на себя внимание тот факт, что изначально его не было в Акте о конституционной реформе. Оно появилось двумя годами позднее в результате принятия Акта о трибуналах, судах и правоохранительной системе 2007 г., дополнившего в этой части Акт о конституционной реформе. Речь идет прежде всего о таких категориях юристов, как солиситоры (адвокаты, не имеющие права выступать в судах, а потому большей частью сосредоточившиеся на работе юрисконсультов) при старших судах Англии и Уэльса, а также барристеры (адвокаты, выступающие в судебных процессах) в Англии и Уэльсе. По подсчетам российского исследователя А. К. Романова, всего в Великобритании насчитывается около 96000 солиситоров и 11500 барристеров¹. Именно к последней, более привилегированной категории принадлежит, в частности, лорд Сампшн.

Практика назначения видных адвокатов на различные посты в судебной иерархии сложилась задолго до образования Верховного Суда (в нашей стране, как правило, в таком завидном положении оказываются бывшие работники прокуратуры). Более того, в британской юридической литературе она нередко квалифицируется как «золотая дорожка» к судейству². «Выбор судей из ограниченного числа процветающих и уважаемых барристеров дает гарантию того, что судьи высоких судебных инстанций являются способными и опытными практиками, профессионалами своего дела, которые могут рассчитывать на уважение всего юридического мира»³. При этом следует учитывать, что для того, чтобы стать

¹ Романов А. К. Право и правовая система Великобритании: учеб. пособие. – М.: ФОРУМ, 2012. – С. 189.

² Malleon K. Who goes upstairs? Appointments to the House of Lords // Queen Mary University of London, School of Law. Legal Studies Research Paper. – 2009. – № 16. – Р. 8.

³ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. – С. 215.

барристером, юристу приходится проработать не один десяток лет, в результате чего к моменту приобретения барристерского статуса (не говоря уже о моменте назначения на первую судейскую должность) он является человеком весьма почтенного возраста. Как писал королевский барристер Г. Моррис, «идеальное разделение жизни, посвящаемое праву, таково: двадцать лет работы в качестве «юниора» (т. е. младшего адвоката), десять лет – в качестве «шелкового», пятнадцать лет – в качестве судьи»¹. Это означает, что в лучшем случае юрист может быть назначен судьей через тридцать лет состояния в адвокатуре. Любопытно, что на сегодняшний день средний возраст судьи британского Верховного Суда составляет 63 года² (в то время, как его украинский коллега в 65 уже обязан уйти в отставку).

Помимо этого, по данному основанию на место в Верховном Суде могут претендовать и иные юристы, приобретавшие опыт в сфере права после получения квалификации юриста на протяжении по меньшей мере 15 лет. В данном случае речь идет прежде всего о профессорах права и арбитрах, однако соответствующих назначений пока сделано не было.

Третье альтернативное требование состоит в том, что к категории практикующих юристов относятся адвокаты в Шотландии, а также солиситор, имеющий право выступать в шотландских Сессионном Суде или Высоком суде юстициариев, член коллегии адвокатов Северной Ирландии или солиситор в суде Северной Ирландии. Случаев назначения в Верховный Суд Соединенного Королевства по этому критерию также пока не наблюдалось.

Подведем некоторые итоги. На сегодняшний день в состав Верховного Суда входят три категории юристов: а) бывшие судебные лорды (среди которых один преподаватель юриспруденции – Брен-

¹ Цит. по: Полянский Н. Н. Указ. соч. – С. 227.

² Dickson B. Human rights and the United Kingdom Supreme Court. – Oxf.: Oxford University Press, 2013. – Р. 12. Самым молодым судебным лордом, когда-либо назначенным в Апелляционный комитет Палаты лордов или в пришедший ему на смену Верховный Суд, был лорд Рэдклифф, получивший свой пост в возрасте 50 лет. Он же был первым юристом в высшем судебном органе страны, до своего назначения никогда не работавшим в судебной системе (он занимался адвокатской практикой).

да Хэйл, хотя и она работала в судах); б) перешедшие в Верховный Суд судьи нижестоящих судов, а также в) барристер, назначенный непосредственно из адвокатуры. При этом однако следует учитывать, что подавляющее большинство представителей первых двух категорий посвятили десятилетия своей жизни адвокатской практике перед тем, как выдвигнуться в высшие суды, а отсюда – в Апелляционный комитет Палаты лордов или Верховный Суд.

Представим полученные сведения в виде таблицы.

Персональный состав Верховного Суда Соединенного Королевства (по состоянию на июль 2013 г.)

Имя	Дата рождения	Alma mater	Срок пребывания в должности	Предшествующий профессиональный опыт
Лорд Нейбергер (Президент)	1948	Оксфорд	2012-2018	Председатель Гражданского отделения Апелляционного Суда (2009-2012), судейный лорд (2007-2009), судья Апелляционного Суда (2004-2007)
Леди Хэйл (заместитель Президента)	1945	Кембридж	2009-2020	Судейный лорд (2004-2009), судья Апелляционного Суда (1999-2003), судья Высокого Суда (1994-1999)
Лорд Манс	1943	Оксфорд	2009-2018	Судейный лорд (2005-2009), судья Апелляционного Суда (1999-2005), судья Высокого Суда (1993-1999)
Лорд Керр (квота Северной Ирландии)	1948	Королевский университет Белфаста	2009-2023	Судейный лорд (2009), Главный лорд-судья Северной Ирландии (2004-2009), судья Высокого Суда (1993-2004)

Раздел 2. Место Верховного Суда в судебной системе Соединенного Королевства

Лорд Кларк	1943	Кембридж	2009-2018	Председатель Гражданского отделения Апелляционного Суда (2005-2009), судья Апелляционного Суда (1998-2005), судья Высокого и Адмиралтейского Судов (1993-1998)
Лорд Уилсон	1945	Оксфорд	2011-2020	Судья Апелляционного Суда (2005-2011), Судья Отделения по семейным делам Высокого Суда (1993-2005), адвокат с 26-летним стажем
Лорд Сампшн	1948	Оксфорд	2012-2018	Адвокат, мировой судья (1993-2001), преподаватель истории
Лорд Рид (квота Шотландии)	1956	Эдинбургский университет и Оксфорд	2012-2026	Судья в шотландских судах различных юрисдикций (1998-2012), Судья Европейского суда по правам человека ad hoc (1999)
Лорд Карнворт	1945	Кембридж	2012-2020	Руководитель системы административных трибуналов (2007-2012), судья Апелляционного Суда (2002-2007), судья Канцлерского отделения Высокого Суда (1994-2002)

Лорд Хьюз	1948	Университет Дарема	2013-2018	Судья Апелляционного Суда (2006-2013) и вице- президент его Уголовного отделения (2009-2013), судья Отделения королевской скамьи Высокого Суда (2004- 2006), судья Отделения по семейным делам Высокого Суда (1997-2003)
Лорд Тулсон	1946	Кембридж	2013-2016	Судья Апелляционного Суда (2007-2013), председатель Юридического комитета Англии и Уэльса (2002- 2006), судья Высокого Суда (1996-2002)

В приведенной схеме несложно заметить ощутимые диспропорции между судьями Верховного Суда, в особенности касающиеся их возраста и срока полномочий. Как видим, самым молодым является шотландец лорд Рид, занявший свой пост в 55 лет. Благодаря своей молодости он пробудет в Суде целых 14 лет (до 70-летнего возраста) – столько же, сколько, к примеру, лорд Керр, который уйдет на пенсию в 75 лет как бывший член Апелляционного комитета Палаты лордов. Однако лорд Тулсон проработает в Суде менее трех лет, поскольку он получил указанное назначение только в 67 лет. Словно в противовес ему «старейшины» Верховного Суда лорды Мэнс и Кларк, отметившие в 2013 г. свои 70-летние юбилеи, проработают в Суде 9 лет, хотя и с той разницей между собой, что до назначения в Верховный Суд Мэнс на протяжении четырех лет фактически исполнял аналогичные функции в Апелляционном комитете.

Мы уже упоминали о том, что бывшие судебные лорды, перешедшие в Верховный Суд в 2009 г. (таких из ныне действующих судей осталось лишь трое: Хэйл, Мэнс, Керр, да еще Нейбергер,

который, впрочем, формально пришел в Верховный Суд с поста Председателя Гражданского отделения Апелляционного Суда), должны уходить в отставку не в 70, как того требует законодательство о Верховном Суде, а в 75 лет. Однако есть один нюанс. Судьи Верховного Суда, занимавшие непосредственно перед своим назначением другие оплачиваемые судебские должности, на которые они были назначены перед вступлением в силу Акта о судебных пенсиях и отставках 1993 г. (дата его вступления в силу – 31 марта 1995 г.), должны увольняться из Верховного Суда в том возрасте, в каком они должны были бы уходить на пенсию с предыдущего места работы. Именно по этой причине судьи Кларк, Уилсон и Карнворт, ни дня не проработавшие в Апелляционном комитете Палаты лордов, уйдут в отставку в 75 лет (до реформы 1995 г. в таком возрасте увольнялись судьи Высокого Суда, коими они в то время являлись).

В ст. 27 Акта о конституционной реформе содержатся еще два важных требования к кандидатам. Во-первых, там сказано, что отбор в Верховный Суд должен производиться исключительно в зависимости от достоинств кандидатов (ч. 5), а во-вторых, Комитет по отбору должен убедиться в том, что кандидаты, обладающие знаниями и практическим опытом в сфере права, представляют все составные части Соединенного Королевства (ч. 8). Последнее положение следует истолковывать в том плане, что согласно неписаному обычаю в состав Верховного Суда обязательно должны входить два представителя Шотландии (ранее лорды Хоуп и Рид, после отставки Хоупа в июне 2013 г. место пока остается вакантным) и один представитель Северной Ирландии (ныне лорд Керр).

Между тем в специальном информационном письме для кандидатов, распространенном исполнительным директором Верховного Суда Дженни Роу в конце 2012 г. (когда открывались новые вакансии перед уходом в отставку лордов Дайсона, Уокера и Хоупа), подчеркивалось, что, помимо формально-юридических, Комитет будет руководствоваться также морально-психологическими критериями отбора претендентов. В частности, потенциальный верховный судья должен продемонстрировать независимость суждений и честность, а также обладать нижеперечисленными

качествами в превосходной степени: а) знаниями и практической опытностью; б) интеллектуальными способностями и интересом к праву, сопряженными с заметной склонностью к анализу и стремлением решать юридические проблемы творчески и гибко; в) волей и способностью к изучению новых областей права; г) ясностью мыслей и выражений, проявляемыми, в том числе, в письменной форме; д) способностью к работе под давлением и исполнению работы с разумной быстротой.

Кроме того, успешный претендент на пост судьи Верховного Суда обязан продемонстрировать следующие качества: а) социальную сознательность и понимание современного мира; б) способность к работе с коллегами, в равной степени уважение к их мнению и умение вести с ними дискуссию в конструктивном русле; в) готовность к более широкому освещению роли Верховного Суда за счет чтения лекций, участия в конференциях, выступлений перед студентами и иными социальными группами; г) трезвый взгляд на то, какой вклад Верховный Суд может внести в развитие права.

Как же все это непохоже на келейные собеседования ('*secret soundings*', - сказали бы англичане) с чиновниками на Банковой! Не будет чрезмерным преувеличением считать, что главным критерием при отборе в Конституционный Суд Украины выступает надежда на лояльность кандидата, а лишь затем - его организаторские и юридические способности. Моральные же воззрения кандидатов, насколько нам известно, вовсе не принимаются в расчет. В этом контексте невольно вспоминается рейгановский выдвижевец на пост судьи Верховного Суда США Д. Гинзбург (не путать с нынешней судьей Руфью Гинзбург). Обладая репутацией умного консерватора, а также молодостью (ему шел 41-й год), Гинзбург полностью потерял все шансы на избрание, когда в ходе дебатов в сенате выяснилось, что, будучи студентом, он «баловался» марихуаной. «Одного лишь маленького греха оказалось достаточно, - писал по этому поводу Э. М. Аметистов, - чтобы поломать блестящую карьеру»¹.

¹ Аметистов Э. Система, компетенция и деятельность правоохранительных органов в США // Э. Аметистов, М. Холланд. Защита прав человека в России и США: Глазами друг друга. - Нью-Йорк - М.: Б. и., 1993. - С. 159, 160.

Наконец, каждый претендент должен заполнить специальную анкету - так называемую «Форму проверки равенства и многообразия» (*Equality and diversity monitoring form*). Последняя представляет собой небольшой вопросник, в котором следует указать свой пол (англичане сетуют, что только 22,3 % из общего числа судей являются женщинами¹), этническое происхождение (5 % британских судей принадлежат к неграм, азиатам и другим национальным меньшинствам²), а также информацию о разности и степени инвалидности, ежели таковая имеется. Претенденты из некогда мятежной Северной Ирландии должны также сообщить о своем вероисповедании (протестант, католик, иной вариант).

Перейдем к анализу самой *процедуры отбора судей* для назначения в Верховный Суд. Известно, что у ее истоков стояли судебные лорды Бингхэм и Фальконер, руководствовавшиеся при ее разработке принципом «судьи выбирают сами себя» (*judges select themselves*)³. Впервые регламентированная ст. 26-31 Акта о конституционной реформе, эта процедура была подвергнута существенной корректировке Актом о преступлениях и судах 2013 г.

Так, в случае возникновения вакансии лорд-канцлер созывает временный Комитет по отбору (*Selection Commission ad hoc*), которому предстоит выбрать достойнейшего претендента и который прекарает свое существование вплоть до открытия следующей вакансии. Латинская приставка *ad hoc* как раз означает, что комитет осуществляет свою деятельность не на постоянной основе, как, скажем, ЯС, а «от случая к случаю». Вплоть до реформы 2013 г. в состав Комитета входили пять членов: Президент Суда, его заместитель и трое представителей ЯС, представляющие основные регионы страны, а именно: руководители Комитетов по судейским

¹ И поныне чрезвычайно влиятельные английские феминистки - вспомним хотя бы леди Хэйл - когда критикуют британскую судебную систему на предмет незначительного по западным меркам количества женщин-судей используют обобщающую характеристику '*gender-blind*', буквально означающую «слепая к половой принадлежности».

² www.judiciary.gov.uk

³ Malleon K. Who goes upstairs? Appointments to the House of Lords // Queen Mary University of London, School of Law. Legal Studies Research Paper. - 2009. - № 16. - P. 10.

назначениям Англии и Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии, в ходе собеседования с которыми определялся победитель.

Такой порядок комплектования Верховного Суда исключительно из представителей высшей судебной бюрократии неоднократно подвергался научно-критической дискредитации со стороны академического сообщества. К примеру, английский исследователь Р. Корнс указывал, что Президент и его заместитель вкупе с организовывавшим отбор исполнительным директором Суда формировали мощное лобби, способное нивелировать мнение остальных членов Комитета, что на практике приводило к тому, что будущие члены Верховного Суда не «отбирались», а фактически назначались руководством Суда¹.

После реформы 2013 г. ситуация стала несколько иной. Теперь в соответствии с новой редакцией ст. 27 Акта о конституционной реформе в состав Комитета должны входить: а) хотя бы один человек, не имеющий юридической квалификации; б) по крайней мере один судья Верховного Суда; в) по крайней мере один член Комитета по судебским назначениям; г) по крайней мере один член Совета по судебским назначениям Шотландии; д) по крайней мере один член Комитета по судебским назначениям Северной Ирландии. Как видим, расширение состава Комитета пошло по линии обеспечения более широкого представительства, о чем свидетельствует включение в его состав лица без юридической подготовки (т. е. такого, который никогда не работал юристом и не практиковал право), а также любого из действующих судей Верховного Суда (а не только Президента и его заместителя, как это было ранее).

В принципе прямого запрета для руководителей Суда входить в состав Комитета нет. Сказано только, что в Комитете должно быть нечетное количество членов и последних должно быть не менее пяти. Поэтому войдут ли в состав обновленного Комитета президент и его заместитель, по-видимому, дело будущего, которое и покажет, в каком количестве и кто именно будет входить в его состав. Сделана лишь оговорка, что при выборе Президента Суда

¹ Cornes R. Gains (and dangers of losses) in translation – the leadership function in the UK Supreme Court, parameters and prospects // Public Law. – 2011, July. – P. 509, 510.

действующий Президент не вправе входить в состав Комитета, а председательствует на заседаниях последнего в этом случае тот член, который не имеет юридической квалификации. Вместе с тем теперь перед созданием Комитета лорд-канцлер обязан проконсультироваться с Президентом Суда, чего ранее не было.

Важнейшей новеллой является также то, что «Руководство о процессе отбора» (Selection guidance), т. е. главный процедурный документ, регулирующий саму конкурсную процедуру, который ранее утверждал лорд-канцлер, теперь должен быть одобрен каждой из палат Парламента в течение сорока дней, после чего Комитет уже не вправе отступить от выработанной и утвержденной парламентом процедуры.

Эта норма, на наш взгляд, является частичной уступкой сторонникам парламентского способа формирования Верховного Суда по американскому образцу. Не секрет, что в США члены Верховного Суда назначаются президентом с одобрения сената. В свою очередь, сам процесс утверждения сенатом той или иной кандидатуры президента на пост судьи Верховного Суда (confirmation process), а тем паче его председателя, неизменно привлекает особый интерес американской общественности. Достоинства и недостатки кандидатур широко обсуждаются средствами массовой информации, вызывают бурные дискуссии в стране. Сама процедура парламентских слушаний, заключающаяся нередко в нескольких днях ожесточенных дебатов, представляет собой увлекательное зрелище, транслируемое в прямом эфире по всем общенациональным каналам. Аналогичную процедуру неоднократно предлагалось ввести и в парламентской Великобритании при заполнении новых вакансий в Верховном Суде. И хотя пока английские законодатели ограничились всего лишь парламентским утверждением свода процедурных правил по отбору будущих судей, тем не менее первый шаг в указанном направлении, видимо, уже сделан.

Представляется полезным вынести аргументы тех британских ученых, которые полагают парламентский способ формирования органа конституционной юрисдикции (или верховного суда, имеющего конституционную компетенцию) наиболее оптимальным. Вдвойне это актуально для Украины, где согласно внесенному в парламент летом 2013 г. президентскому законопроекту

Верховная Рада лишается полномочий по комплектованию судебного корпуса, кроме Конституционного Суда.

Прежде всего отмечается, что парламентская процедура утверждения кандидатур будущих судей способствует сбалансированности в отношениях между парламентом и судами, в особенности в Великобритании, где суды вправе осуществлять судебный контроль за актами административных органов (judicial review), а также делать «объявление о несоответствии» (declaration of incompatibility) в отношении парламентских статутлов. Во-вторых, ликвидация Апелляционного комитета Палаты лордов, следствием которой стал вывод соответствующих функций из-под юрисдикции верхней палаты и передача их отдельному Верховному Суду, ослабила английский парламентаризм и парламентские учреждения, что крайне нежелательно для страны, отстаивающей принцип парламентского верховенства. А потому это сокращение законодательных прерогатив следует каким-то образом компенсировать. В-третьих, коль скоро парламент вправе изменять общую численность Верховного Суда, то почему бы ему не предоставить контрольные полномочия при заполнении в Суде отдельных вакансий. И, наконец, участие парламента в формировании Верховного Суда сродни участию народа в этой процедуре, а народ – высший суверен.

Также заслуживает внимания интересный аргумент о том, что прохождение кандидатов в верховные судьи через «сито» парламента и его комитетов легитимирует в глазах общества и самих парламентариев судебскую деятельность, особенно при разрешении судами сложных и неоднозначных вопросов (однополые браки, борьба с терроризмом, сокращение социальных стандартов в условиях кризиса и т. д.). Имеется в виду, что соответствующие решения по этим и многим другим злободневным вопросам (какое бы неприятие они не вызывали) рассматриваются уже не как проявления «судебного активизма», действующего в отрыве от воли законодателя и иногда вопреки ему, не как подмена судьями законодателя, а как некая деятельность, в определенной степени и до известных пределов санкционированная высшим представительским органом страны¹.

¹ Clark M. Introducing a parliamentary confirmation process for new Supreme Court justices: its pros and cons, and lessons learned from the US experience // Washington College of Law Research Paper. – 2011. – № 1. – P. 470-474.

Однако мы отвлеклись. После того, как Комитет по отбору создан, исполнительный директор Верховного Суда публикует соответствующее объявление на интернет-сайте Суда и в других СМИ, после чего начинается национальный конкурс, который состоит из ряда этапов и длится несколько месяцев. Первоначально Комитет оценивает претендентов на основе письменных материалов. Помимо биографии и анкетных данных, претенденты из числа профессиональных судей должны предоставить копии трех своих решений, которые демонстрировали бы их безукоризненную юридическую подготовку. Другие претенденты, в свою очередь, должны предоставить копии своих научных трудов, обзоров судебной практики и любые иные материалы, представляющие интерес для членов Комитета. Кроме того, все претенденты обязаны заручиться поддержкой двух поручителей (referees), которые в письменной форме должны показать, как их протеже соответствует высоким критериям, предъявляемым к судье Верховного Суда.

После изучения всех этих документов и свидетельств Комитет переходит к стадии консультаций с видными представителями юридического сообщества. Согласно ст. 27 Акта о конституционной реформе к числу последних относятся: а) судьи высших судов, не баллотирующиеся в Верховный Суд; б) лорд-канцлер; в) первый министр Шотландии; г) первый министр Уэльса; д) государственный секретарь Северной Ирландии. Единственной целью таких консультаций является получение необходимой информации от тех судей, которые хорошо знают кандидата и способны объективно оценить его профессиональные и человеческие качества. Кроме того, для столь децентрализованной страны, каковой является Великобритания, крайне важно заручиться поддержкой регионов. Как указывал Э. М. Аметистов, «речь, по сути дела, идет о репутации человека, которая среди западных юристов, как, впрочем, и в других сферах западного общества, ценится дороже золота»¹. Следует также добавить, что полученные сведения о кандидатах оцениваются людьми, которые сами обладают высокими профессиональными и моральными качествами и пользуются полным доверием юридической общественности.

¹ Аметистов Э. Указ. соч. – С. 158.

В ходе последнего по времени отбора судей в Верховный Суд сокращенный перечень кандидатов (своего рода «short-list») стал ясен где-то в конце ноября 2012 г., а уже 19-20 декабря прошли собеседования с основными кандидатами. Перед тем, как претенденты ответили на десятки вопросов членов Комитета, они подготовили небольшую презентацию по рекомендованной ранее, как правило отнюдь не банальной, теме. И уже в начале 2013 г. были объявлены победители.

Однако на этом процедура не кончается. Имена победителей и сопроводительная информация, оформленная в виде отдельного доклада Комитета, передаются лорду-канцлеру, который после его получения также обязан провести ряд консультаций с представителями юридического истеблишмента и регионов. Формально лорд-канцлер имеет даже право вето на решение Комитета, однако в научной литературе подчеркиваются незначительные шансы подобного рода ветирования (в особенности, если учесть, что лорд-канцлер – одна из тех фигур, с которой Комитет проводит предварительные консультации)¹. После чего соответствующая кандидатура (кандидатуры) передается премьер-министру (он уже не вправе что-либо предпринять), а тот, в свою очередь, вносит ее на окончательное утверждение королевой. В назначенный день счастливец приглашается в Букингемский дворец, где в торжественной обстановке Елизавета II вручает ему королевский патент.

2.2. Британское Руководство для поведения судей Верховного Суда: идеология и основные положения

Начиная с первой половины 2000-х гг., в британском праве отчетливо наметилась тенденция к появлению новых источников права – так называемых «Руководств для поведения судей» (Guides to Judicial Conduct). Впрочем, акты подобного рода не являются чем-то принципиально новым для семьи общего права. К примеру,

¹ Comes R. Gains (and dangers of losses) in translation – the leadership function in the UK Supreme Court, parameters and prospects // Public Law. – 2011, July. – P. 510.

в Канаде аналогичный документ был принят в 1998 г., а в Австралии – в 2002 г. В США подобное Руководство вовсе было разработано в 1924 г. и получило название «Каноны судебной этики». В 1973 г. Конференцией судей США был одобрен Кодекс поведения судей (Code of Conduct for US Judges), пришедший на смену «Канонам», последняя редакция которого была утверждена в 2009 г.¹ В этой связи показательно, что Украина, страна с совершенно иным типом правовой и управленческой систем, тоже не стоит в стороне от этого процесса. Так, 22 февраля 2013 г. XI очередным съездом судей Украины был принят новый Кодекс судебной этики. Все это, несомненно, отражает общую тенденцию внесения в судебную деятельность этических принципов и начал с попыткой сформулировать их на языке, близком к юридическим нормам.

Что касается Великобритании, то еще в 2004 г. Судебным советом Англии и Уэльса было одобрено Руководство для поведения судей этого региона (совсем недавно – в марте 2013 г. – была принята его новая редакция). В Верховном же Суде Соединенного Королевства аналогичное Руководство введено в действие в 2009 г.² «Особенность подобных руководств, – пишет Е. А. Куделич, – состоит в том, что они представляют собой не столько систему определенных норм и правил, сколько совокупность неких общих принципов, исходя из самостоятельного толкования которых судьи могут принимать решения по вопросам своей деятельности и таким образом поддерживать свою независимость»³.

Добавим к сказанному, что интерес англичан к этическим сторонам любой человеческой деятельности носит не отвлеченный, а жестко утилитарный характер. Как метко подметил известный журналист-международник В. В. Овчинников, «им свойственно вкладывать сугубо практический смысл в такие вопросы, кото-

¹ Перевод на русский язык данного Кодекса, правда, в редакции 1996 г. см.: Кодекс поведения судей США // Чистые руки. – 2002. – № 5. – С. 39-47.

² Guide to Judicial Conduct // www.supremecourt.gov.uk

³ Куделич Е. А. Современные международно-правовые подходы к регулированию вопросов судебской этики // Модернизация статуса судьи: современные международные подходы / Отв. ред. Т. Н. Нешатаева. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. – С. 302.

рые у других народов рассматриваются только в духовном плане. Школа, религия, правосудие – все эти силы делают в Британии упор на поведение человека, все они направлены прежде всего на утверждение определенных этических норм»¹. Эта национальная особенность во многом объясняет, почему, скажем, в отношении британских чиновников разработана столь детальная, разветвленная, прописанная до мелочей система этических требований и стандартов, обеспечивающая их политическую нейтральность, профессионализм, должный уровень подготовки и т. д.² Очевидно, указанная тенденция не могла не коснуться и судебной сферы.

Как отмечается во введении к Руководству для поведения судей Верховного Суда (далее – Руководство), последнее «преследует двойную цель. С одной стороны, указать путь самим членам суда, а с другой – проинформировать общественность о том, что она может обоснованно ожидать от этого суда»³. Это тоже очень по-английски – прежде, чем перейти к игре, заранее установить ее правила, избежав впоследствии соблазна менять их по ходу игры. Как писал уже упоминавшийся нами В. В. Овчинников, «вся жизнь, по подобной версии, – это игра, как теннис или футбол. И каждый участник ее должен признавать и соблюдать определенные правила. Даже если они выглядят устаревшими или запутанными, нужно подчиняться им, иначе игра теряет смысл. Теннисист получает удовольствие не только потому, что отбивает мяч ракеткой, но и потому, что существует сетка и что границы площадки четко очерчены»⁴.

В Руководстве – и здесь оно прямо наследует широко известным Бангалорским принципам поведения судей 2006 г.⁵ – выделяются следующие принципы, соблюдение которых составляет

¹ Овчинников В. В. Сакура и дуб. – М.: АСТ: Восток-Запад, 2008. – С. 272.

² См.: Бойцова В. В., Бойцова Л. В. Политическая нейтральность государственных служащих в Англии // Государство и право. – 1992. – № 9. – С. 117-124.

³ Здесь и далее цит. по: Guide to Judicial Conduct // www.supremecourt.gov.uk

⁴ Овчинников В. В. Указ. соч. – С. 277, 278.

⁵ С их содержанием украинский читатель может ознакомиться по: Бангалорські принципи поведінки суддів // Право України. – 2011. – № 10. – С. 358-363.

этический стандарт судьи Верховного Суда: а) независимость; б) беспристрастность; в) честность и неподкупность; г) соблюдение этических норм; д) компетентность и старательность; е) обеспечение равенства сторон судебного заседания (содержание последнего принципа отдельно не детализируется).

Прежде, чем мы перейдем к анализу каждого из обозначенных принципов применительно к деятельности Верховного Суда, хотелось бы остановиться на одном существенном моменте. Разумеется, занимаясь прогнозами, тем паче в отношении чужой страны, – занятие неблагоприятное, однако уже сегодня с большой долей вероятности можно предположить, что в скором времени к этим принципам добавится еще одна системообразующая характеристика – «многообразие» (diversity).

Надо сказать, что на сегодняшний день в британской политической правовой мысли существуют две противостоящие друг другу концепции, одна из которых начинает явно преобладать над другой: «the best and the brightest» с одной стороны, и «diversity» – с другой. Суть первой сводится к тому, что при приеме на государственную службу, назначении на судебские должности и т. д. приоритет надо отдавать самым лучшим и блестящим людям из каждого поколения, руководствуясь при этом не критериями национальной, половой, религиозной, какой-либо другой принадлежности, а исходя исключительно из профессиональных достоинств и опыта кандидатов (как заметил по схожему поводу Дэн Сяопин, «не важно какого цвета кошка, лишь бы она ловила мышей»)¹.

В то же время следует помнить, что в случае с Англией, мы имеем дело со страной с глубочайшими традициями борьбы расово-этнических, сексуальных и прочих меньшинств за свои права. Достаточно назвать движение суфражисток (борьба женщин, наиболее известной из которых была леди Астор, за предоставление им избирательных прав, увенчавшаяся успехом в 1928 г.), Акт об усыновлении и детях 2002 г., позволивший однополым парам усыновлять детей, Акт о равенстве 2010 г., ряд норм которого направлен на защиту прав меньшинств, иногда даже в ущерб интере-

¹ Подробнее см.: Оболенский А. В. Государственная служба Великобритании: традиции и поиск новой парадигмы // Вопросы государственного и муниципального управления. – 2009. – № 2. – С. 71.

сам большинства (так называемая «позитивная дискриминация») и др. Как подчеркивается в зарубежной литературе, позитивную дискриминацию следует воспринимать как временное зло, необходимое переходное состояние от дискриминации к искреннему уважению прав других¹. Таким образом, концепция *diversity*, сводящаяся к стремлению шире назначать на судейские должности представителей всех слоев общества и всякого рода меньшинств, имеет в Великобритании серьезную историческую основу, что, в свою очередь, значительно повышает ее шансы быть воспринятой практикой государственного строительства, в том числе при комплектовании судейского корпуса вплоть до Верховного Суда.

Не случайно, анализируя английскую прессу, можно легко натолкнуться на упреки в том, что из двенадцати судей Верховного Суда лишь одна женщина – Бренда Хэйл, что квалифицируется как «дефицит демократии»². А. Патерсон, видный исследователь судебной функции Палаты лордов, даже специально подсчитал, что по контрасту с британской высшей судебной инстанцией в составе Верховных Судов Израиля и Канады четверо женщин, США и Австралии – трое, Швеции – шестеро, Норвегии – семеро, Дании – пятеро, а в Европейском суде по правам человека из сорока семи судей двенадцать – женщины³.

К слову, Б. Хэйл, занимающая с июня 2013 г. пост заместителя президента Верховного Суда, является единственным из судей представителем академического сообщества. До своего назначения в 2004 г. в Апелляционный комитет Палаты лордов, на смену которому пришел Верховный Суд, Бренда в течение двадцати лет преподавала семейное право в университете Манчестера, хотя и она имеет опыт работы в качестве судьи Высокого и Апелляционного судов⁴. «Бэкграунд» же остальных судей состоит, как правило, из практической работы в качестве судей апелляционных судов, а затем ординарных лордов по апелляции. Для сравнения:

¹ Maltz E. Race and racism // Oxford Companion to the Supreme Court of the USA / Ed. By K. Hall. – N. Y.: Oxford University Press, 2005. – P. 820.

² Здесь и далее цит. по: www.guardian.co.uk

³ Paterson A. Guarding the guardians? // www.centreforum.org

⁴ Размышления самой Б. Хэйл по этому поводу см.: Lady Hale. Should judges be socio-legal scholars? // www.supremecourt.gov.uk

из девяти судей нынешнего состава Верховного Суда США пять (Скалиа, Кеннеди, Каган, Гинзбург, Брейер) до своего назначения в Суд были профессорами права.

Известное исключение из общего правила составляет судья Сампшн, который занял этот пост, ни дня не проработав в судебной системе. До своего назначения в Верховный Суд он был королевским адвокатом (барристером) в г. Лондоне, не раз представлял в британских судах интересы одного из богатейших людей России Р. А. Абрамовича. Примечательно, что во время последнего процесса Березовский vs Абрамович адвокатский гонорар Сампшна составил 12 млн. долл. Кроме того, Сампшн является одним из крупнейших из ныне живущих английских историков, автором многолетней «Истории Столетней войны».

В своем интервью газете «Guardian» от 25 октября 2011 г. леди Хэйл назвала обеспечение принципа многообразия, в частности применительно к Верховному Суду, «требованием времени». Однако далеко не все судьи придерживаются такого же мнения. Так, лорд Дайсон в том же интервью выразил глубокое сомнение в том, что в Верховном Суде даже чисто технологически можно обеспечить представительство всех меньшинств. Убежденным противником концепции «diversity» является бывший заместитель президента Верховного Суда лорд Хоуп – один из двух судей, избранных по квоте Шотландии. В частности, он полагает, что «большая ошибка протаскивать эту концепцию и утверждать, что многообразие должно превалировать над заслугами». И далее: «Система нуждается в одаренных людях, которые действительно могут выполнять работу, и мы не можем позволить себе иметь балласт (passengers) даже во имя многообразия».

Однако приведенная позиция, насколько можно судить, явно уступает противоположной, которую отстаивает Б. Хэйл. Более того, позиция последней уже прямо воспринята британским законодателем. Так, в недавно принятом Акте о преступлении и судах 2013 г. (Crime & Courts Act, Schelude 13, Part 1), устанавливающим новые правила комплектования Верховного Суда, сказано, что «когда кандидаты являются людьми равных достоинств, ничто не мешает Комитету по отбору выбрать одного из них, руководствуясь целью увеличения многообразия в соответствующем судей-

ском коллективе». Как видим, концепция «diversity» уже вполне может притязать на то, чтобы стать одним из столпов британской судебной этики.

Перейдем теперь к анализу принципов, непосредственно закрепленных в Руководстве.

Независимость. В англосаксонской государственно-правовой доктрине традиционно выделяются индивидуальная и институциональная стороны судебной независимости. Индивидуальная независимость означает независимость судьи от какого-либо давления со стороны людей, а институциональная – со стороны государства и его органов¹.

Не нами замечено, что безотносительно к типу правовой системы независимость судебной власти является одним из фундаментальных международно-правовых принципов. Данное соотношение актуализируется еще и потому, что только независимый и вызывающий доверие у общества суд может служить эффективной гарантией преодоления политических кризисов, лавинообразно распространяющихся ныне по всему миру (последний пример этому – Египет). «В отсутствие независимого суда, – подчеркивает Л. В. Головки, – власть всегда будет вынуждена безуспешно догонять новые революционные технологии, вводя разнообразные и чаще всего бессмысленные полицейские меры... Вопрос даже не в том, что действующая власть не способна выиграть выборы: вопрос в том, что в условиях отсутствия независимого суда у нее нет никакой возможности свою победу легитимно обосновать в глазах общества, что почти неизбежно приводит к социальному взрыву»². В этом смысле независимый суд, в котором судьи не опасаются того, что их кто-либо и в какой-либо форме будет преследовать, можно рассматривать как своего рода защитный механизм, предохраняющий от повторения «оранжевых революций». Ибо при наличии подлинно независимого суда любые проявления народного гнева тотчас же будут погашены легитимным и признаваемым обеими сторонами конфликта арбитром.

¹ Lord Phillips. Judicial independence and accountability: a view from the Supreme Court // www.supremecourt.gov.uk

² Головки Л. В. Построение независимой судебной власти: стратегический подход // Вопросы правоведения. – 2010. - № 3. – С. 145.

Пожалуй, самым главным моментом в обеспечении независимости Верховного Суда, во всяком случае на этапе его создания, был именно *институциональный* аспект. Как сказано в самом Руководстве, «Верховный Суд Соединенного Королевства был учрежден для достижения физического отделения (physical separation) высшего суда страны от правительства и Парламента» (п. 2.1). В этой связи глубоко символично то, что хотя формально Верховный Суд был учрежден в 2005 г. вследствие принятия Акта о конституционной реформе, тем не менее фактически он начал свою работу лишь 1 октября 2009 г. Данная задержка в его функционировании была обусловлена тем, что длительное время по-дискиввалось и ремонтировалась отдельное здание для будущего Суда, призванное символизировать искомое «физическое отделение», – здание, отличное от того ансамбля архитектурных сооружений, в котором располагается британский парламент и в одном из которых ранее осуществлял свою деятельность Апелляционный комитет Палаты лордов. Ныне, как известно, Суд располагается в специальном здании, именуемом Middlesex Guildhall, в котором в старину располагался Суд четвертных сессий и на ремонт которого в 2000-х гг. было израсходовано порядка 60 млн. фунтов. Забавно, что новое здание располагается между Вестминстерским аббатством и Сокровищницей Ее Величества, что позволило лорду Кларку с иронией подметить, что «Верховный Суд располагается между Богом и Мамоной»¹.

Для англичан актуальность задачи обеспечения институциональной независимости высшего суда была связана еще и с тем обстоятельством, что судебные лорды, являясь одновременно парламентариями, не только выражали сочувствие, но также имели право участвовать в законодательных дебатах, хотя и с оговоркой, что они при этом должны избегать политических оценок и выступать исключительно в качестве «технического консультанта законодателя». Как заявил еще в 2000 г. старший судебный лорд Бингхэм, «ординарные лорды по апелляции не считают приемлемым для себя вмешиваться в вопросы, в которых присутствует элемент партийных политических разногласий; и во-вторых, ординарные лорды всегда помнят о том, что они не смогут правомочно участ-

¹ Lord Clarke. The Supreme Court – one year on // www.supremecourt.gov.uk.

вывать в рассмотрении апелляции, если по вопросу, который поставлен перед судом, они ранее высказывали свое мнение в процессе парламентских дебатов»¹.

Показательно, что в п. 3.14 Руководства содержится положение, словно по инерции рассчитанное на преодоление конфликта между лордом-судьей и лордом-законодателем: «Предыдущее участие судьи в государственном учреждении или общественной дискуссии по вопросам, касающимся дела, как правило, не может служить причиной отстранения этого судьи от участия в рассмотрении дела, по крайней мере до тех пор, пока он не демонстрирует неуважительное отношение к аргументам, представленным в Суде».

Тем не менее проблема институциональной независимости сохраняла свою актуальность, поскольку акты органов исполнительной власти, оспариваемые в судебном порядке, в незначительной части основаны на делегированном законодательстве, которые, как и другие статуты, проходят через обе палаты парламента. При этом, как отмечает И. К. Иванова, более тщательно и детально в юридическом плане они обсуждаются как раз в Палате лордов, в состав которой в качестве полных членов входили и судебные лорды². Следовательно, когда затем Апелляционный комитет решал вопрос о законности управленческого акта, принятого на основе такой делегации, это могло стать поводом для сомнения в беспристрастности судебных лордов, совмещающих деятельность в качестве законодателей и судей. Теперь, в связи с образованием самостоятельного Верховного Суда, эта проблема снята.

Что касается *индивидуальной* независимости, то сразу привлекают внимание п.п. 1.4 и 2.3 Руководства. В п. 1.4 установлено, что «основная ответственность за принятие решения или конкретный вид деятельности лежит персонально на судье. При этом интересы правосудия должны быть доминирующим фактором. По некоторым вопросам своего поведения судья может испытывать сомнения, в случае возникновения которых ему стоит посоветоваться с президентом или заместителем президента Верховного Суда».

¹ Цит. по: Hale B. A Supreme Judicial Leader // www.fds.oup.com

² Иванова И. К. Новый Верховный Суд Соединенного Королевства // Журнал российского права. – 2006. – № 11. – С. 121.

Как бы в развитие цитированного положения п. 2.3 устанавливает, что «судьи могут консультироваться со своими коллегами по вопросам своего поведения, вызывающим затруднения. Однако они несут персональную ответственность за решения, принимаемые в исполнении своих должностных обязанностей».

Как видим, специфика британской судебной системы проявляется в том, что англичане отнюдь не стремятся составить некий катехизис проступков, исчерпывающим образом охватывающий все возможные опрехи судей (как это сделали в Испании, где законодательство непосредственно содержит более тридцати составов, при совершении которых судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности¹). Напротив, судья Верховного Суда Великобритании – и это чрезвычайно важно как раз в аспекте индивидуальной независимости – должен интуитивно чувствовать, в каких случаях его поведение наносит или может нанести вред интересам правосудия, и самостоятельно его корректировать. В спорных же ситуациях судья предоставляется право посоветоваться с более опытными коллегами. Такой подход абсолютно оправдан, ибо, как указывает выдающийся российский юрист и подвижник судебной реформы С. А. Пашин, «моральные нормы имеют в качестве своей органической компоненты этическое сознание субъекта. Поэтому моральная заповедь применяется и адаптируется в качестве внутреннего регулятора лишь постольку, поскольку она пережита, понята и принята человеком»².

Значительный интерес представляют также положения, закрепленные в п.п. 2.4 и 2.5. В частности, в первом из обозначенных пунктов говорится, что «судьи должны быть защищены от общественных оценок (effects of publicity), причем как положительных, так и негативных. Но это не означает, что они должны игнорировать те последствия, которые их решение влечет как для тяжущихся, так и для широкой общественности, чье недовольство вполне может быть выражено через СМИ». В этой связи примечательно,

¹ См.: Старженецкий В. В. Ответственность судьи // Модернизация статуса судьи: современные международные подходы / Отв. ред. Т. Н. Нешатаева. – М.: Норма, 2011. – С. 221, 222.

² Пашин С. А. Состязательный уголовный процесс. – М.: Р. Валент, 2006. – С. 62.

что в Великобритании до недавнего времени существовал обычай, запрещавший членам Палаты общин – нижней палаты парламента подвергать персональной критике любого из членов Палаты лордов – верхней палаты, исполнявшей до 2009 г. функции высшей судебной инстанции, поскольку это могло подрывать доброе имя и престиж судебных лордов. «Критический запал, – пишет М. Н. Марченко, – направлялся не на судью – члена Палаты лордов, рассматривавшего то или иное дело, а в сторону «правовых приципов и взглядов», легших в основу рассматриваемого дела»¹.

В свою очередь, в п. 2.5 подчеркивается, что «судья Верховного Суда призваны содействовать общественности в понимании своей работы и своих решений. В то же время им следует проявлять известную сдержанность, объясняя или публично комментируя свои решения». Последний пункт можно рассматривать как своеобразный парафраз известного правила, закрепленного в Бангалорских принципах поведения судей, – «недостаточно просто осуществлять правосудие, нужно делать это открыто для общества» (п. 3.2)². Как подчеркивает в этой связи Е. А. Мишина, в англосаксонской доктрине считается, что судья Верховного Суда должен обладать смиренным: он не должен возноситься от осознания величия своего статуса. Именно поэтому судьи в обязательном порядке должны быть готовы к тому, чтобы давать объяснение своим действиям. Иными словами, если судья говорит «нет», то за этим всегда должно быть: «Нет, потому что...». Люди должны понимать мотивацию судей – это один из тех факторов, который поддерживает общественное доверие к правосудию³.

Наконец, важнейшей гарантией, обеспечивающей независимость судей во всем мире, является их материально-финансовое обеспечение. В этом плане отметим, что по состоянию на 1 апреля 2012 г. годовая зарплата судей и заместителя президента Верховного Суда Великобритании составляет 206857 фунтов, а его президента – 214165 фунтов (при том, что их жалованье остается

¹ Марченко М. Н. О понятии «общее право» // Известия вузов. Правоведение. – 1999. - № 4. – С. 262.

² Бангалорські принципи поведінки суддів. – С. 360.

³ Краснов М. А., Мишина Е. А. Открытые глаза российской Фемиды. – М.: Либерал. миссия, 2007. – С. 122.

неизменным с 2009 г., а какие-либо другие льготы и привилегии, наподобие служебного автомобиля или казенной дачи, вовсе отсутствуют)¹. При этом экономные англичане отнюдь не считают для себя зазорным вести подчеркнуто скромный образ жизни. К примеру, бывший президент Верховного Суда в 2009-2012 гг. лорд Филлипс прибывал на работу в 8 утра, преодолевая двухчасовой путь от своего дома до здания Суда на... обычном велосипеде, а его заместитель лорд Хоуп частенько пользовался услугами лондонской «подземки»².

Беспристрастность. В п. 3.3 Руководства содержится оговорка о том, что «судьи Верховного Суда должны воздерживаться от любого рода партийно-политической деятельности, участия в политических собраниях или политических мероприятиях по сбору средств, а также от любых иных действий, которые будут создавать видимость принадлежности к определенной политической партии». Однако уже в следующем пункте подчеркивается, что «судьи осознают, насколько важно для них чтение лекций, участие в конференциях и семинарах, написание научных работ и преподавание, сама возможность внести свой вклад в дискуссию по вопросам, представляющим общественный интерес».

Надо сказать, что хотя лишь одна Б. Хэйл до своего назначения в Верховный Суд имела многолетний опыт преподавательской работы, тем не менее другие судьи много и с удовольствием выступают с публичными лекциями, которые затем публикуются на официальном интернет-портале Верховного Суда. По наиболее «громким» делам, носящим прецедентный характер, практикуется проведение судебных конференций, похожих на врачебные. Их целью, по верному слову С. А. Пашина, является наращивание уровня взаимопонимания, но отнюдь не увеличение степени чиновочитания, не промывание мозгов, не принуждение к единообразию³. Чрезвычайно почетной миссией считается также возможность вы-

¹ www.judiciary.gov.uk

² Невольно вспоминается не утратившая, как видно, своей актуальности старая английская эпитафия: «Он умер оттого, что был он скуп: не получил, – денег было жалко. Но если б знал он цену катафалка, он ожил бы, чтобы нести свой труп!» (пер. С. Я. Маршака).

³ Пашин С. А. Указ. соч. – С. 66.

ступить перед молодой порослью юристов с ежегодной лекцией, названной в честь какого-либо выдающегося британского юриста или общественного деятеля (например, Hamlyn Lecture, Boydell Lecture, Gresham Lecture и др.), а также на заседаниях разного рода юридических обществ, которых в Британии великое множество. После образования Верховного Суда возникло также такое явление, как stump speeches (дословно «агитационные речи»), с которыми судьи ездят по Великобритании и странам Содружества наций, разъясняя слушателям миссию и компетенцию нового Суда. В этом отношении наиболее опытными ораторами считаются не раз упоминавшиеся нами лорды Филлипс, Хоуп, Керр, Мэнс и, конечно же, Бренда Хэйл.

Хотелось бы подчеркнуть еще одно обстоятельство – работа англосаксонского судьи, хотя в это трудно поверить, в гораздо большей степени напоминает работу ученого, исследователя, университетского профессора, нежели работу собственно арбитра. Это связано прежде всего с исторически сложившимися особенностями аргументационной техники, присущей решениям британских судов. Как заметил по этому поводу Л. В. Головкин, «... уважающий себя ученый-юрист «обязан» процитировать надлежащее количество источников, иначе его труд не воспримут коллеги по цеху. Конкретное же число источников, их подбор, оценка и т. д. – это уже личное дело самого ученого. Точно так же действует и англо-американский судья, только вместо литературных источников он чаще всего должен использовать в качестве «ссылок» какие-то предыдущие судебные решения (подчас иностранные), иначе его собственное решение не покажется коллегам убедительным»¹.

В самом деле, если мы возьмем любое из решений британского Верховного Суда, то нам сразу бросится в глаза обилие в нем бесконечных ссылок, цитат, мнений и т. д. Иначе говоря, данные решения чрезвычайно многословны, однако эта особенность позволяет проследить весь процесс поиска судьей адекватной мотивировки. Именно поэтому судьи Верховного Суда, даже выходяцы из практических структур, весьма уверенно чувствуют себя не толь-

¹ Головкин Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. – 2010. – Т. 10. – № 6. – С. 14.

ко в адвокатских иннах (объединениях), но и за профессорской кафедрой в шумных студенческих аудиториях. Кто знает, может благодаря этой особенности судебных решений в Великобритании почти отсутствует разрыв между юридической теорией и практикой, столь болезненно ощущимый в нашей стране?

В п. 3.6 Руководства установлена норма, согласно которой «в своих личных взаимоотношениях с представителями юридической профессии, особенно с теми из них, кто регулярно практикует в Верховном Суде, судьи должны избегать ситуаций, которые могут вызвать обоснованные подозрения в фаворитизме или предвзятости отношений». Однако возникает вопрос: как определить наличие «обоснованных подозрений»? В каких случаях они вправе возникнуть, а в каких – будут считаться безосновательными? Прямого ответа на этот вопрос Руководство не дает, оставляя все это на усмотрение судей. Однако в п. 3.8 сказано, что подозрения будут считаться обоснованными во всех случаях, когда к такому выводу сможет прийти «любой справедливый и информированный наблюдатель» (fair-minded and informed observer).

Важно, что на обеспечение принципа беспристрастности наведен целый ряд норм, регулирующих вопросы отстранения (bias) судей Верховного Суда от участия в рассмотрении дела. Так, в соответствии с п. 3.9 судья не будет участвовать в рассмотрении дела, если он: а) имеет тесную семейную связь со стороной спора или является ее супругом (сожителем); б) если его супруг (сожитель) был судьей в нижестоящем суде, ранее рассматривавшем соответствующее дело; в) если он имеет тесную семейную связь с адвокатом, практикующим в Верховном Суде. Хрестоматийным примером, подтверждающим реальную применимость данных правил, причем в высшей судебной инстанции Великобритании, является случай, произошедший с членом Апелляционного комитета Палаты лордов Хоффманом в 1998 г. во время процесса над чилийским диктатором А. Пиночетом.

Дело в том, что в юридических кругах Лондона было хорошо известно, что жена лорда Хоффмана, одного из пяти судебных лордов, рассматривавших «дело Пиночета», работала в организации «Amnesty International», широко информировавшей суд о преступлениях чилийского режима, а сам он являлся директором отделения

указанной организации по исследованиям и образованию. Эксперты предполагали, что если бы лорд Хоффман сделал об этом заявление до начала слушаний в Палате, его участие в процессе не встретило бы возражений¹ (именно таким образом, кстати говоря, поступила судья Высокого суда Англии и Уэльса Э. Глостер, которая перед началом процесса по делу Березовский v. Абрамович прямо заявила, что ее пасынок-адвокат с 2007 г. представлял интересы Абрамовича в британских судах, хотя никаких ходатайств об отводе не заявлялось²). Но его молчание было расценено как следствие возникшей заинтересованности в определенном исходе дела и послужило поводом для отмены лордами принятого 25 ноября 1998 г. решения и вынесения 24 марта 1999 г. нового решения, которое, впрочем, как и состоявшееся ранее, отказало бывшему главе государства в иммунитете против ареста и экстрадиционной процедуры в Великобританию. Возникшая тогда ситуация была уникальной, т. к. никогда ранее член высшего суда Великобритании не обвинялся в преступности, а следовательно, не существовало и процедурных правил на сей счет. В Руководстве для поведения судей Верховного Суда все эти вопросы получили свое успешное разрешение.

Любопытно, что по свидетельству судьи Конституционного Суда Украины в отставке А. Н. Мироненко, представителем субъекта права на конституционное представление по делу о смертной казни в 1999 г. и по ряду других был народный депутат Украины В. В. Костицкий – родной брат судьи М. В. Костицкого. Согласно действовавшему в то время Регламенту Конституционного Суда в редакции от 05.03.1997 г. судья в таком случае должен был заявить самоотвод, чего сделано не было. В свою очередь, это дало личный козырь для нападок на орган конституционной юрисдикции, породило дополнительные сомнения в обоснованности вынесенного решения. Тем более, что последнее было принято минимальным количеством голосов – десятью³.

¹ Иванова И. К. Палата лордов Великобритании как действующее лицо в международном процессе против Аугусто Пиночета // Право и политика. – 2000. – № 2. – С. 102.

² Гололобов Д. Березовский против судов Ее Величества // www.slou.ru

³ Мироненко О. Рішення про скасування смертної кари: проблеми законності і конституційності // Голос України. – 2000. – 21 січня. – С. 10.

Однако мы отвлеклись. В п. 3.10 перечисляются достаточные для судьи причины, чтобы не участвовать в рассмотрении дела: а) личная дружба или личная неприязнь к стороне спора (при этом делается оговорка, что дружбу следует отличать от знакомства, которое, в свою очередь, может быть, а может и не быть достаточным основанием для отстранения судьи в зависимости от характера и степени этого знакомства); б) текущие или недавние деловые отношения судьи со стороной, включая его адвоката, бухгалтер-а, врача, стоматолога (1 – А. Е.) или другого профессионального консультанта (при этом делается оговорка, что в число носителей подобных деловых отношений обычно не относят страховую компанию, банк или местный орган власти, в котором судья платит муниципальный налог).

Наконец, в п. 3.11 перечислены причины, которые едва ли могут быть достаточным основанием для отстранения судьи от участия в рассмотрении дела, хотя все зависит от конкретных обстоятельств: а) дружба или прошлые профессиональные связи с юрисконсультантом или адвокатом стороны; б) то обстоятельство, что родственник судьи является партнером или работником адвокатской конторы, вовлеченной в дело (при этом делается оговорка, что многое будет зависеть от того, в какой степени этот родственник вовлечен или заинтересован в исходе дела); в) прошлые профессиональные связи в качестве клиента со стороной (специально оговаривается, что многое зависит от того, насколько длительно-ми, тесными и давними были эти связи).

Напоследок заметим, что решение об отстранении судьи от участия в рассмотрении дела (фактически – самоотводе) должно быть принято до начала слушаний в Верховном Суде и обсуждено вместе со сторонами в открытом судебном заседании. Любопытно, что Руководство в п. 3.16 устанавливает правило, согласно которому даже в тех случаях, когда стороны соглашаются на участие судьи в процессе, но сам он чувствует свою предубежденность, заявить самоотвод будет «правильным руслом» (proper course).

Честность и неподкупность. В п. 4.1 установлено, что судьи имеют право осуществлять все права и свободы, доступные для других граждан. Однако уже в следующем пункте делается важная оговорка о том, что «характер службы подвергает судей

значительному контролю со стороны обществности и накладывает на них ограничения, обычно не свойственные другим людям. Ведь служить обществу в качестве судьи – уже само по себе большая привилегия». Следует согласиться с С. А. Пашиным, что в западной трактовке судья рассматривается не в качестве государственного чиновника, а в качестве *несущего бремя* общественной службы высококвалифицированного представителя страждан, защитника их интереса жить под сенью правовых гарантий¹. Кроме того, в Руководстве сказано: «Судьи Верховного Суда должны избегать ситуаций, способствующих понижению уважения к судебской должности или ставящих под сомнение их беспристрастность, или вызывающих обвинения в лицемерии. Они *будут вести себя с достоинством, соответствующим их высокому положению*» (п. 4.2).

Обращают также на себя внимание требования, предъявляемые к моральным качествам судей: «В суде они стремятся быть вежливыми, терпеливыми, терпимыми, пунктуальными и уважать достоинство каждого. Судьи будут стремиться к тому, чтобы никто в Суде не подвергался каким-либо проявлениям предвзятости или предубеждений по таким признакам, как раса, цвет кожи, пол, религия, национальное происхождение, инвалидность, возраст, семейное положение, сексуальная ориентация, социальный и экономический статус и др.». Отдельно подчеркивается, что «условия, созданные во время слушаний, не должны ставить людей с инвалидностью в невыгодное положение» (п. 4.3).

Соблюдение этических норм. Предваряя данный раздел Руководства, наиболее обширный по количеству заложенных в нем предписаний, хочется отметить, что соблюдение этических норм и оценка поведения тяжущихся с моральной точки зрения является характерной особенностью англосаксонского процесса в целом. Люди, впервые оказавшиеся в американском суде, долго не могут забыть напутственное слово судьи присяжным заседателям или, скажем, насыщенное моральными оценками (на грани открытого морализаторства) выступление судьи, обращенное к преступнику перед тем, как последний покинет здание суда и поедет отбывать причитающееся ему наказание.

¹ Пашин С. А. Указ. соч. – С. 58.

Британское правосудие, разумеется, не составляет в этом отнюдь исключения. Так, оценивая по внутреннему убеждению доказательства сторон в деле *Березовский v. Абрамович*, не раз упоминавшаяся нами судья Э. Глостер в тексте своего решения указала буквально следующее: «Проанализировав все материалы дела, я пришла к выводу, что г-н Березовский является ненадежным свидетелем, считающим истину гибкой, переменчивой концепцией (transitory, flexible concept), которую можно менять в зависимости от своих сиюминутных целей... Порой у меня скорее сам заставил себя поверить в представленную им версию событий»¹. По мнению многих друзей выдающегося российского предпринимателя и ученого, этот моральный приговор (а надо учитывать еще и то, что Б. А. Березовский давал показания под присягой, в то время как Р. А. Абрамович ограничился ее светским аналогом – affirmation) в немалой степени приблизил всем известную трагическую развязку, последовавшую 23 марта 2013 г.²

Как бы там ни было, Руководство содержит немало предписаний, закладывающих параметры подлинно этического поведения судьи Верховного Суда. В качестве неких общих правил в п. п. 5.1–5.4 содержатся нормы о том, что судьи не вправе использовать свое положение ради получения каких-либо личных услуг или льгот; они не могут заниматься частной юридической практикой или предоставлять место своего проживания адвокатам для приема клиентов или встреч с коллегами; они не вправе использовать либо позволять использовать авторитет собственной должности для достижения личных интересов, интересов членов семьи или любых других лиц. Кроме того, устанавливается, что конфиденциальная информация, ставшая известной судье в силу его должностного положения, не может быть использована или

¹ *Berezovsky v. Abramovich Judgment* // www.judiciary.gov.uk

² Подробнее об этом процессе см. обзор мнений российского экспертного сообщества: *Березовский vs Абрамович: сложности английского правосудия* // Закон. – 2012. – № 10. – С. 20–32. Есть нечто шекспировское в судьбе Б. А. Березовского. Даже судья, разбиравшая его дело, носит фамилию Глостер – как мы помним, в трагедии «Король Лир» ее обладателем является старый граф, преданный собственным окружением и лишившийся всего.

раскрыта кому-либо в любых иных целях, не связанных с осуществлением правосудия.

Далее исследуемый раздел подразделяется на несколько рубрик: а) внесудебная деятельность; б) коммерческая деятельность; в) подарки и гостеприимство; г) консультации и общественная деятельность.

В отношении внесудебной деятельности Руководство практически дословно воспроизводит соответствующие положения Бангалорских принципов поведения судей. В частности, в п. п. 5.5-5.10 указывается, что судья Верховного Суда имеет право: учреждать или вступать в ассоциации судей, входить в иные организации, представляющие интересы судей; выступать на публичных слушаниях парламентского комитета или официально-го органа по вопросам, связанным с правом, законодательством, отправлением правосудия и иными схожими вопросами; являться членом официального органа, правительственного комитета, миссии, совещательного органа, если такое членство позволяет судье оставаться беспристрастным и сохранять политическую нейтральную позицию; заниматься любой другой академической, добровольной, благотворительной или религиозной деятельностью, если такая деятельность не умаляет достоинства судьи и не влияет на исполнение им своих должностных обязанностей. Интересная мысль содержится в п. 5.9 Руководства: «Судье следует проявлять осторожность в использовании своего имени при сборе средств даже для нужд благотворительных организаций; в противном случае возникнет риск рассматривать такую деятельность как целевое использование судебного престижа в поддержку организации или создания чувства долга у доноров». В целом в Британии действует правило, согласно которому «чем в большей степени та или иная деятельность носит оттенок предпринимательской, тем в меньшей степени в ней должен участвовать судья» (п. 5.10).

В отношении коммерческой деятельности судьи указано, что управление семейными активами или имуществом умерших близких родственников на правах распорядителя или попечителя не вызывает возражений и может быть приемлемо для других родственников или друзей, если такое управление не является сложным, трудоемким или спорным. При этом судья должен учитывать

риск судебных разбирательств, включая риск, связанный с его положением как распорядителя или попечителя (п. 5.12). В п. 5.13 отдельно прописывается, что судьи Верховного Суда не получают никакого вознаграждения, кроме заработной платы, за исключением платежей и гонимых, поступающих им в качестве авторов или редакторов, хотя они вправе получать прибыль от инвестиций или имущества.

Что касается такого щекотливого вопроса, как подарки, то судьям следует опасаться принимать любой подарок, который каким-то образом связан с исполнением ими своих полномочий и может быть истолкован как попытка привлечь их на свою сторону (п. 5.14). Однако вполне допускается принятие скромных подарков в качестве знака признательности, например, за прочитанную лекцию, а равно участие в обедах, которые дают юридические, профессиональные, общественные и иные ассоциации, если, конечно, при этом судья не несет никаких обязательств (п. п. 5.15, 5.16). Зато судьям рекомендуется с осторожностью посещать адвокатские мероприятия, где их присутствие может быть истолковано как дополнительная реклама для привлечения клиентов (п. 5.17). Также судьям не следует злоупотреблять юридическими консультациями, которые они могут давать своим близким друзьям (п. 5.18).

Компетентность и старательность, по мнению авторов Руководства, заключаются в возложении на судей требований по поддержанию профессионального уровня, необходимого для надлежащего выполнения должностных обязанностей (п. 6.1).

Вот те наиболее значимые моменты в морально-этической системе судей Верховного Суда Соединенного Королевства, которые, на наш взгляд, заслуживают внимания читателей.

2.3. Компетентность Верховного Суда и порядок его деятельности

Согласно Акту о конституционной реформе 2005 г. в Верховный Суд Соединенного Королевства подаются апелляции на решения Апелляционного суда Англии и Уэльса (как уголовного,

так и гражданского его Отделений), Сессионного суда Шотландии (кроме уголовных дел, которые рассматривает Высокий суд юстициариев), а также Апелляционного суда Северной Ирландии (в отношении как гражданских, так и уголовных дел). Причем в отношении поступающих апелляционных жалоб Верховный Суд имеет право рассматривать и решать любой вопрос, требующий разрешения в целях отправления правосудия по апелляционной жалобе, руководствуясь положениями действующего законодательства. В частности, согласно ст. 29 собственных Правил Суд может: а) утвердить, отклонить или дополнить решение суда первой инстанции; б) направить любой вопрос на рассмотрение суда высшей инстанции; в) издать постановление о проведении нового судебного процесса или слушания, а также г) издать постановление о выплате процентов или возмещении расходов.

Однако следует сразу оговориться, что далеко не каждая апелляция может стать предметом его рассмотрения. В отличие от французского Кассационного суда, который обязан рассматривать оспаривание любых решений, в том числе и таких незначительных, для которых путь в апелляцию закрыт¹, в Великобританию право апелляции в Верховный Суд, помимо сложнейших формальных требований, ограничено также процедурой *certiorari*. Имеется в виду, что возможность пересмотра решений нижестоящих судов предполагает не только соответствующее волеизъявление апеллярующего лица, выражаемое в форме жалобы, но и разрешение на апелляцию, выдаваемое судом. Если же одна из вышеуказанных инстанций не разрешила апеллянту обращаться в Верховный Суд, то последний не вправе слушать такое дело. Правда, в некоторых случаях Верховный Суд даже вопреки запрету апелляционной инстанции может самостоятельно дать разрешение на слушание дела.

Как правило, Верховный Суд отбирает лишь те дела, в которых: а) его призывают отойти от ранее сформулированной правовой позиции; б) вопрос, подлежащий разрешению, имеет высокую конституционную значимость; в) вопрос, подлежащий разрешению, имеет большую общественную значимость; г) наличие конфликт между решениями Палаты лордов, Судебного комитета Тайного

¹ Подробнее см.: Карпович Е. В., Цыганков Н. С. Аргументационная техника французского Кассационного суда: история и современность // www.hse.ru.

совета или Верховного Суда, который должен быть разрешен; д) вопрос характеризуется высокой значимостью в контексте обязательств, взятых на себя Великобританией после ратификации Европейской конвенции¹.

Таким образом, Верховный Суд будет слушать апелляцию лишь в том случае, если в ней содержится какой-либо неоднозначный вопрос права, что в известной мере сближает его с континентальной конституционной юстицией. Например, рассматривая «дело Ассанжа», Верховный Суд решал вопрос о выдаче Швеции конкретного человека, но при этом одновременно разрешил и вопрос права, связанный с этим делом, – достаточно ли обращения иностранной прокуратуры о выдаче, или все же необходимо, чтобы с таким запросом обращался к британским властям именно иностранный суд?

Кроме того, законодательством допускается процедура «прыжка» (*leapfrog appeal*), при которой возможно направление жалобы на решение Высокого суда непосредственно в высшую судебную инстанцию, минуя Апелляционный суд. Однако для этого необходимо, чтобы Верховный Суд дал свое разрешение, но прежде судья, рассматривавший дело в Высоком суде, должен усмотреть в нем вышеуказанные исключительные характеристики (дело содержит неоднозначный вопрос права, имеет большой общественный резонанс и др.). Кроме того, против подобного шага не должны возражать стороны. По подсчетам исследователей, в 2011 г. Верховный Суд дал разрешение на четыре апелляции подобного рода². Однако в последнее время, как справедливо отмечает Е. В. Кудрявцева, востребованность данной процедуры практически сведена к нулю³.

Итак, по общему правилу ходатайство о разрешении подать апелляцию адресуется Апелляционному суду (суду нижестоящей инстанции по отношению к Верховному) немедленно после объявления им решения. Если оно отклоняется, просьба о предоставлении

¹ www.supremecourt.gov.uk.

² Dickson B. A supreme year? // [www.newLawjournal.co.uk](http://www.newlawjournal.co.uk).

³ Кудрявцева Е. В. Англия и Уэльс // Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стран ЕС и СНГ / Под ред. Е. А. Борисовой. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – С. 99.

лении разрешения на обжалование (petition for leave to appeal) может быть в течение 28 дней направлена в судебную канцелярию Верховного Суда вместе с обжалуемым актом и определением Апелляционного суда об отказе дать разрешение. Петиция должна содержать краткое изложение фактов и вопросов права, а также сокращенное изложение мотивов, обосновывающих необходимость разрешения (подаются также дополнительные документы: заявление об отрицании фактов или о согласении с другой стороной, заявление об апелляции, заполненная форма апелляции).

После подачи такой петиции в Верховный Суд вопрос об удовлетворении или отказе в прошении передается на рассмотрение коллегии из трех судей, уполномоченных решать вопрос о допущении обжалования. Любопытно, что по статистике около 90 % апелляций подаются из Англии и Уэльса, а остальные – из Шотландии и Северной Ирландии примерно в равной пропорции (по 5 %). Причем из числа английских и уэльских апелляций к рассмотрению в Верховном Суде допускаются, в конечном итоге, примерно 3 % шотландских – около 10 % и почти никогда не допускаются апелляции из Северной Ирландии. В 81 % случаев в Верховный Суд попадают на пересмотр гражданско-правовые споры, 12 % - уголовные дела и 7 % - споры, вытекающие из административно-правовых отношений (споры граждан с органами публичной власти)¹.

Разрешение необходимо также для встречной апелляции, которая должна быть заявлена в течение 14 дней после представления первоначальной апелляции. Как видим, подача встречной апелляции — это право, а не обязанность ответчика по апелляции.

В отношении решения вопроса о допущении апелляционного обжалования коллегия судей обладает следующими полномочиями:

- предоставить разрешение на обжалование без рассмотрения возражений ответчика по апелляции;
- указать, что разрешение на обжалование может быть предоставлено при соблюдении определенных условий, возражения относительно которых стороны могут представить в течение двух недель;

¹ Статистические данные приведены по: The UK Supreme Court: taking stock two years on. – L.: UCL Judicial Institute, 2011. - P. 9, 10.

- в случае, когда коллегия судей не может единогласно решить вопрос о предварительном допущении подачи апелляции жалобы, она обязана предложить ответчику по апелляции представить свои возражения в течение 14 дней, если возражения не поступают в установленный срок, то разрешение на обжалование предоставляется автоматически;

- отказать в разрешении на обжалование.

Как правило, заседания коллегии судей по данному вопросу проходят без проведения устного слушания, однако если судьи не могут решить тот или иной вопрос единогласно, в том числе после исследования предложенных возражений ответчика по апелляции, или если требуется изучение дополнительных аргументов сторон, то прошение о разрешении на обжалование подлежит рассмотрению в ходе слушания с приглашением всех сторон спора. Следует отметить, что стороны могут быть представлены в ходе слушания как лично, так и через адвоката или советника.

После получения уведомления апелланта о намерении обратиться в высшую судебную инстанцию ответчик должен в течение 14 дней сообщить в канцелярию о своем желании вступить в процесс. В противном случае не изъявивший этого желания ответчик будет лишен права получать информацию о ходе процесса обжалования и решение о компенсации издержек по апелляции в его пользу вынесено не будет.

Первой стадией апелляционного производства в Верховном Суде является стадия подготовки дела к рассмотрению. После предоставления разрешения на обжалование в течение 112 дней после получения разрешения на обжалование апеллант должен заполнить заявление об обстоятельствах дела и спорных вопросах по апелляции с приложением и представить их в канцелярию Верховного Суда. В качестве приложения к данному заявлению апеллант должен направить в Верховный Суд, после предоставления согласований с противоположной стороной, комплект документов, содержащий протоколы судебных заседаний, а также иные документы, использованные в качестве доказательств. Содержание заявления об обстоятельствах дела и спорных вопросах по апелляции до момента его представления в Суд должно быть согласовано между сторонами.

В рассматриваемом документе апеллант должен указать имеющиеся, по его мнению, основания для оспаривания судебного решения, принимая во внимание, что основания апелляции должны отражать высокую степень общественной значимости планируемого апелляционного слушания.

В течение семи дней после направления указанного заявления апеллант и ответчик должны уведомить канцелярию о том, что апелляция готова к слушанию, а также сообщить, сколько времени у их юристов (представителей) потребуется для устного выступления в судебном заседании, после чего уполномоченное лицо (судебный распорядитель) определит дату судебного рассмотрения апелляции. Все расходы по подготовке приложения изначально возлагаются на апелланта, однако решением Верховного Суда распределение бремени несения досудебных и судебных расходов может быть изменено.

После того как апелляционное прошение и прилагаемые к нему документы (заявление об обстоятельствах дела и спорных вопросах по апелляции с приложением) представлены в канцелярию Верховного Суда, уполномоченное лицо (судебный распорядитель) данного органа осуществляет регистрацию апелляционной жалобы, т. е. заносит апелляцию в список дел, назначенных к слушанию. Срок, в течение которого апелляционная жалоба может быть рассмотрена, как правило, составляет временной промежуток от шести до 18 недель, начиная со дня представления апелляционного прошения. При этом время, в течение которого жалоба может быть рассмотрена, зависит не только от скорости подготовки сторонами по апелляции необходимых документов, но и от степени загруженности Суда.

Следует отметить, что, несмотря на установленные сроки, учитывая существование так называемых срочных апелляций, т. е. апелляций по вопросам крайней важности, период, в течение которого суд может рассмотреть поданную жалобу, может увеличиться до 12 месяцев.

Не позднее двух недель до даты слушания по апелляции апеллант дополнительно к ранее представленным документам должен направить в Верховный Суд необходимое в соответствии со ст. 15(2) Правил количество экземпляров пакета документов, со-

державшего: апелляционное прошение; встречное апелляционное прошение (если оно имеет место); заявление об обстоятельствах дела и спорных вопросах по апелляции вместе с приложением; материалы по делу, собранные апеллантом и ответчиком, с перекрестными ссылками на приложения и законодательные акты; список нормативных актов, которыми, по мнению апелланта, следует руководствоваться в поддержку апелляции¹.

Следующей стадией апелляционного производства в Верховном Суде является стадия слушания по апелляции. Апелляционная жалоба рассматривается коллегией (panel of justices), состоящей не менее чем из трех судей, в открытом заседании. Данное количество судей является минимально допустимым для проведения апелляционного слушания. Но, как правило, количество судей по апелляции составляет пять человек. По некоторым важным делам коллегия судей может состоять из семи и даже девяти судей. Случай, когда девять судей принимают участие в рассмотрении апелляционной жалобы, является редким, но не уникальным. В частности, скамья из 9 судей рассматривала такие «знаковые» дела, как *R v Gnanango, Norris v Government of USA, R v Governing Body of JFS* и некоторые другие. По статистике в среднем 70 % дел рассматриваются пятью судьями, 20 % - семью и 10 % - девятью судьями².

Немаловажное значение имеет также то обстоятельство, что при формировании соответствующих коллегий учитывается профессиональная ориентация судей. Как указывает лорд Хоуп, традиционно в состав коллегии входят по меньшей мере двое судей, являющиеся специалистами в соответствующей отрасли права³. Так, в последний период существования Апелляционного комитета Палаты лордов Бингхэм, Хоуп и баронесса Хэйл чаще всего рассматривали дела, связанные с правами человека, причем Хэйл, войдя в состав Верховного Суда, по-прежнему привлекается к решению семейных споров. Лорд Хоффманн специализировался

¹ Кудрявцева Е. В. Указ. соч. – С. 95-97.

² The UK Supreme Court: taking stock two years on. – L.: UCL Judicial Institute, 2011. – P. 15.

³ Lord Hope. The creation of the Supreme Court – was it worth it? // www.supremecourt.gov.uk.

на патентных спорах, Уокер – налоговых, Роджер – уголовных, Скотт – на спорах о праве собственности. В случае рассмотрения апелляций из Шотландии или Северной Ирландии в слушаниях в обязательном порядке участвуют судьи, избранные в Верховный Суд по квоте соответствующего региона (двое от Шотландии и один от Северной Ирландии)¹.

Как правило, Верховный Суд слушает апелляции по понедельникам с 11 до 13 и с 14 до 16 часов, а со вторника по четверг – с 10.30 до 13 и с 14 до 16 часов². Несложно заметить, что хотя пятница является в Великобритании рабочим днем, тем не менее судебные слушания в этот день никогда не проводятся. Это объясняется тем, что наилучшим моментом для написания решения считается день, следующий за последним днем слушаний, когда, с одной стороны, аргументы сторон еще свежи в памяти судебного состава, а с другой – отсутствует необходимость бежать на очередное заседание³. Впрочем, это совсем не означает, что судьи должны готовить проекты своих решений исключительно на протяжении уикэнда. И если, к примеру, таким образом поступал лорд Хоуп, то лорд Браун начинал готовить свои проекты, как только он ловил удобный момент в интервале между посещениями устных слушаний, а лорд Роджер – лишь после детальной проработки соответствующих вопросов со своими помощниками⁴.

Каждая из сторон апелляционного производства должна быть представлена адвокатом (барристером), однако данное требование не умаляет права стороны лично присутствовать при рассмотрении жалоб. Помимо указанных лиц в число представителей каждой из сторон входит не более двух солиситоров и секретарей адвоката, в чьи обязанности входит представление адвокату

¹ Dickson B. The processing of appeals in the House of Lords // Law Quarterly Review. – 2007. – № 123. – P. 590.

² Practice Direction 6 // www.supremecourt.gov.uk.

³ Dickson B. The processing of appeals in the House of Lords // Law Quarterly Review. – 2007. – № 123. – P. 596.

⁴ Nesterehuk T. The view from behind the bench: the role of judicial assistants in the UK Supreme Court // Judge and jurist: essays in memory of Lord Rodger / Ed. by A. Burrows, D. Johnston, R. Zimmermann. – N. Y.: Oxf. university press, 2013. – P. 109.

необходимой помощи и информации из всего подготовленного объема материалов по апелляции. Рассмотрение апелляционной жалобы открывается речью адвоката апелланта, в которой определяются все основания, повлекшие подачу апелляционной жалобы в высшую апелляционную инстанцию государства. После выступления стороны апелланта слово берет представитель ответчика по апелляции.

По статистике 55 % дел слушаются на протяжении двух дней, 21 % – одного, 17 % – трех и 7 % – четырех дней¹. Важно, что судебный состав не выносит своего решения немедленно. Исключение может иметь место только при возникновении каких-либо необычных или требующих незамедлительного реагирования обстоятельств. Причина отложения момента вынесения решения заключается в том, что, как совершенно справедливо отмечает Е. В. Кудрявцева, Верховный Суд является высшим судебным органом государства, чьи решения обязательны для всех нижестоящих судов, в связи с чем судьям требуется время для того, чтобы сформулировать свое мнение и четко определить мотивы вынесения решения². Любопытно, что в 27 % случаев интервал между окончанием судебных слушаний и оглашением решения составляет три месяца, 26 % – два, 20 % – четыре, 12 % – пять, 7 % – один, 5 % – шесть месяцев и 3 % – более полугода³.

После изучения всех документов по апелляции каждый из судей должен составить свое решение (judgment) или особое мнение (dissenting judgment). Затем решения и мнения всех судей объединяются в порядке старшинства (от судей, имеющих наибольший стаж в Суде, – к судьям, имеющим наименьший стаж) как составные части общего решения Верховного Суда с сохранением авторства. В зависимости от того, какая позиция набрала больше голосов судей, таким и будет решение Суда в целом. Как правило, стороны и их представители извещаются о дате вынесения решения за одну неделю до предполагаемой даты.

Подчеркнем, что характерной особенностью британской юстиции даже в случае коллегияльного рассмотрения дела является то,

¹ The UK Supreme Court: taking stock two years on. – P. 18.

² Кудрявцева Е. В. Указ. соч. – С. 98.

³ The UK Supreme Court: taking stock two years on. – P. 22.

что здесь судьи не обязаны совещаться друг с другом и, действуя в сугубо личном качестве, составляют собственное решение, правда, с односторонней резолютивной частью – поддержать (allow) или отклонить (dismiss) поданную заявителем апелляцию. Как указывал еще Р. Познер, «тайна совещания входит в противоречие с руководящим принципом гласности (openness), в соответствии с которой интерпретацией которого все, что происходит в суде, должно осуществляться на виду у публики и ею же контролироваться»¹. Вместе с тем определенное совещание, по всей видимости, все-таки имеет место в Верховном Суде (иначе судьи попросту не знали бы, писать им judgment или dissenting judgment).

Исследователь из Эдинбургского университета А. Патерсон, исследовавший внутреннюю жизнь Апелляционного комитета Палаты лордов в конце 1970-х – начале 1980-х гг. прошлого века, связывал момент совещания с некими неформальными переговорами в библиотеке комитета или за обедом². Однако не нужно сводить совещание судей исключительно к этим бытовым сюжетам. Да, судьи действительно общаются друг с другом, главным образом в конце каждого дня судебных слушаний, где примерно становится понятным, кто из судей придерживается какой позиции. Однако не будем также забывать, что по окончании слушаний судьи удаляются в специальную комнату для того, чтобы определить, кто будет писать так называемое «лидирующее решение», которому, в свою очередь, предстоит открыть соответствующий акт Верховного Суда и в котором, как правило, излагаются основные аргументы сложившегося по делу большинства. Также вызывает свою позицию по делу в порядке *обратного* старшинства в зависимости от стажа работы в Суде (от судей, имеющих наименьший стаж, – к судьям, имеющим наибольший стаж и руководству Суда), но без проведения голосования. Последним всегда выступает Президент Верховного Суда.

В этом контексте чрезвычайно ценно воспоминание Б. Хэйл о времени ее работы в Апелляционном комитете под руководством старшего судебного лорда (пост, аналогичный нынешнему Пре-

¹ Posner R. How judges think. – C.: Harvard university press, 2008. – P. 2, 3.

² Paterson A. The law lords. – L.: Macmillan press Ltd, 1982. – P. 32, 33.

зиденту Суда) Бингхэма. «Все, что он говорил, – пишет Б. Хэйл, – было чрезвычайно впечатляюще и могло заставить других изменить свою точку зрения. Можно было выслушать четырех судебных лордов, а затем – лорда Бингхэма, после чего эти четверо были готовы беспрекосно присоединиться к его позиции»¹. От себя добавим, что баронессу Хэйл, являющуюся одним из лидеров по количеству заявленных особых мнений, едва ли можно упрекнуть в чрезмерном конформизме.

Как отмечается в британской юридической литературе, чаще всего консенсус между судьями достигается в делах, где рассматриваются гражданско-правовые споры, и гораздо реже – в спорах публично-правового характера². В этой связи примечательно, что среднегодовое количество решений, принятых единогласно (в смысле без особых мнений), составляет в Верховном Суде Соединенного Королевства 75 %³, что несравненно выше, нежели в Верховном Суде США или европейских конституционных судах, и этот показатель имеет тенденцию к увеличению. Так, если на Пасхальную судебную сессию 2011 г. количество единогласных решений составляло менее 50 %, то уже на Троицу 2012 г. таковых было более 90 %.

Симптоматично, что, как указывает лорд Керр, британские верховные судьи, заявляющие особые мнения, стараются «избегать в них нарочитой враждебности, являющейся своеобразным манифестом некоторых судей в американском Верховном Суде»⁴. В Англии судьи, заявляющие особые мнения в дипломатичной манере и пользующиеся для этой цели нейтральными коннотациями, именуются «застенчивыми несогласными» (shy dissenters). С психологической точки зрения интересно также, что чаще всего блокируются друг с другом или пишут совместное особое мнение одни и те же судьи (феномен «группового голосования»). Скажем, лорд Мэнс и баронесса Хэйл, назначенные на свои посты в 2005 г.

¹ Hale B. A supreme judicial leader // www.fds.oup.com.

² Dickson B. Close calls in the House of Lords // From House of Lords to Supreme Court / Ed. by J. Lee. – Ox.: Hart Publishing, 2011. – P. 285.

³ The UK Supreme Court: taking stock two years on. – P. 23.

⁴ Lord Kerr. Dissenting judgments – self indulgence or self sacrifice ? // www.supremecourt.gov.uk.

и 2004 г. соответственно, к моменту образования Верховного Суда в 2009 г. уже девять раз солидаризовались друг с другом в своих особых мнениях¹.

Наконец, несколько слов о клерках британского Верховного Суда. Известно, что в США каждый верховный судья имеет четверых клерков и двух секретарей. При этом клерки фактически составляют проект решения от имени того судьи, которому подчинены. Как было показано в нашумевшей в свое время книге американского журналиста Б. Вудворда «Братство: Верховный Суд изнутри», проекты решений составляли даже за легендарного председателя Верховного Суда Э. Уоррена². Современная же британская практика в отношении судебных клерков, насколько нам известно, является поистине уникальной.

Дело в том, что в Апелляционном комитете Палаты лордов до 2000 г. они вовсе отсутствовали. Сегодня клерки Верховного Суда, именуемые юридическими помощниками судей (judicial assistant to the justice), нанимаются Судом на конкурсной основе сроком на 1 год. Как видим, их работа носит не постоянный, а сугубо временный характер, что значительно снижает в глазах молодых юристов ее престиж. Право претендовать на занятие подобной должности имеет лицо, получившее юридическую квалификацию барристера, солиситора или юрисконсульта в одной из британских юрисдикций, а также исследователь, проходящий аспирантскую подготовку. Приятно, что в первом составе судебных клерков нового Верховного Суда (2010-2011 гг.) значилась подданная Великобритании украинского происхождения, барристер Т. Нестерчук. К слову, следующий набор юридических помощников в количестве семи человек будет производиться на срок с сентября 2014 г. по июль 2015 г.

Главной отличительной особенностью их статуса является то, что помощники отлучены от процесса подготовки и написания решения по делу, поскольку это считается исключительной прерогативой судьи. Впрочем, последний вправе поручать им опреде-

¹ Dickson B. Close calls in the House of Lords // From House of Lords to Supreme Court / Ed. by J. Lee. – Ox.: Hart Publishing, 2011. – P. 284.

² Woodward B., Armstrong S. The brethren: inside the Supreme Court. – N. Y.: Avon, 1981. – P. 23.

ленную работу, не связанную с осуществлением правосудия (extrajudicial work), например, подготовку публичных лекций, которые верховные судьи так любят произносить в высших учебных заведениях. Таким образом, основной «центр тяжести» деятельности помощников лежит в плоскости составления меморандумов по тем апелляциям, в отношении которых осуществляется их предва- рительное рассмотрение коллегией из трех судей¹.

Вынесение решения по апелляционной жалобе является третьей и заключительной стадией апелляционного производства в Верховном Суде. Решение Верховного Суда выносится на основании подготовленного судебного коллегией отчета. Для принятия Верховным Судом окончательного решения не требуется единогласного решения всех судей. Принятое простым большинством голосов заключение является официальным решением, оформляется в письменной форме канцелярией, подписывается секретарем Верховного Суда и передается в суд, вынесший обжалованное постановление, который и выносит окончательное постановление по делу в соответствии с рекомендациями Верховного Суда, хотя ранее решение выдавалось выигравшей стороне.

¹ Nesterchuk T. The view from behind the bench: the role of judicial assistants in the UK Supreme Court // Judge and jurist: essays in memory of Lord Rodger / Ed. by A. Burrows, D. Johnston, R. Zimmermann. – N. Y.: Oxf. university press, 2013. – P. 99-110.

РАЗДЕЛ 3.

СОДЕРЖАНИЕ И СТИЛЬ РЕШЕНИЙ ВЕРХОВНОГО СУДА

3.1. Аргументационная техника Верховного Суда

Аргументационная техника британских судебных решений радикально отличается от аналогичного явления на европейском континенте. Как писал еще Р. Давид, «английские судьи – во всяком случае, в высоких судах – достаточно пространно излагают мотивы своих решений и делают это в свободной, рассуждающей манере, далекой от краткости и строгости изложения мотивов решения во французском суде. При этом судья нередко формулирует общие положения, выходящие за рамки данного дела»¹.

Напротив, более близкие нам французы (в этой связи нелишне напомнить, что французский был предпочтительным разговорным языком высшего слоя украинского общества, а первая глава книги Л. Н. Толстого «Война и мир» наполовину занята диалогами на французском) полагают, что «судебное решение, сжатое в одной фразе, считается тем более совершенным, чем оно короче и выдержаннее в том самом концентрированном стиле, который понижают и которым восхищаются лишь опытные юристы»². В свете сказанного становится понятным следующее утверждение немецких компаративистов К. Цвайгерта и Х. Кетца: «Не подлежит сомнению, что Кассационный суд тщательно изучает материалы дела. Но внешне все выглядит так, будто решение было принято с помощью волшебной палочки, извлекающей нужную норму из текста закона»³. Стоит ли поэтому удивляться, что решения французского

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – С. 320.

² Там же. – С. 138. Великий французский писатель Стендаль даже советовал начинающим авторам читать Гражданский кодекс Наполеона и другие правовые акты ради улучшения собственного стиля.

³ Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. М.: Междунар. отношения, 2010. – С. 266.

Кассационного суда, как, впрочем, и высших специализированных судов на Украине, редко превышают 4-5 страниц машинописного текста, а иногда вовсе состоят из нескольких строчек?

Описанный лапидарный лаконизм континентального права имеет мало общего с британской практикой. В этой связи уместно привести слова лорда Мэнса из его лекции перед студентами Бирмингемского университета. «Решения судов «общего права», – говорил Мэнс, – примечательны прежде всего благодаря их индивидуально окрашенному стилю. Это происходит от того, что их пишут бывшие адвокаты (из числа которых формируется британский судебский корпус. – *A. E.*). Все это резко контрастирует с более унифицированным и менее колоритным стилем, который мы наблюдаем в странах континентального права»¹. В подтверждение его слов приведем зачин одного из решений баронессы Б. Хэйл (когда она еще работала в Высоком суде Лондона): «Истец пережил жестокое разочарование в понедельник, 3 июля 1995 г. Он полагал, что выиграл 50 тыс. фунтов в лотерею, разыгрываемую в тот день редакцией газеты “Daily Mirror”. Редакция думала иначе...»².

Наверное, не стоит видеть в таком стиле только пустые «игры разума», жалкую попытку хоть немного приблизиться к подлинным шедеврам своих великих писателей. В действительности, подобная техника изложения размышлений судьи имеет под собой серьезную подоплеку. В первую очередь, она объективно обусловлена господством precedentного права, наблюдаемого в англосаксонской системе. Более того, техника приведения мотивов судебного решения составляет центральный технический элемент учения о судебном прецеденте. Неслучайно английский исследователь Р. Кросс включил в свою книгу в качестве самостоятельной главы тему «Прецедент и судебная аргументация»³. Как отмечается в литературе, «судья обязан составить мотивированное мнение

¹ Lord Mance. The common law and Europe: differences of style or substance and do they matter? – Birm.: Univ. of Birmingham, 2007. – P. 3.

² Цит. по: Lord Rodger. The form and language of judicial opinions // Law Quarterly Review. – 2002. – № 118. – P. 245.

³ См.: Кросс Р. Прецедент в английском праве. – М.: Юрид. лит., 1985. – С. 175-197.

(*opinion*) для обоснования выносимого им решения. Мнение судьи должно быть оформлено в полном соответствии с давнишними судебными традициями, включающими... традиционное требование системы общего права представить «мотивированное уточнение» (*reasoned elaboration*) судебного прецедента и другие стандарты «профессионального мастерства» (*craftsmanship*) в отношении мотивированного решения и составления письменного мнения по делу»¹. Таким образом, все стилистические красоты отчасти могут трактоваться как проявление профессионализма судьи, его умения надлежащим образом мотивировать свою позицию по делу и облекать ее в безупречную с литературной точки зрения форму.

Важно, что здесь дает о себе знать один психологический момент. Когда судья А определяет, каким принципом руководствовался судья В, решая дело С, он во многом находится под влиянием слов и выражений адвокатов, благодаря активности которых ему стал известен тот или иной прецедент из множества сотен тысяч судебных решений, выработанных в незапамятные времена и принимаемых фактически ежедневно. Выбор же применимого в рассматриваемом деле судебного прецедента является результатом его дискреционного усмотрения. Следовательно, задача сторон и их представителей состоит в том, чтобы подкрепить свою позицию такими предшествующими судебными решениями, которые будут максимально убедительно выглядеть в глазах именно этого судьи, что, в свою очередь, недостижимо без учета его происхождения, биографии, предшествующего социального и профессионального опыта, других факторов более личного, нежели нормативного свойства.

Именно в этом смысле следует понимать известное высказывание верховного судьи Б. Кардозо о «логике вероятности». Победа в англоамериканских судах достается не сторонникам непреклонной правовой логики (как это имеет место на континенте), и уж тем более не тем, кто против всяких правил и прецедентов, а тому, кто сумеет совместить эти две тенденции, приспособив имеющиеся прецеденты к конечной цели, к соображениям целесообразности.

¹ Цит. по: Головки Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. – 2010. – № 6. – Т. 10. – С. 16.

ти, к интуиции и убеждениям судьи, рассматривающего конкретное дело¹.

Примечательно, что согласно сложившемуся обыкновению Верховный Суд, как и его предшественник, не принимает во внимание те аргументы, которые не были предметом оценки в нижестоящих судах². Так, в деле *Dates*, рассмотренном Апелляционным комитетом Палаты лордов в 2007 г., факты, установленные судьями в первой инстанции, были отвергнуты Апелляционным судом, и комитет постановил, что решение второй инстанции было обоснованным. Фабула данного дела заключалась в том, что на основании скучных исходных фактов судья первой инстанции отверг предположение о том, что товары были похищены водителем, однако Апелляционный суд постановил, что имело место необоснованное толкование фактов: судья ошибочно предпочел невинные объяснения пропажи товаров без их кражи водителем перевозчика (доставка по неправильному адресу и т. п.)³.

Добавим к сказанному, что данное дело является классическим примером проверки выводов, сделанных из исходных фактов, что опять-таки отличает Верховный Суд от кассационных судов, действующих на континенте. В этой связи нелишне напомнить, что в Европе после второй инстанции (апелляция) судебное решение становится «окончательным» с точки зрения фактических обстоятельств дела. Далее дается определенный срок на реализацию права на пересмотр дела по правовым основаниям, т. е. на кассацию, однако в третьей инстанции споры о фактах уже не допускаются. В Великобритании, как видим, ситуация иная (по этому поводу лорд Аткин заметил однажды, что «непоколебимость судебного решения, конечно, вещь хорошая, но правосудие важнее»⁴).

¹ См.: Вильянский С. И. Значение логики в применении правовых норм // Ученые записки Харьковского юридического института им. Л. М. Кагановича. – 1948. – Вып. III. – С. 91.

² Paterson A. The Law Lords. – L.: Macmillan Press Ltd, 1982. – P. 46.

³ Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 217.

⁴ Цит. по: Lord Kerr. Dissenting judgments – self indulgence or self sacrifice? // www.supremecourt.gov.uk.

Известный украинский конституционалист Н. И. Козюбра в статье, посвященной теории юридической аргументации, заметил, что в англосаксонской правовой семье юристы всегда отдавали приоритет индукции (достижение общего правила на основе конкретных фактов) над дедукцией (от общего к частному), оттачиваясь при принятии решений в большей степени от фактов реальной жизни, нежели от правовых норм¹. Именно здесь заключены истоки так называемой школы правового реализма, представителями которой являются практически все англичане (за исключением, разумеется, Шерлока Холмса с его «дедуктивным методом»). Это обстоятельство проливает свет на то, почему большинство судебных решений (вспомним вышеприведенные сентенции Б. Хэйл) всегда начинаются с хотя бы и краткого изложения фактов. Однако, развивая основные положения этой школы, британские юристы идут еще дальше. Как писал лорд Ллойд, «судьи, как и все другие люди, не могут игнорировать систему ценностей, существующую в обществе, к которому они принадлежат»². Как следствие, в странах, находящихся в лоне «общего права», судья должен не только подыскать соответствующий прецедент, а затем использовать его при разрешении дела, но также наполнить его собственными представлениями о законном и справедливом, как бы ввести в готовящееся решение свои нравственно-правовые принципы.

В этом отношении хрестоматийным примером является дело Джеймса Сомерсета. В 1772 г. чернокожий раб вместе со своим хозяином прибыл из Вирджинии в Англию. Когда плантатор собрался вернуться в Америку, Сомерсет сбежал, но был пойман и закован в цепи. Как известно, рабство было нормой в Новом Свете, и Сомерсета вывели бы из Англии, но согласно нормам «общего права» суд был обязан проверить законность лишения человека свободы в порядке процедуры *habeas corpus*³. Лорд-судья Мэнс-

¹ Козюбра М. І. Теорія юридичної аргументації: історія становлення, стан і перспективи у вітчизняній юриспруденції // Загальнотеоретичне правознавство, верховенство права та Україна: Зб. наук. ст. / Гол. ред.: А. Мелешевич. – К.: Дух і літера, 2013. – С. 570, 571.

² Ллойд Д. Идея права. – М.: Книгодел, 2004. – С. 299.

³ О влиянии законодательства типа *habeas corpus* на русскую классическую литературу см.: Скрипилев Е. А. Английский «Habeas Corpus Act» в русской ли-

филд решил, что «воздух Англии слишком хорош для рабства» (*this air is too pure for a slave to breathe in*) и объявил негра свободным¹. Таким образом, говоря словами Р. Паунда, «общее право» – это скорее особые приемы разрешения правовых проблем, нежели фиксированная совокупность правил и норм².

В британской судебной аргументации (Верховный Суд не составляет в этом отношении исключения) важная роль отведена также рассуждению по аналогии. К примеру, в деле *Donaghy v Stevenson* была сформулирована правовая позиция, в соответствии с которой производители продуктов обязаны проявлять заботу о потребителе, чтобы по своей вине при подготовке или поставке продуктов не причинить ущерб жизни или имуществу потребителя. Однако подвести под данное *ratio decidendi* можно не только производителя А, который вследствие неосторожной вины продаст отравленное мороженое маленьким детям (именно эти обстоятельства составили фактуру упомянутого дела), но и по аналогии владельца прачечной Б, который по неосторожности не удалил химические вещества с одежды, что привело к кожным заболеваниям людей, носивших эту одежду³. Теперь становится понятным, почему в начале практически каждого решения Верховного Суда излагаются фактические обстоятельства рассматриваемого дела – тем самым судья как бы подготавливается совершить заключение по аналогии, лежащее в основе прецедентного права. При этом, как подчеркивает Е. В. Кудрявцева, «убедительность решения в известной мере зависит от того, насколько умело и логично соединены элементы его мотивировочной части, в том числе признанные установленными факты, применяемые нормы и выводы о правоотношениях сторон»⁴.

тературе XVIII-XX вв. // Историко-правовые исследования: Россия и Англия. – М.: ИГП АН СССР, 1990. – С. 14-23.

¹ Lord Rodger. *Op. cit.* – P. 228.

² Цит. за: Малишев Б. В. Судовий прецедент і стиль юридичного мислення // Проблеми філософії права. – 2004. – Т. II. – С. 143.

³ Лангенбухер К. Аргументация по аналогии в европейском праве // *www.pravo.ru*.

⁴ Кудрявцева Е. В., Прокудина Л. А. Как написать судебное решение. – М.: Юрайт, 2012. – С. 92.

Вместе с тем осуществляемая судьей аналогия между делами, подчас весьма разномасштабными, обязана быть корректной. В Великобритании для достижения этой цели применяется метод доктора Гудхарта. Согласно ему для заключения по аналогии необходимо, во-первых, убедиться в том, что существенные факты одинаковы в деле, по которому был установлен прецедент, и деле, разрешаемом судьей в данный момент, а во-вторых, выявить в прецедентном решении основанное на этих фактах *ratio decidendi*, применив его к тому делу, которое сейчас находится в производстве у судьи¹. Как признался однажды лорд Хоффманн, быть может самое трудное при написании судебного решения – это изложить фактические обстоятельства дела таким образом, чтобы, с одной стороны, опустить ненужные или малозначительные детали, а с другой – сакцентировать внимание на тех фактах, которые будут ключевыми при осуществлении указанной логической процедуры².

Прежде чем перейти непосредственно к аргументационной технике, используемой Верховным Судом, хотелось бы остановиться на трех основных правилах толкования законодательных актов (*statutory law*) – некогда сосланных в глухую провинцию по причине «господства прецедента», а ныне наиболее востребованных источников права, удельный вес которых в британской правовой системе повышается буквально с каждым годом, лишний раз свидетельствуя в пользу взаимопроникновения двух систем: континентальной и англосаксонской.

Итак, этих правил три. Первое из них – буквальное (*literal rule*), сформулированное лордом Эшером в решении по делу *R v Judge of the City of London Court* еще в 1892 г. В соответствии с ним «если слова статута ясны, вы должны следовать им, даже если они ведут к явному абсурду. Вопрос о том, не совершил ли законодательный орган нелепость, не может занимать суд»³. При буквальном прави-

¹ Кросс Р. Указ. соч. – С. 81.

² Lord Hope. Writing judgments: judicial studies board annual lecture. – L.: JSB, 2005. – P. 6.

³ Zander M. The law-making process. – N. Y.: Cambridge University Press, 2004. – P. 130. Среди русскоязычных источников по данной проблеме особо отметим: Верещагин А. Н. Судебное правоверчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. – М.: Междунар. отношения, 2004. – С. 42-47 и Богдановская И. Ю. Тол-

ле, даже если существует подозрение, что язык статута и истинное намерение законодателя не совпадают, судья не должен об этом беспокоиться. Вся ответственность за абсурдные последствия применения такой нормы возлагается на законодателя.

Своего рода модификацией буквального толкования является «золотое правило» (*golden rule*). Последнее означает, что «мы должны взять статут в целом, придавая словам их обычное значение до тех пор, пока... они не произведут несообразности, или нелепости, или неудобства, столь значительных, что это убедило бы суд, что намерение законодателя не могло быть в том, чтобы использовать их в их обычном значении, и не дало бы оснований суду приписать им иное значение, которое, будучи менее строгим, является все же таковым, которое, на взгляд суда, слова должны бы иметь»¹. Как видим, суть данного интерпретационного метода сводится к тому, что во избежание абсурдных последствий в случае буквального толкования, судья обязан восстановить «подлинное значение» статута с тем, чтобы избежать этих последствий.

И, наконец, «правило исправления зла» (*mischief rule*) предлагает судьям активно способствовать достижению законодательных целей. Согласно классической формулировке этого правила из дела *Heydon* (1584 г.) при толковании законодательного акта судьям следует рассмотреть, «какое средство Парламент изыскал и назначил для лечения общественного недуга», «и затем долг судьи состоит в том, чтобы дать такое толкование, которое подавило бы зло, принесло бы успех этому средству и подавило бы наималейшие ухищрения и уклонения, направленные к продолжению зла... придало бы силу и действенность средствам исправления и защиты, согласно истинному намерению создателей акта»².

Несколько слов о структуре решений Верховного Суда.

Прежде всего необходимо учитывать, что говорить о решении Верховного Суда в континентальном понимании этого слова как о целостном, внутренне непротиворечивом и имеющем четкую формальную структуру акте можно с большой долей условности.

кование конституции: опыт стран «общего права» // Право и политика. – 2006. – № 8. – С. 67-72.

¹ Там же.

² Цит. по: Верещагин А. Н. Указ. соч. – С. 44.

Любое решение (judgment) высшего органа судебной власти Великобритании состоит из калейдоскопа индивидуальных решений судей, обычно пяти, объединенных разве что общей «шапкой» [обязательные реквизиты включают в себя наименование: а) апелланта; б) ответчика; в) судебного состава, постановившего решение; г) даты его принятия; д) даты проведения слушаний; е) адвокатов сторон и привлеченных с одной или обеих сторон *intervenors* – «третьих лиц», а также юрисконсультов последних] да, пожалуй, итоговым выводом, к которому, в конечном счете, пришел каждый из судей, участвовавших в рассмотрении дела, – удовлетворить (allow) или отклонить (*dismiss*) поданную заявителем апелляцию.

Среди этого множества выделяют так называемое «лидирующее решение» (*leading judgment*), которое излагается первым и принадлежит нередко президенту Верховного Суда или его заместителю¹. Оно, в свою очередь, начинается с изложения фактических обстоятельств дела (что, впрочем, не мешает другим судьям в своих решениях вновь описывать эти факты, несколько по-иному их интерпретируя), а также подлежащего разрешению вопроса права. Затем следует детальный разбор этих обстоятельств с точки зрения статутного и прецедентного права, Акта о правах человека 1998 г. и Евроконвенции 1950 г., иных международно-правовых документов, ратифицированных Великобританией, научной литературы. Важно, что после дела *Pepper v Hart* (1993 г.) британские судьи получили право обращаться к материалам парламентских слушаний, публикуемых в сборниках «Hansard», что, в свою очередь, открывает перед ними возможность осуществлять исторический обзор, касающийся истоков появления закона, и получать информацию о его обсуждении в парламенте.

Далее возможны два варианта развития событий: либо каждый судья в своем решении приводит все новую и новую аргументацию, наращивая тем самым аргументационное поле, которым оперирует Верховный Суд. Подобный подход, например, имел место при вынесении решения по «делу Ассанжа». Либо чаще всего ос-

¹ По подсчетам Б. Диксона, в 2011 г. президент или его заместитель участвовали в рассмотрении 50 из 60 дел, находившихся в тот год в производстве Верховного Суда, причем по 12 делам оба они заседали в одном судебном составе. См.: Dickson B. A supreme year? // [www.newLawjournal.co.uk](http://www.newlawjournal.co.uk).

тавшиеся судьи солидаризируются одним или несколькими предположениями с «лидирующим решением», как, скажем, это было в деле *Zakrzewski v The Regional Court in Lodz, Poland*, где к решению лорда Сампшна присоединились лорды Нейбергер, Керр, Кларк и Уилсон. Традиционно при этом используются такие фигуры речи, как «мне нечего добавить к решению достойного лорда Х». В период или «я согласен с решением достойного лорда Х». В период существования Апелляционного комитета Палаты лордов особой популярностью пользовался оборот «я имел удовольствие прочесть проект речи достойного лорда Х...»¹.

Следует подчеркнуть, что подобная практика не только не ушла в прошлое, но даже получила «второе дыхание» с назначением на пост президента Верховного Суда в конце 2012 г. лорда Нейбергера, который, насколько нам известно, активно ратует за то, чтобы решение, постановляемое от имени Суда, было одно (так называемое *composite opinion*). И хотя это заметно облегчает жизнь самим судьям и потребителям их продукции (прежде всего складывающиеся судам и практикующим юристам²), тем не менее складывающееся обыкновение косвенно способствует конформизму, при котором, как известно, имеет место механическое присоединение судебного состава к позиции того судьи, который осуществлял предварительную подготовку дела к слушанию или выступает по нему докладчиком. Однако не нами замечено, что всякое постороннее влияние, слепое следование авторитету, мнению большинства, так же как и в обыденной жизни, ведут к несвободе и отсутствию независимости, а уж судебское правосознание деформируют летально. Как заметил по отношению к этой практике лорд Хоуп, «нам следует ценить свою независимость друг от друга и право говорить то, во что мы верим»³. Кроме того, наметившаяся тенденция ли-

¹ Lord Hope. Writing judgments: judicial studies board annual lecture. – L.: JSB, 2005. – P. 3.

² Как вспоминал впоследствии лорд Кларк, «будучи апелляционным судьей, я провел много «счастливых часов», тщетно пытаюсь разобратся, где в речах судебных лордов скрыто *ratio decidendi*». (Lord Clarke. The Supreme Court – one year on // www.supremecourt.gov.uk).

³ Lord Hope. The creation of the Supreme Court – was it worth it? // www.supremecourt.gov.uk.

шает решения высшей судебной инстанции Великобритании той неповторимой игры мысли, которой всегда славились британские судьи и за которой так интересно следить читателю. Как следствие, возникает опасность, что со временем решения Верховного Суда превратятся, по выражению М. Вебера, из «личного творческого произведение судьи, которое цитируется по имени последнего, в анонимные и бюрократические решения судей, заседающих в европейских трибуналах»¹.

Справедливости ради отметим, что во избежание подобной психологической «ловушки» судье Верховного Суда предоставлено право заявить свое особое мнение, именуемое *dissenting judgment* (буквально «несогласное решение»). По подсчетам баронессы Б. Хэйл, особые мнения содержатся примерно в пятой части решений, принятых Верховным Судом, что вполне сопоставимо с аналогичным показателем, имевшим место в период существования Апелляционного комитета Палаты лордов, но заметно ниже доли особых мнений в Верховном Суде США или Высоком суде Австралии². Интересно, что лидерами по количеству заявленных особых мнений являются ирландец лорд Керр (он выступал с ними в отношении 15 % дел, в рассмотрении которых он принимал участие) и представитель Шотландии лорд Роджер (в отношении 15,9 % дел), которого, подобно американскому верховному судье О. У. Холмсу-младшему, некоторые коллеги называли «великим несогласным» (*the great dissenter*). Далее идут лорд Браун (14 %) и баронесса Б. Хэйл (9 %)³.

Удивительно, что даже в цивилизованной и либеральной Великобритании, воздвух которой, если вспомнить наш пример с черным рабом, буквально пропитан свободой, судьи, заявляющие особые мнения, нередко подвергнутся остракизму со стороны своих менее свободолобных коллег. В частности, резкой отповеди коллег был удостоен лорд Николс, употребивший в своем особом мнении по делу *R(Wardle) v Crown Court at Leeds* вместо обтекаемого английского политеса эпитеты «откровенный абсурд», «ни-

¹ Цит. по: Головкин Л. В. Указ. соч. – С. 15.

² Hale B. Judgment writing in the Supreme Court // www.supremecourt.gov.uk.

³ Lord Kerr. Dissenting judgments – self indulgence or self sacrifice ? // www.supremecourt.gov.uk.

чего, кроме бессмыслицы», «иррациональное решение», которыми он охарактеризовал позицию большинства¹. В этой связи уместно вспомнить, как 1 января 2010 г. Президент РФ Д. А. Медведев прекратил полномочия судьи Конституционного Суда А. Л. Кonoва, являющегося абсолютным лидером по количеству особых мнений, а другой судья – В. Г. Ярославцев, несколько реже прибегавший к указанной возможности, с ведома главы государства был исключен из состава Президиума Совета судей РФ. Стало быть, любая власть в любой стране мира рассматривает особое мнение как серьезную угрозу монолитной солидарности судебного корпуса, как некий сбой в системе властной вертикали, в которую, по ее убеждению, вмонтирован и высший судебный орган. Отличие, пожалуй, состоит только в степени суровости санкций, применяемых к несогласным (от корпоративного порицания до отставки с занимаемой должности). Как там у Андрея Вознесенского ? «Российская империя – тюрьма, но за границей та же кутерма...».

При характеристике аргументации, используемой Верховным Судом, важно учитывать, что в делах высокой сложности одна и та же проблема может быть выражена в абсолютно разных судебных решениях, содержание которых во многом будет зависеть от ценностных ориентаций и взглядов, разделяемых теми, кто правомочен эти решения принимать. И хотя диапазон таких отклонений, вызываемых действием субъективных факторов, объективно ограничен (главным образом статутным правом и предшествующими судебными прецедентами), тем не менее эти отклонения вполне достаточны, чтобы привести к неоднозначности правовых выводов и решений.

Например, в деле *R v Islam* судьям предстояло ответить на вопрос, можно ли считать цену за героин, негласно существующую на «черном рынке», рыночной. Лорды Мэнс, Хоуп и леди Хэйл в своих решениях пришли к выводу, что да, хотя бы по той простой причине, что иного критерия, к сожалению, не существует. Однако лорд Нейбергер не согласился с ними, указав в своем особом мнении, что такая постанова вопроса легализует нравы и представления преступного мира, косвенно способствуя стиранию

¹ Dickson B. Close calls in the House of Lords // From House of Lords to Supreme Court / Ed. by J. Lee. – Ox.: Hart Publishing, 2011. – P. 286.

границ между законодательными дефинициями и бандитскими «понятиями»¹. Аналогичная ситуация сложилась при разрешении дела *Campbell v MGN*. Фабула этого дела сводилась к тому, что топ-модель Наоми Кэмпбелл подала в суд на газету «Daily Mirror», опубликовавшую ее фотографии во время лечения в клинике для наркозависимых. Высокий суд встал на ее сторону, но апелляция (в которой тогда работал лорд Филлипс, будущий первый президент Верховного Суда) отменила решение первой инстанции. В конечном итоге, Апелляционный комитет Палаты лордов тремя голосами против двух констатировал нарушение права на неприкосновенность частной жизни манекенщицы со стороны репортеров, с чем не согласились лорды Николс и Хоффманн. Свою позицию они мотивировали, в частности, тем, что Кэмпбелл в своих многочисленных интервью и так никогда не скрывала своих проблем с наркотиками².

Добавим к сказанному, что на протяжении всех индивидуальных решений и особых мнений судей применяется сплошная нумерация, обозначающая арабскими цифрами каждый абзац, именуемый параграфом. Значительно повышает объем судебного решения также то, что подчас в него инкорпорируется текст нормативных актов, на которые ссылаются судьи³.

Помимо прочего, в британской правовой доктрине выработаны некоторые требования к аргументации, содержащейся в судебных решениях. В частности, в литературе отмечается, что доброкачественное (good quality) решение Верховного Суда должно соответствовать следующим критериям: 1) высказывания лордов, исполненные в нем, обязаны быть ясными и понятными читателю, по возможности не допускать двусмысленного толкования; 2) в решении должно быть показано, каким образом оно вытекает из предыдущей судебной практики (специфика, объясняемая существованием в Великобритании прецедентного права); 3) в аргументации

¹ Dickson B. Close calls in the House of Lords // From House of Lords to Supreme Court / Ed. by J. Lee. – Ox.: Hart Publishing, 2011. – P. 289.

² Ibid. – P. 299.

³ Подробнее см.: Hanretty C. The structure of Supreme Court judgments: eleven ways to leave one's mark // Cambridge Journal of International and Comparative Law. – 2013. – Vol. 2. – Issue 1. – P. 41-46.

нуждается каждое положение или каждое утверждение, которое ведет от проблемы к решению¹. Иногда по отношению к судебным актам применяют забавный тест, выражаемый формулой 206.853 – [(1.015)^w + (84.6)^s], где w – среднее количество слов в предложении, а s – среднее количество слогов в слове. Если при подсчете вы получили цифру более 50, то словесное оформление вашего решения вполне удовлетворяет требованиям английского языка².

Какими же аргументами чаще всего оперируют британские верховные судьи, помимо, разумеется, детерминированных прецедентной системой формально-логических (аналогия, индукция и проч.)? Думается, что таковых можно выделить четыре: а) литературно-публицистические; б) историко-правовые; в) сравнительно-правовые; г) международно-правовые. Остановимся на них подробнее.

Что касается **литературно-публицистических аргументов**, то отметим, что хотя они используются далеко не всеми судьями, тем не менее их востребованность при осуществлении правосудия, особенно в высших инстанциях, во сто крат выше, чем, например, в нашей стране. Так, в первом же своем решении в статусе судебного лорда по делу *Tesco Stores Ltd v Secretary of State for the Environment* (1995 г.) неоднократно упоминавшийся нами Л. Хоффманн процитировал отрывок из стихотворения самого недооцененного, по мнению газеты «Times», британского поэта XX ст. Ф. Ларкина³, а, скажем, старший судебный лорд Бингхэм не раз обращался к роману Ч. Диккенса «Холодный дом», в котором речь идет о жестокости и несправедливости канцлерского

¹ Dickson B. A hard act to follow: the Bingham Court, 2000-2008 // The judicial House of Lords: 1870-2009 / Ed. by L. Blom-Cooper, G. Drewry, B. Dickson. – N. Y.: Oxf. Univ. Press, 2009. – P. 271.

² Lord Hope. Writing judgments: judicial studies board annual lecture. – L.: JSB, 2005. – P. 6.

³ Творчество Филипа Ларкина (1922-1985 гг.) практически неизвестно украинскому читателю, поэтому не откажем себе в удовольствии привести небольшой фрагмент из одного его стихотворения: «Вы девичью фамилию, увы, с замужеством утратили. Отныне ни голоса, ни ваших легких линий она не означает; с кем-то вы сошлись законным образом, и прежней не стать вам семантически, той, нежной, той, юной: буквы милые мертвы...» (пер. А. Кушнера).

суда. И уж, конечно, сразу бросается в глаза зачин «лидирующего решения» первого президента Верховного Суда лорда Филлипса по делу *R v Governing Body of JFS*, в котором он процитировал отрывок из обращения пророка Моисея к народу израильскому на горе Синай (этого дела мы коснемся в подразделе 3.3 настоящего исследования). Специалист же по римскому праву лорд Роджер любил вводить в тексты своих решений вековые аксиомы права в их латинской транскрипции. Все это, по нашему мнению, свидетельствует о достаточно высоком уровне общей культуры судебных лордов, без которой, как известно, немислима культура правовая.

При постановлении решений Верховным Судом Великобритании широко используется **сравнительно-правовая аргументация**. Надо сказать, что в странах англосаксонской системы права, особенно в США, уже давно идет очень серьезная дискуссия о том, вправе ли национальные суды ссылаться в обоснование своих правовых позиций на зарубежное законодательство или решения, принятые их иностранными коллегами. Нередко даже звучат голоса о прямом законодательном запрете подобного рода акций. Недавно эту идею поддержал председатель Верховного Суда США Дж. Робертс, заметивший, что «в иностранном праве вы можете найти что угодно. Если вы не найдете чего-либо в судебных решениях Франции или Италии, оно обнаружится в решениях Сомали, Японии, Индонезии или еще какого-нибудь государства. Как кто-то сказал по другому поводу: смотреть на иностранное право в поисках поддержки – это как смотреть поверх толпы, выискивая своих друзей. Вы всегда сможете их там найти... И это действительно расширяет свободу усмотрения судей. Это позволяет судье оформить его или ее личные предпочтения, прикрыв их авторитетом прецедента и использовав его для толкования Конституции»¹.

Впрочем, и в американских, и в британских судебных решениях несложно встретить прямые отсылки к зарубежному праву и практике его применения, текстам решений органов конституционной юрисдикции зарубежных стран. Тот же Верховный Суд США в

¹ Цит. по: Lord Reed. Foreign precedents and judicial reasoning: the American debate and British practice // Law Quarterly Review. – 2008. – № 124. – P. 258.

деле 1976 г., касающемся интересов правительства Кубы, прямо сослался на судебную практику и доктрину Австрии, Бельгии, Канады, Великобритании, Египта, ФРГ, Греции, Гонконга, Италии, Филиппин и даже социалистической на то время Югославии¹. И неслучайно, поскольку, как заметил бывший судья Европейского суда по правам человека А. И. Ковлер, «в сложных исследовательских ситуациях, подобно дорожно-транспортным, важно иметь «боковое зрение», дабы следить за тем, как другие справляются со схожими проблемами»².

Прагматичные англичане давно осознали все преимущества свободного цитирования зарубежных прецедентов. К примеру, соответствующая интерпретация термина «прокуратура», заимствованная из французской теории и практики, стала одним из центральных аргументов Верховного Суда в «деле Ассанжа» хотя бы по той простой причине, что британское право не давало внятного ответа на вопрос, который надо было разрешить Суду (аргументацию, использованную в решении по данному делу, мы подробно разберем в подразделе 3.4 настоящего исследования).

Еще пример. В решении по делу *McFarlane v Tayside Health Board*, в котором рассматривался вопрос о том, можно ли считать средства на содержание здорового ребенка убытками, возмещения которых могут требовать его родители от врача, стерилизовавшего мужчину, но проведенного халатно постоперационные мероприятия, в результате чего жена пациента все же забеременела, была детально проанализирована соответствующая практика тех государств (главным образом ФРГ и Франции), где описанная проблема уже получила хоть какое-то нормативное регулирование. В этой связи лорд Стэйн особо подчеркнул, что «дисциплина сравнительного права не предусматривает составления перечня решений, вынесенных в разных странах. Она имеет другое неоценимое значение – направить наше внимание на значимость конкурирующих идей.

¹ Фрайот С. Использование Верховным Судом США иностранных источников права в делах, касающихся коммерческих и экономических вопросов: анализ установившейся практики и современных споров // Сравнительное конституционное обозрение. – 2011. – № 2. – С. 32.

² Ковлер А. Индивід як суб'єкт міжнародного права (повернення до дискусії) // Міжнародне право. – 2012. – № 1. – С. 35.

И это напоминает нам, что право является частью мира этих идей, испытывающих на себе влияние культурных отличий»¹.

Резюмируя, можно вслед за лордом Мэнсом повторить, что использование сравнительно-правовой аргументации в решениях британских судов, включая Верховный, преследует следующие цели: 1) прояснить с помощью зарубежного права нормы национальной законодательства; 2) дать национальным актам такое истолкование, которое вытекает из международных обязательств, взятых на себя Великобританией, и, наконец, 3) вынести судебное решение в соответствии с общепринятыми нормами жизни и принципами функционирования демократических правовых порядков².

Как уже стало ясно читателю, к сравнительно-правовой аргументации теснейшим образом примыкает **аргументация международно-правовая**. В британских условиях она связана преимущественно с той или иной интерпретацией соответствующих положений Евроконвенции 1950 г. Применительно к деятельности высшей судебной инстанции Соединенного Королевства эта проблема актуальна в том плане, что суд вынужден существенно корректировать свою практику и следовать решениям Европейского суда справедливости и Европейского суда по правам человека, построенным во многом на немецких и французских образцах. Однако «игра стоит свеч», поскольку такая аргументация способствует единому пониманию и восприятию во всей правоприменительной практике международно-правовых стандартов прав человека и прецедентов наднациональной Страсбургской юрисдикции. Более того, едва ли требует особого обоснования тот факт, что во многих случаях нормы европейского права содержат в себе более гуманные регулирование, чем предусмотрено внутригосударственным законодательством, базируются на широкой концепции прав человека, опосредуют правовые и нравственные идеи, отражающие итоги развития современного, демократического цивилизованного общества. Проиллюстрируем эту мысль на конкретном примере.

¹ Цит. за: Кьотц Х. Старі та нові проблеми порівняльного права // Порівняльне правознавство. – 2012. - № 1/2. – С. 92.

² Подробнее см.: Lord Mance. Foreign and comparative law in the courts // Texas International Law Journal. – 2001. - № 36. – Р. 415-426.

Долгие годы при оценке законности управленческих актов англичанами использовался так называемый «тест Веднесбери», в соответствии с которым акт мог быть нуллифицирован только в том случае, если он казался суду «настолько неразумным, что ни одно разумное должностное лицо не могло принять подобное решение». Как следствие, эти правила ставили перед заявителем крайне сложную задачу: он должен был доказать не просто нелогичность или неправомерность решения, а их крайнюю степень. Иными словами, степень неразумности должна быть настолько высока, чтобы представляться очевидной, понятной любому человеку. Однако в последние годы под влиянием европейских стандартов происходит постепенный отказ от обозначенного теста в пользу более гибкого подхода. Так, в решении по делу *R v Secretary of State for Defense* было указано на потребность в отказе от стандартов Веднесбери в пользу принципа пропорциональности как основного стандарта оценки актов управления, вытекающего из Евроконвенции и трансформировавшего ее в британский правопорядок Акта о правах человека 1998 г.¹

И, естественно, трудно переоценить роль **историко-правовой аргументации**. «Аргументы от истории предполагают, - пишет Р. Уитц, - что решение базируется на прочной, хорошо утвердившейся за долгое время основе. Иными словами, решения, основывающиеся на исторических отсылках, как бы защищают сложившееся статус-кво, создают впечатление стабильности и преемственности»². Указанное обстоятельство имеет особое значение для Англии, поскольку многие нормы неписаной британской конституции заложены в разного рода правовых обычаях и судебных прецедентах, насчитывающих подчас не одно столетие своего существования. Так, в решении по делу *R v Adams* (1996 г.) о выдаче ордера на обыск Апелляционный суд Англии и Уэльса обратил к решению 1784 г. В другом деле суд сослался на прецедент 1602 г. Наиболее часто обращение к старинным прецен-

¹ Подробнее см.: Judicial reasoning under the UK Human Rights Act / Ed. by H. Fenwick, R. Masterman and G. Phillipson. – N. Y.: Cambridge Univ. Press, 2007. – Р. 182, 183.

² Уитц Р. Об отсутствии определенности в толковании конституции // Консультационное право: восточноевропейское обозрение. – 2002. - № 1. – С. 27.

там применяется в области права собственности, наследственного права¹.

Примером такого подхода в деятельности Верховного Суда может послужить дело *Lucasfilm Ltd v Ainsworth*, суть которого сводилась к тому, что художник, работавший с режиссером Дж. Лукасом на съемках фильма «Звездные войны», несколько модернизировал созданный им же в 1977 г. шлем главных отрицательных персонажей фильма – имперских штурмовиков – и начал его производство в качестве сувенирной продукции в отрыве от компании Лукаса, которой принадлежали исключительные права на всю атрибутику фильма. Помимо прочего, судьям предстояло выяснить, подпадает ли игрушечный шлем под категорию «sculpture» в том смысле, в каком она понимается в Акте об авторском праве, дизайне и патентах 1988 г. и им охраняется. Для уяснения этого Верховный Суд обратился к истории создания данного акта, материалам парламентских слушаний, законодательству, действовавшему в стране до принятия обозначенного Акта, а именно Акту об авторском праве 1911 г. и аналогичному документу 1709 г., судебным прецедентам XIX и начала XX в. и т. д. Однако, повторимся, в условиях английского права, проникнутого глубоким историзмом и до сих пор сохраняющего в себе некоторые архаичные черты, обращение к историко-правовой аргументации является не просто демонстрацией сокрушительной эрудиции судей, как иногда это имеет место в случае с аргументацией литературно-публицистического характера, а, напротив, тем императивом, без обращения к которому нельзя справедливо разрешить дело. Ведь как не без иронии писал крупнейший киевский цивилист и основатель системы арбитражных судов в СССР Ю. Г. Матвеев, «если в Англии формально не отменены законы, карающие людей, предаваемых погоду, либо женщин, употребляющих косметические средства для сокрытия своих недостатков, то что тогда говорить о делах, решения по которым зависят от мельчайших, невидимых непрофессионалу тонкостей?»²

¹ Богдановская И. Ю. «Общее право»: конец «триумфа традиций» // Юридический мир. – 2003. - № 6. – С. 22.

² Матвеев Ю. Г. Предполагаемая реформа английского права // Советское государство и право. – 1966. - № 4. – С. 125.

Вместе с тем, наряду с обозначенными выше, Верховный Суд нередко прибегает еще к одной системе аргументации – научной доктрине, о которой мы поговорим в следующем подразделе.

3.2. Юридическая наука в Верховном Суде: падчерница или королева?

Не секрет, что в нашей стране на протяжении длительного времени воззрения ученых не определяли ни общей тональности судебных решений, ни аргументации, в них заложенной. По верному слову С. А. Пашина, делом академической науки было «обоснование с теоретических позиций колебаний генеральной линии партии, а также воплощение политических директив в четкие формулировки юридических норм»¹. Да и поныне прямые отсылки к правовой доктрине можно встретить лишь в двух решениях Конституционного Суда Украины². Низкая заработная плата научных работников словно лишний раз подчеркивает «вторичность» представителей академического сообщества в юридическом истеблишменте страны. Тем поучительнее для нас обращение к теории и практике стран «общего права» (common law), в данном случае Великобритании, в судах которой доктринальные положения успешно заполняют лакуны писаного права.

Прежде всего отметим, что развитие юриспруденции в странах английского языка существенным образом отличалось от аналогичного процесса в более близкой нам континентальной системе. В рамках последней, начиная со времен Древнего Рима, правовая доктрина рассматривалась в качестве полноценного источника права. Достаточно вспомнить закон «О цитировании юристов», изданный в 426 г., согласно которому трудам Папиниана, Павла, Ульпиана, Гая и Модестина придавалась юридическая сила, сопоставимая с законодательными нормами³. Да и впоследствии

¹ Пашин С. Чародей научных теорий // Российская юстиция. – 1994. - № 8. – С. 32.

² Подробнее см.: Евсеев А. П. Психология конституционного судопроизводства. – Х.: Юрайт, 2013. – С. 37.

³ Черниловский З. М. Римское частное право. – М.: Проспект, 2001. – С. 26.

научные абстракции, человеческий разум, а также деятельность ученых играли и продолжают играть решающую роль. Не случайно поэтому большинство правовых категорий, которыми оперируют континентальные судьи, например, «состав преступления», «оперативное управление имуществом», «издание не конституционного нормативного акта» и др., были выработаны не практикующими юристами, а практически полностью сложились в недрах юридической науки¹. Сказанное, хотя в это трудно поверить, было справедливо и по отношению к нашей стране, во всяком случае, до Октябрьской революции 1917 г., после которой гуманитарная, в частности юридическая, наука была низведена до описанной в начале подраздела непритязательной роли, во многом утратив свое определяющее значение для процесса правоприменения.

Любопытно, как характеризуют взаимоотношения судей и научных работников в странах континентальной системы англичане. «Легче увидеть члена британских Апелляционного или Верховного Судов на конференции в Оксфорде, - пишет оксфордский профессор А. Браун, - чем члена итальянского Кассационного суда на конференции в Риме. Сказанное справедливо и по отношению к Франции, хотя представители академического сообщества приглашают членов высших судов на свои мероприятия. Немецкие судьи посещают конференции, но только те из них, которые касаются вопросов судейства. Если конференция посвящена другой тематике, то они, как правило, ограничиваются передачей тезисов своих непроизнесенных выступлений»².

¹ С этой позицией был несогласен выдающийся харьковский цивилист С. И. Вильянский. Как он писал еще в 40-х гг. прошлого века, «обобщения, познания, принципы вырабатываются наукой, но нормативное значение они приобретают через судебную практику... Наука, можно сказать, подказала, обосновала эти положения, но правоположениями они стали через судебную практику. Рассматривать науку как источник права, это все равно, что смешивать повальную бабку с роженницей». (Вильянский С. И. Значение логики в применении правовых норм // Ученые записки Харьковского юридического института им. Л. М. Кагановича. - 1948. - Вып. III. - С. 103).

² Braun A. Judges and academics: features of a partnership // From House of Lords to Supreme Court / Ed. by J. Lee. - Ox.: Hart Publishing, 2011. - P. 231.

Иначе складывалась ситуация в Соединенном Королевстве. Как указывает Л. В. Головки, «в отличие от континентальных правовых систем, где великие имена правоведов представлены именами авторов трактатов и ученых (Дома, Порталис, Жени), в странах «общего права» великие имена правоведов - это имена судей (Джон Маршалл, Оливер У. Холмс, Эрл Уоррен)»¹. Отмеченное противоречие объясняется тем, что если в континентальной Европе все юридическое творчество было формально и официально выведено за пределы максимально бюрократизированных законодательства и судебной практики, составив третий элемент правовой деятельности - знаменитую доктрину, то в англосаксонских странах судья остался творцом правовых идей, работающим в некоем свободном измерении².

В подтверждение этих слов обратимся к происхождению привычной в последнее время широкое распространение концепции «снятия корпоративной вуали» (piercing the corporate veil). Ее суть, как известно, заключается в том, что суд может привлечь акционера к ответственности в связи с недостаточной капитализацией компании в том случае, если: 1) компания выступает в качестве агента своего акционера и 2) если она служит фасадом для прикрытия его интересов³. Между тем основные параметры этой доктрины, случаи, при которых суд, фигурально выражаясь, вправе «пронзить вуаль», были выработаны англо-американскими судьями в процессе отправления правосудия и получили свое формальное закрепление в решениях *Salomon, Jones v Lipton* и др.

А. М. Михайлов, глубокий знаток данной проблематики, подчеркивает, что появлению таких юридических конструкций, как презумпция «разумного человека», эстопп, практически все деликтное право, правило «года и одного дня» (согласно которому никто не может быть признан виновным в совершении убийства, если смерть потерпевшего последовала по истечении года и одного дня

¹ Головки Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. - 2010. - № 6. - Т. 10. - С. 14.

² Там же. - С. 15.

³ Подробнее см.: Верещагин А. Н. Фактор недостаточной капитализации в корпоративном праве Англии и США // Закон. - 2010. - № 4. - С. 2.

после совершения действий, ставших причиной смерти) и многих других, англичане обязаны опять-таки собственным судьям¹.

Данная историческая особенность формирования англо-американского права, в котором явно и недвусмысленно преобладает судебная практика как ведущий источник права, проливает свет на то, почему вплоть до начала 1960-х гг. количество британских ученых-профессоров было незначительным даже в чисто количественном отношении. Так, согласно подсчетам видного компаративиста Дж. Белла, к 1975 г. в сфере подготовки юридических кадров и проведения фундаментальных исследований в области права было занято всего 692 человека (впрочем, к 1996 г. их количество возросло до 2440)². Не случайно, в Англии до середины XIX в. вовсе не было юридических факультетов университетов и не существовало такого правоведения, которое заслуживало бы называться «наукой» в континентальном значении данного понятия. Впрочем, в функциональном смысле роль науки выполняла доктрина судебного прецедента, а в качестве правотворцов выступали английские судьи.

В то же время описанная ситуация не дает нам права ставить знак равенства между положением юридической науки в странах английского языка и нашей. Наряду с вышеуказанными невыгодными для ученых обстоятельствами, ссылки на доктрину издавна были укоренившейся традицией английских судов. Как полагает Р. Уолкер, около двенадцати английских авторов могут претендовать на то, чтобы их работы были признаны источником права. Среди них Блэкстон, Кок, Гленвилл, Литтлтон и др.³ Просто на предыдущие судебные решения, исходя из концепции *stare decisis* («стоять на решенном»), судьи ссылаются значительно чаще, чем на доктрину. В нашей же стране ссылки на доктрину как самостоятельный аргумент судебного решения даже в Конституционном Суде носят без преувеличения единственный характер.

¹ См.: Михайлов А. М. Судебная власть в правовой системе Англии. – М.: Юстицинформ, 2009. – С. 304-327.

² Bell J. *Judiciaries within Europe: a comparative review*. – N. Y.: Cambridge University Press, 2006. – P. 327.

³ Уолкер Р. Английская судебная система. – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 191-196.

Кроме того, существует еще одно отличие. Следует признать, что украинский судья, во всяком случае в судах общей юрисдикции, занят преимущественно тем, что осуществляет формально-логический акт наложения диспозиции соответствующей нормы на существующие признаки модели, сформировавшейся у него в голове. Что касается его английского коллеги, то он, по образному выражению Л. В. Головки, напоминает скорее «*university professor*», фонтанирующего идеями *de lege ferenda*¹, поскольку последний, исходя из традиции «свободного цитирования», вправе сослаться на любые источники, включая научные труды, обычаи делового оборота и, конечно же, предшествующие судебные решения (подчас иностранные).

Остановимся теперь на положении юридической науки непосредственно в Верховном Суде Соединенного Королевства.

Надо сказать, что влияние науки, которую, кстати говоря, можно понимать широко и не сводить исключительно к правовой доктрине, пронизывает деятельность Верховного Суда с разных сторон. Скажем, Суд не чурается достижений научно-технического прогресса, обогнав в этом отечественный орган конституционной юрисдикции. Подтверждением этому служит проект, разработанный с февраля 2012 г. В соответствии с ним Верховный Суд Великобритании первым в мире среди высших судов государств будет извещать о своих решениях через сеть микроблогов «Twitter». Использование сервиса микроблогов, в свою очередь, позволит оперативно и просто информировать подписчиков о деятельности Суда. Нельзя не упомянуть и о прямых видеотрансляциях, осуществляемых из зала заседаний Верховного Суда по сети «Интернет»². В среднем веб-сайт Верховного Суда в месяц просматривает около 19 тыс. пользователей из разных стран мира³.

Последняя из обозначенных практик получила распространение не только в Соединенном Королевстве. Так, в Конституционном

¹ Головка Л. В. Указ. соч. – С. 18.

² Кудрявцева Е. В. Тенденции развития английского гражданского процессуального права после принятия Правил гражданского судопроизводства // Вестник гражданского процесса. – 2012. – № 2. – С. 179.

³ Филипп Н. Верховный Суд – новый шаг в конституционной истории Соединенного Королевства // Конституционный контроль. – 2012. – С. 132.

Суде РФ (по крайней мере до его переезда в г. Санкт-Петербург) все аккредитированные при Суде журналисты предвзято и избивались о заседаниях, обеспечивались необходимыми материалами, им создавались благоприятные условия для производства записи. В Конституционном Совете Франции регламент предусматривает проведение прямой аудиовидеотрансляции в помещении, расположенном в здании Совета, в которое всегда открыт вход публике. Также председательствующий, предвзято и спросив мнение сторон, может разрешить трансляцию заседания в Интернете¹.

Однако дело, разумеется, не в технических новинках и приспособлениях. Влияние науки на судебную деятельность определяется отнюдь не интернетизацией здания Суда (хотя на всей территории Middlesex Guildhall действует высокоскоростной Wi-Fi), а прежде всего тем, насколько соответствующие научные доктрины и концепции влияют на внутреннее судебное убеждение и находят свое отражение в решениях юрисдикционного органа. В этой связи симптоматично, что нынешний президент Верховного Суда лорд Нейбергер, характеризуя взаимоотношения вверенного ему суда и академической науки, применил поэтическую метафору, заимствованную у американского поэта Г. Лонгфелло. По мнению Нейбергера, судейство и научная деятельность соотносятся как два одиноких корабля, однажды переклинувшиеся друг с другом перед тем, как замолкнуть навек². Но так ли обстоит дело в действительности?

Прежде всего отметим, что в английских судебных решениях (Верховный Суд – не исключение) цитируются, как правило, не все, а лишь те ученые, которые покинули наш бренный мир. Дело в том, что в Великобритании на протяжении вот уже нескольких столетий действует принцип «мертвый лучше читается» (better read when dead)³. Лорд Рейд оправдывал существование этого правила, в частности, тем, что умерший профессор уже никогда не из-

¹ Подробнее см.: Евсеев А. П. Указ. соч. – С. 62, 63.

² Lord Neuberger. Judges and professors – ships passing in the night? // www.judiciary.gov.uk.

³ Duxbury N. Jurists and judges: an essay on influence. – Ox.: Hart Publishing, 2001. – P. 78.

менит своей точки зрения на проблему, подлежащую разрешению в судебном порядке¹. Конечно, можно долго спорить об обособности и целесообразности данного принципа, однако следует считать с его существованием. Поэтому, скажем, цитирование лордом Мэнсом в своем особом мнении по «делу Ассанжа» учебника международного права, принадлежащего перу Я. Броунли, было не только данью памяти покойного друга (сэр Броунли погиб в авиакатастрофе во время беспорядков в Каире в начале 2010 г.), но также реализацией возможности, открывшейся ему лишь после этого трагического события. Однако тот факт, что при жизни ученые-правоведы редко цитируются в судебных решениях отнюдь не означает, что они не цитируются вовсе. Более того, можно с уверенностью утверждать, что удельный вес научных цитат стабильно увеличивается.

Английская исследовательница К. Стэнтон наглядно демонстрирует эту тенденцию на примере практики Апелляционного комитета Палаты лордов, сложившейся в отношении дел, вытекающих из обязательств по причинению вреда. Если в 1991 г. при разрешении дела *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police* комитет вовсе не обращался к каким бы то ни было доктринальным источникам, то уже четырьмя годами позднее в деле *Page v Smith* лорд Ллойд использовал учебник «Clerk & Lindsell on Torts» и несколько научных статей по соответствующей тематике. Наконец, спустя еще четыре года, при разрешении дела *White v Chief Constable of the South Yorkshire* ситуация изменилась кардинальным образом – все без исключения судебные лорды обильно пересыпали свои речи цитатами из классиков англо-американского деликтного права².

В этом контексте занятно сравнить английский и американский подходы к цитированию. Если труды ученых цитируются в решениях высшего британского суда в меру (sparingly – как любят говорить сами англичане), то Верховный Суд США в последние десятилетия охватила настоящая «мания цитирования», в особенности толковых словарей и словарей юридической лексики. По

¹ Paterson A. The Law Lords. – L.: Macmillan Press Ltd, 1982. – P. 17.

² Stanton K. Use of scholarship by the House of Lords in tort cases // From House of Lords to Supreme Court / Ed. by J. Lee. – Ox.: Hart Publishing, 2011. – P. 202.

подсчетам ученого из университета Огайо Л. Баума, непосредственное упоминание названных изданий в решениях Верховного Суда и особых мнениях судей возросло с 3,3 % в последние пять лет функционирования «Суда Бергера» (1981-1986 гг.) до 33,3 % в 2008-2010 гг.¹

Кроме того, следует учитывать также неосознанное, подспудное влияние некоторых философских и правовых концепций на мировоззрение верховных судей. В Англии существуют целые научные школы, стремящиеся объяснить, как тот или иной мыслитель повлиял на исход судебного спора в отношении конкретного дела. В частности, исследователем Дж. Ли убедительно доказано, что многие из утверждений лорда Хоффмана, высказанные им в решениях Апелляционного комитета, буквально навеяны работами известного американского философа права Р. Дворкина². А вот что указал в своей речи по делу *Hunter v Canary Wharf Ltd* лорд Гофф: «Не хочется, чтобы читатель думал, будто бы я не обращался при разрешении данного дела к соответствующим научным трудам. Конечно, обращался; более того, для меня это обычная повседневная практика, когда я обращаюсь к тем источникам, которые подтверждают мою позицию, не критикуя однако те из них, которые моей позиции противоречат»³.

Было бы желательно, чтобы и в Украине Конституционный Суд в своих решениях приводил ссылки на те доктринальные источники, которые ложатся в обоснование принимаемой правовой позиции. Равным образом допустимо упоминание научных воззрений, с которыми Суд не соглашается. В обоих случаях упоминание в тексте актов имен ученых и их работ, в которых затрагивается обсуждаемый вопрос, делает решение более авторитетным и наделяет его большей убеждающей силой.

Следует согласиться с А. Н. Верецагиным и А. Г. Карапетовым в том, что такая практика, помимо прочего, создавала бы важные стимулы для самой науки. Не секрет, что последняя в странах

¹ Brudney J., Baum L. Oasis or mirage: the Supreme Court's thirst for dictionaries in the Rehnquist and Roberts eras // www.ssrn.com.

² См.: Lee J. Fidelity in interpretation: Lord Hoffmann and 'The Adventure of the Empty House' // *Legal Studies*. – 2008. – Vol. 28. – № 1. – P. 1-19.

³ Цит. по: Stanton K. Op. cit. - P. 207.

СНГ находится в крайне удручающем состоянии. У юристов, в принципе имеющих потенциальный интерес к научным изысканиям, зачастую не оказывается достаточных побуждений заниматься наукой. Деятельность эта практически не оплачивается. Нематериальные же цели, которые, по сути, и должны побуждать научный интерес, у нас в стране достаточно туманны. Зачастую у ученого нет ощущения, что его труд вообще будет прочитан и воспринят теми, кто реально влияет на формирование правового регулирования. Поэтому вероятность того, что вклад ученого будет честно признан в решении высшей судебной инстанции, как это имеет место в Великобритании, повысит престиж академической работы и будет способствовать оживлению научных исследований. Например, в США авторитет научных теорий и школ регулярно измеряется по индексу цитируемости соответствующих статей и монографий в судебных решениях¹.

В этом отношении характерен пример, приводимый известным английским компаративистом греческого происхождения Б. Маркезинисом, когда один из английских лордов, решив «обойти» прецедентное судебное решение, построенное на аргументации другого лорда, сославшегося на концепцию Аристотеля о «распределительной юстиции», попросил адвоката «пробежаться» по электронным базам данных и подготовить справку, часто ли английские судьи ссылались в прошлом на Аристотеля. Результат его более чем удовлетворил: обнаружилась лишь одна ссылка на решение по налоговому спору, т. е. низкая цитируемость Аристотеля послужила контраргументом против судебного прецедента².

Справедливости ради отметим, что иногда в тексте судебных решений стран «общего права» можно встретить прямую полемику с научной доктриной (дело, совершенно немислимое для Украины, где многие судьи, да простится нам это утверждение, не только не знакомы с новейшими философскими течениями, но даже не в состоянии грамотно прочесть текст судейской присяги, как, скажем, это имело место при ее принятии членами Кон-

¹ Верецагин А. Н., Карапетов А. Г., Тай Ю. В. Пути совершенствования правоохранительной деятельности ВАС РФ // *Вестник ВАС РФ*. – 2013. – № 6. – С. 33.

² Markesinis B. Comparative law in the courtroom and classroom. – Oх.: Hart Publishing, 2003. – P. 216.

ституционного Суда в 2006 г.). К примеру, в одном из решений Высокого суда Австралии сказано, что наука должна в большей степени развивать новые категории небрежности по аналогии с существующими категориями, нежели чрезмерно расширительно толковать уже имеющиеся базовые конструкции¹. Что касается Великобритании, то еще в 1965 г. Палата лордов при рассмотрении дела *Button v Director of Public Prosecutions* обратила внимание на ошибки, содержащиеся в трудах Арчболда и Рассела, хотя обе эти работы по-прежнему считаются классическими в области уголовного права². А в решении Апелляционного Суда Англии и Уэльса от 10.05.1971 г. говорится о том, что «юридическая теория должна уступать дорогу практической политике»³.

По нашему мнению, сам факт полемики с учеными свидетельствует о признании их значительной роли в британском правовом рядуке и, если угодно, об известных надеждах, которые связывают с ними практические работники (насколько эти надежды оправданы – другой вопрос), о наличии некоего дискурса, в который на равных погружены, как сказали бы у нас, и «теоретики», и «практики». Примечательно, что среди судебных лордов существует даже известная специализация касательно тех доктринальных источников, которыми они обычно руководствуются. Так, лорд Хоуп зарекомендовал себя как выдающийся знаток шотландской научной литературы, лорды Гофф и Бингхэм не раз показывали себя тонкими ценителями сравнительно-правовых материалов, а лорд Роджер привносил в дискуссию свое знание римского права, которое, кстати говоря, он на протяжении двух лет преподавал в Оксфорде⁴.

В целях более красноречивой демонстрации динамики взаимодействия, сложившегося между юридической наукой и высшей судебной инстанцией Соединенного Королевства, крайне важно сопоставить статистику востребованности судьями научных материалов. Так, в уникальном в своем роде исследовании А. Патерсона

¹ Головки Л. В. Указ. соч. – С. 9.

² Уолкер Р. Указ. соч. – С. 197.

³ Цит. по: Лукашук И. Научный комментарий права и судебная практика // Советская юстиция. – 1993. – № 14. – С. 5.

⁴ Stanton K. Op. cit. – P. 223.

на, базирующемся на личных беседах автора с судебными лордами, приводится следующая информация (по состоянию на начало 1980-х гг.): из девятнадцати судей, когда-либо бывших судебными лордами, четверо являлись официальными подписчиками английских правовых журналов «Law Quarterly Review» и «Modern Law Review», пятеро регулярно их просматривали, еще трое (включая легендарного лорда Деннинга) читали их от случая к случаю и четверо толком не знали об их существовании¹.

Однако уже на протяжении 1990-2009 гг. тот же журнал «Law Quarterly Review» цитировался в их решениях 58 раз, а «Modern Law Review» – 17. Наиболее часто прибегают к научным источникам лорды Кук (22 упоминания доктрины в 5 судебных речах), Бингхэм (56 упоминаний в 18 речах), Гофф (68 упоминаний в 22 речах), Стэйн (101 упоминание в 37 речах)². В новом Верховном Суде лидерами по количеству ссылок на научную доктрину являются лорды Кларк, Мэнс и вплоть до своей отставки в 2013 г. лорд Уокер. Кроме того, многие судьи сами являются авторами серьезных доктринальных исследований. В их числе баронесса Хэйл, автор нескольких учебников и обзоров судебной практики по семейному праву, и лорд Роджер, незадолго до своей кончины выпустивший очередную монографию под названием «Суды, церковь и конституция».

В заключение хотелось бы обозначить еще один канал проникновения специальных знаний в судебные аудитории. Это, конечно же, институт экспертов и так называемых *intervenets* («третье лицо, вступившее в процесс»).

Что касается экспертов, то необходимо учитывать, что в странах семьи «общего права», как правило, не существует нейтральной категории «эксперт» – есть «эксперты сторон», причем классифицируются они в зависимости от того, какая из сторон вызвала или привела эксперта в суд³. Именно по этой причине в Верховном Суде США заключения эксперта (*amicus curiae*) абсолютно пред-

¹ Paterson A. Op. cit. – P. 14, 15.

² Stanton K. Op. cit. – P. 224-226.

³ Подробнее см.: Головки Л. В. Материалы к построению сравнительного уголовно-процессуального права // Труды юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова. – Кн. 11. – М.: Правоведение, 2009. – С. 260, 261.

сказуемы и в подавляющем большинстве случаев нейтрализуют друг друга при том, что сам суд лишен права прибегнуть к независимой от сторон экспертизе (иное, с точки зрения англосаксов, нарушало бы доминантно-правовой принцип состязательности, распространяющийся в равной мере и на конституционную юрисдикцию). Не стоит также забывать, что стороны не только приглашают экспертов, но и финансируют их деятельность. Как следствие, эксперты заранее проговаривают свою позицию по делу в присутствии соответствующей стороны спора. Вместе с тем, не отказываясь полностью от принципов состязательной экспертизы, австралийское законодательство ныне предусматривает, что эксперты сторон должны давать заключение в суде совместно, т. е. одновременно обсуждать нюансы дела, задавать друг другу вопросы, отвечать на вопросы судей и сторон и т. д. В результате едва ли не единственной страной, сохранившей на сегодняшний день ортодоксальные англосаксонские подходы в отношении экспертизы, остаются США.

Сразу оговоримся, что в отличие от Конституционного Суда Украины в Верховном Суде Соединенного Королевства под экспертами понимаются отнюдь не специалисты в области права, призванные дать скрупулезный анализ научных исследований по обсуждаемой правовой проблеме. Согласно ст. 35 Правил Верховного Суда последний имеет право на основании запроса сторон или по собственной инициативе назначить одного или нескольких представителей для помощи в технических моментах. На языке Акта о конституционной реформе 2005 г., учредившем Верховный Суд, такие узкопрофильные специалисты в своей области именуются «специально квалифицированными советниками» (*specialty qualified advisers*). Как видим, институт экспертизы в Верховном Суде в чем-то сродни нашему пониманию этого явления в общих судах, в соответствии с которыми юридические познания не относятся к числу специальных, а значит, экспертом может быть лишь лицо, обладающее специальными знаниями в вопросах, не касающихся права, например, в области техники, искусства или ремесла.

Насколько нам известно, практика использования экспертов в Верховном Суде Великобритании ограничена преимущественно делами, связанными с интеллектуальной собственностью. На-

пример, это имело место в ходе рассмотрения дела *Lucasfilm Ltd v Ainsworth*, суть которого сводилась к тому, что художник, работавший с режиссером Дж. Лукасом на съемках фильма «Звездные войны», несколько модернизировал созданный им же в 1977 г. шлем главных отрицательных персонажей фильма – имперских штурмовиков – и начал его производство в качестве сувенирной продукции в отрыве от компании Лукаса, которой принадлежали исключительные права на всю атрибутику фильма. Следовательно, судьям предстояло определить – являются ли шлемы, созданные в 1977 и 2004 гг., идентичными или нет. Для того, чтобы облегчить суду поиск ответа на этот вопрос, был привлечен эксперт.

Несравненно более популярной формой привнесения дополнительной информации в процесс является институт «третьих лиц» (*intervener*). В соответствии со ст. 26 Правил Верховного Суда после получения разрешения суда на подачу апелляции, отправки уведомления об апелляции любое лицо: а) представить государственной или неправительственной организации, желающих сделать заявления в целях защиты интересов обществу; б) любое лицо, заинтересованное в процессе в целях предоставления юридической оценки; в) любой участник процесса в судовой инстанции или лицо, чьи заявления были приняты во внимание в соответствии со ст. 15 Правил, имеют право получить разрешение суда на участие в процессе по поводу апелляции. На сегодняшний день, как свидетельствует статистика, по 40 % дел, рассматриваемых Верховным Судом, привлекаются «третьи лица». Если общее количество дел, в которых принимают участие «третьи лица», принять за 100 %, то в 41 % случаев таковыми являются неправительственные организации, 36 % – Правительство, 15 % – государственные органы, 4 % – конкретные личности и в таком же количестве – частные компании¹. При этом следует подчеркнуть, что *interveners* всегда выступают на чьей-то конкретной стороне – апелланта или ответчика – и соответственно выражают позицию одной из противоборствующих сторон, что полностью соответствует описанной выше интерпретации англосаксами принята состязательности.

¹ Статистические данные приведены по: The UK Supreme Court: taking stock two years on. – L.: UCL Judicial Institute, 2011. – P. 19.

С точки зрения интересующей нас проблемы участие «третьих лиц» имеет важное значение еще и потому, что оно способствует расширению диапазона судебного познания. Как следствие, судьи получают дополнительную возможность сослаться в своих решениях на аргументацию, озвученную в ходе процесса «третьими лицами» или переданную ими суду в письменной форме. К примеру, в решении лорда Филлипса по делу *R v Governing Body of JFS* приведена информация, предоставленная ему «Объединенной синагогой», Советом британских евреев и рядом других общественных организаций. В этой связи показательно, что если в последние годы существования Апелляционного комитета Палаты лордов (2005-2009 гг.) с участием «третьих лиц» было вынесено 97 решений, то на протяжении 2009-2012 гг. Верховный Суд привлекал данную категорию участников судопроизводства уже по 113 делам¹.

Подводя итог и отвечая на вопрос, вынесенный в заголовке данного подраздела, можно констатировать, что судьи Верховного Суда Соединенного Королевства, как и их нижестоящие коллеги, все чаще и чаще используют научную аргументацию при разрешении спорных вопросов, цитируют различные рода литературные источники и, не стесняясь, приводят обширные фрагменты из них в текстах собственных решений. Так что, по-видимому, уже совсем скоро юридическая наука из «Золушки» судопроизводства превратится в настоящую королеву. Лондонское время – без пяти минут двенадцать.

3.3. Защита прав человека в Верховном Суде: первые итоги

Защита прав человека без преувеличения является одним из ведущих направлений деятельности Верховного Суда, приступившего к работе 1 октября 2009 г.² Однако завидная активность но-

¹ Neudorf L. Intervention at the UK Supreme Court // Cambridge Journal of International and Comparative Law. – 2013. – Vol. 2. – Issue 1. – P. 29.

² Острые на язык британские репортеры, стремясь подчеркнуть новаторскую роль Верховного Суда в правоприменении Соединенного Королевства, окрестили день его открытия «второй Октябрьской революцией».

вой судебной инстанции в деле защиты прав и свобод обусловлена не столько доброй волей ее членов, сколько проистекает из ряда коренных особенностей британской модели судебного контроля.

Дело в том, что, став членом Совета Европы, Великобритания, как и другие члены этого межгосударственного объединения, приняла на себя обязательство неуклонно соблюдать международные договоры, в том числе в области, касающейся защиты основных прав и свобод человека, а равно обеспечить приоритет международным нормам в данной области по отношению к соответствующим нормам своего внутреннего права (как писаного, так и неписаного). Однако уже на первых шагах реализации такого рода обязательств обнаружилось существенные практические трудности. При разбирательстве конкретных судебных дел нередко начали возникать проблемы определения соответствия или несоответствия норм национального права международным стандартам в сфере прав и основных свобод человека. Как и в других странах, включая Украину, источником трудностей явились в основном неподготовленность судей и должностных лиц иных правоохранительных органов к прямому применению норм международных договоров, а также полная неясность в том, кто (какой орган или должностное лицо) вправе принять решение о несоответствии национальных правовых предписаний нормам международного права и определить вытекающие из этого правовые последствия, признать конкретное предписание закона или подзаконного акта либо прецедент не подлежащим применению¹.

Опыт подсказал настоятельную необходимость издания специального закона, который мог бы содействовать преодолению возникших трудностей, особенно в условиях отсутствия писаной Конституции. Таким законом стал Акт о правах человека (Human Rights Act) от 9 ноября 1998 г. (далее – Акт)². Основное содержание

¹ Подробнее см.: Гуденко К.Ф. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии // Уголовный процесс западных государств / Под ред. К.Ф. Гуденко. – М.: Зерцало-М, 2002. – С. 58-60.

² С его переводом на русский язык можно ознакомиться по: Закон о правах человека 1998 г. // Конституционный контроль в зарубежных странах: учеб. пособие / Отв. ред. В.В. Маклаков. – М.: Норма, 2007. – С. 165-176. Здесь и далее цитаты из этого Акта приводятся по данному изданию.

ние Акта составляют положения о порядке толкования и уяснения так называемых конвенционных прав, т. е. тех, что предусмотрены в ст. ст. 2-12 и 14 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее – *Евроконвенция*), ст. ст. 1-3 Первого протокола и ст. ст. 1 и 2 Шестого протокола к ней. По верному слову ирландского исследователя Б. Диксона, «принятие данного Акта существенным образом изменило ситуацию с правами человека в Соединенном Королевстве, трансформировав ее из состояния значительной неопределенности относительно перечня и содержания прав, защиты которых можно требовать от государства, в состояние высокой точности не столько даже каталога прав как таковых, сколько категорий истцов, которые могут отстаивать эти права, должностных лиц, действия которых можно обжаловать, и, быть может, самое главное – условий, при которых эти права могут быть законно ограничены»¹.

Кроме того, не будем забывать, что в период с 1975 г. (рассмотрение первого английского дела в Страсбургском суде) по 1998 г. (принятие Акта о правах человека) Соединенное Королевство выступало ответчиком по жалобам своих граждан 97 раз и при этом проиграло половину дел, в том числе касающихся права на жизнь («Гибралтарское дело», «Осман против Великобритании» и др.). Обнаружилось также расхождение английских норм с гарантиями прав, закрепленных *Евроконвенцией*, однако английские суды не могли преодолеть наметившееся противоречие, ибо были не вправе применять конвенционные нормы, не инкорпорированные во внутреннее право страны².

Принятие данного Акта оказало существенное влияние на британскую судебную практику в отношении прав и свобод. Во-первых, в соответствии со ст. 2(1) любой английский суд, включая Верховный, обязан при рассмотрении дела принимать во внимание практику Европейского суда по правам человека в той мере, в какой она имеет отношение к возникшему в процессе вопроса о правах человека, закрепленных в *Евроконвенции*. А во-вторых,

¹ Dickson B. Human rights and the United Kingdom Supreme Court. – Oxf.: Oxford University Press, 2013. – P. 31.

² Иванова И. К. Соединенное Королевство: большая конституционная форма // Труды ИГП РАН. – 2008. – Вып. 6. – С. 185.

обычное и делегированное законодательство должно толковаться и применяться так, чтобы это согласовывалось с правами человека, закрепленными в *Евроконвенции* (ст. 3(1)).

Исходя из этого обстоятельства, абсолютно логичным выглядит предписание ст. 4 Акта о том, что за высшими судами (Высоким, Апелляционным и, разумеется, Верховным) закрепляется право издавать «декларацию о несоответствии» (declaration of incompatibility) национального законодательства правам человека, закрепленным в *Евроконвенции*, а за парламентом и административными органами – право вносить на основании этих деклараций соответствующие изменения в законодательство. И, наконец, действия органов публичной власти объявляются неправомерными в той мере, в какой они не согласуются с правами человека, закрепленными в *Евроконвенции* (ст. 6(1)), а гражданам предоставляется возможность возбуждать судебный процесс в связи с такими действиями (ст. 7(1) Акта).

К числу достоинств Закона следовало бы, разумеется, отнести и то обстоятельство, что в нем с учетом трудностей, которые возникли и возникают в практике прямого применения названных выше международных документов, приводятся тексты соответствующих статей этих документов и (что очень важно) тех оговорок и заявлений, которые были сделаны при их ратификации. В основном тексте Акта четко определено юридическое значение оговорок и заявлений. В целом Акт призван исключить разнобой в прямом применении важных международных документов, организовать внутрисударственные правовые предписания от производного столкновения и способствовать стабилизации правоприменительной практики. Он заслуживает внимания компетентных властей всех государств, ратифицировавших основные европейские межгосударственные соглашения в области прав и основных свобод человека и имеющих искреннее намерение последовательно и неуклонно соблюдать их.

Вышеизложенное подводит нас к мысли о том, что универсальным правовым масштабом, которым является конституция в европейских правовых порядках, в Великобритании служит указанный Акт, выступающий, в свою очередь, критерием для проверки решений и действий, оцениваемых по шкале «правовое-неправовое».

Как следствие, именно права человека, закрепленные в Евроконвенции и гарантированные обозначенным Актом, выступают для Верховного Суда основным мерилом его деятельности. Отсутствие писаной конституции, традиционно закрепляющей компетенционные полномочия высших органов власти, и замена ее Актом о правах человека повышает правозащитный потенциал Верховного Суда еще и потому, что он может позволить себе не отвлекаться на «разборки» между различными властями, подтверждающими свои доводы ссылками на конституционные положения, как это имеет место в конституционных судах Европы. В результате Верховный Суд Соединенного Королевства оказывается наиболее востребованным и эффективным именно в сфере защиты прав человека.

Как мы отмечали ранее, важнейшей особенностью британской модели судебного контроля является право Верховного и других высших судов издавать «декларацию о несоответствии». В известной степени она является модификацией широко известной на континенте процедуры «признания акта неконституционным». Между тем британская версия имеет существенные отличия. Прежде всего норма национального законодательства признается не совместимой не с Основным Законом (которого в Великобритании нет), а с соответствующим положением Евроконвенции и практикой его истолкования Европейским судом по правам человека и иными структурами, в частности европейскими Комиссией и Комитетом Министров.

Кроме того, «декларация о несоответствии» не обладает той степенью неумолимости, которая присуща решениям конституционных судов. Формально у парламента и других властных структур существует лишь *право* привести свое законодательство в соответствие с «декларацией», в то время как нормы, признанные неконституционными, даже в Украине теряют свою юридическую силу в момент признания их Конституционным Судом таковыми. Как указывает И. А. Кузовков, подобные отличия между британской и среднеевропейской моделями конституционной юстиции обусловлены, помимо прочего, нежеланием разработчиков концепции нового судебного органа каким-то образом нарушить или умалить принцип парламентского суверенитета, считающийся на протяжении столетий системообразующим для британской госу-

дарственности¹. Очевидно, что исходя из этого принципа, только парламент может изменять или отменять акты, им же принятые.

Сказанное отнюдь не означает, что британские суды рассматривают предоставленное им право как досадное обременение, носящее исключительно рекомендательный характер и не способное повлиять на реальное положение дел в стране. Совсем нет. Если мы обратимся к статистике, то по состоянию на апрель 2013 г. суды Великобритании в общей сложности издали 28 таких «деклараций» (8 из них впоследствии были отменены вышестоящими инстанциями как необоснованные)². В отношении же оставшихся двадцати можно констатировать, что законодатель прислушался к позициям судов, в результате чего во все без исключения дефектные акты были внесены необходимые изменения. В частности, подобному пересмотру на основании вынесенных судебных решений подверглись Акт о психическом здоровье, Акт о половых преступлениях, Акт об уголовном судопроизводстве, ряд норм иммиграционного законодательства, законодательства о социальном обеспечении и проч. Важно, что в пяти случаях «деклараций» принимал Апелляционный комитет Палаты лордов (четыре – по собственной инициативе, и одну – при подтверждении решения Отделения королевской скамьи Высокого суда).

Что касается Верховного Суда, то он пока лишь однажды, а именно в решении 2010 г. по делу *R (F and Thompson) v Secretary of State for Justice*, издал подобную «декларацию», вернее поддержал ранее вынесенную Административным судом. Дело в том, что в соответствии со ст. 82 Акта о половых преступлениях 2003 г. на лицах, осужденных за половые преступления, лежала обязанность уведомлять (notification requirement) правоохранительные органы о своем местонахождении в течение неопределенного срока, а фактически – на протяжении всей жизни. Законодательного же механизма пересмотра или обжалования такого порядка не существовало. Суд счел, что данная норма противоречит ст. 8 Евро-

¹ Кузовков И. А. Теоретические проблемы апелляционного производства в судах Англии и Уэльса: Дисс.... к. ю. н.: спец. 12.00.15. – М.: МГУ, 2006. – С. 48.

² Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act 1998 // www.lse.ac.uk.

конвенции, гарантирующей каждому право на уважение частной и семейной жизни. Как следствие, 30 июля 2012 г. в Акт о половых преступлениях были внесены соответствующие поправки, предусмотревшие возделенный механизм.

Внимательный читатель, наверное, уже обратил внимание на то, что в названиях решений, постановленных Верховным Судом, всегда фигурируют конкретные имена физических лиц (*Ambrose v Harris*) или наименования лиц юридических (*Eweida v British Airways*). В этом нет ничего удивительного, поскольку любое дело, рассматриваемое Верховным Судом, представляет собой не что иное, как конкретный уголовно-правовой, гражданско-правовой или административно-правовой спор, возникший между определенными участниками правовых отношений и дошедший до высшей судебной инстанции Соединенного Королевства¹. В силу этого главной для Верховного Суда становится задача разрешить спор по существу, а не выяснить доброкачественность (или недоброкачественность) правового акта, подлежащего применению в данном деле. Именно по этой причине Верховный Суд, разрешающий в течение года в среднем около шести десяти дел, вынес за все время всего лишь одну «декларацию о несоответствии».

Данное обстоятельство позволяет охарактеризовать судебный контроль, осуществляемый Верховным Судом, как конкретный. Известно, что в теории процессуального права различаются два вида нормоконтроля: абстрактный и конкретный. Как указывает Т. Г. Морщакова, эта классификация, принятая во многих странах, связывается с тем, осуществляется ли проверка нормы вне какого-либо правоприменительного процесса или, напротив, в связи с необходимостью выяснить, допустимо ли ее применение по конкретному делу². В Великобритании мы имеем дело как раз с конкретным судебным контролем за законодательством, поскольку в основе дела, рассматриваемого Верховным Судом, всегда лежит

¹ По статистике около 81 % дел, рассматриваемых Верховным Судом, составляют гражданско-правовые споры, 12 % - уголовные дела и 7 % - дела административные (споры с органами публичной власти). См.: The UK Supreme Court: taking stock two years on. – L.: UCL Judicial Institute, 2011. – P. 10.

² Морщакова Т. Г. Нормоконтроль // Процессуальное право: Энцикл. сл. / Отв. ред. Т. Е. Абова и др. – М.: НОРМА, 2003. – С. 259.

апелляция на решение нижестоящего суда в отношении того или иного спора. Если же при его рассмотрении выяснится, что норма, в соответствии с которой этот спор должен быть разрешен, противоречит Акту о правах человека или Евроконвенции, то в таком случае Верховный Суд вправе издать «декларацию о несоответствии», формально не обладающую прямым действием. Обжаловать в Верховный Суд непосредственно норму права апелляция не вправе, как и Верховный Суд не в состоянии самостоятельно лишить ее юридической силы, проигнорировав тем самым волю законодателя.

Хочется подчеркнуть, что дела, которые доходят до Верховного Суда и действительно содержат актуальный и важный вопрос права, как правило, не могут быть разрешены путем механической дедукции из какой-либо ясной нормы статута или прецедента. Они либо сопряжены с необходимостью неочевидного выбора того или иного толкования нормы, либо требуют восполнения пробела в статуте или судебной практике, либо даже прямого уточнения или коррекции смысла нормативного положения в тех случаях, когда его буквальное применение приводит к неприемлемым с политико-правовой точки зрения результатам. «Во всех таких случаях, - указывают А. Н. Верещагин и А. Г. Карапетов, - конечный выбор толкования в рамках соответствующей «интерпретивной развилки», дизайн создаваемого Судом в пробельной зоне прецедента, а равно решимость Суда вынести решение в отступлении от буквального смысла законодательной нормы, как правило, есть следствие некоего процесса балансирования различных и зачастую противоречащих друг другу ценностей»¹.

Остановимся теперь на тех делах в практике Верховного Суда, в которых особенно силен правозащитный мотив.

Глубоко символично, что в первом же своем деле – *R v The Governing Body of JFS & Others*, слушание которого началось 1 октября 2009 г., Верховный Суд столкнулся с необходимостью защитить права человека. Поводом для рассмотрения этого дела послужило то, что гражданин Е. обжаловал отказ принять

¹ Верещагин А. Н., Карапетов А. Г., Тай Ю. В. Пути совершенствования правотворческой деятельности ВАС РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2013. - № 6. – С. 31.

своего 13-летнего сына в еврейскую религиозную школу. Отказ администрации школы зиждился на том, что в нее принимают только тех ребят, которые признаны евреями Управлением Главного Раввина. В свою очередь, таковыми могут считаться лишь те, которые происходят от еврейской матери или от женщины, перешедшей в ортодоксальный иудаизм. И хотя отец учащегося был евреем, тем не менее его мать еврейкой никогда не была (она итальянка) и, как большинство итальянок, исповедовала католичество.

Верховный Суд в своем решении от 16.12.2009 г. пятью голосами к четырем констатировал нарушение Акта о национальных отношениях 1976 г. на том основании, что национальная принадлежность участника правоотношений (в данном случае учащегося) была положена в основу административного решения в качестве необходимого и достаточного критерия, а значит налицо дискриминация по национальному признаку, запрещенная ст. 1 упомянутого Акта. При этом тот неоспоримый факт, что школа носит религиозный характер и рассчитана на определенный контингент, не выглядел убедительно для Суда, поскольку последний при разрешении данного дела руководствовался методом «взвешивания» конфликтующих ценностей (balancing exercise), в соответствии с которым доминантно-правовая задача борьбы с национальной дискриминацией имеет безусловный приоритет перед необходимостью следовать школьным правилам. Кроме того, Верховный Суд предписал школе разработать новый тест определения «еврейской идентичности, не связанный с национальностью субъекта»¹. Впрочем, это уже совсем другая тема...

В том же 2009 г. большой общественный резонанс вызвало решение Суда по делу *In Re B (A Child)*. Оно касалось интересов трехлетнего мальчика, родители которого развелись еще до его рождения. Все это время ребенка воспитывала его бабушка по материнской линии. Однако спустя несколько лет после рождения ребенка отец вспомнил о нем и стал требовать, чтобы

¹ Доктринальный анализ этого решения см.: Mancini S. To be or not to be jewish: the UK Supreme Court answers the question // European Constitutional Law Review. – 2010. - № 6. – P. 481-502.

малыш стал жить с ним и его новой женой, на что бабушка, разумеется, ответила отказом. Суд по семейным делам, рассматривавший дело по первой инстанции, отклонил притязания отца, мотивировав это тем, что не следует прерывать заботу и образ воспитания, которые бабушка обеспечивала ребенку на протяжении трех лет и намеривалась обеспечивать в дальнейшем. Однако Высокий и Апелляционный Суды встали на сторону отца. Основной аргумент, которым руководствовались суды, состоял в соответствующей интерпретации слов лорда Николса, замечавшего в одном из решений Апелляционного комитета Палаты лордов, что «есть все основания полагать, что воспитание ребенка биологическими родителями в большей степени соответствует его интересам».

Верховный Суд отменил решения нижестоящих судов, подержав первоначальную позицию Суда по семейным делам. В частности, Верховный Суд несколько подкорректировал слова Николса, специально указав, что последний был неправильно понят. Действительно, слова Николса означали, что по общему правилу ребенку легче, когда он воспитывается теми людьми, от которых он был рожден. Однако главным критерием при определении того, с кем следует оставаться ребенку, является все же его благополучие (welfare). В свою очередь, определять последнее следует из фактических обстоятельств каждого конкретного дела. Очевидно, что в данных обстоятельствах (развод биологических родителей, трехлетнее забвение ребенка отцом) благополучие ребенка в большей степени будет обеспечено в случае воспитания его бабушкой.

И, конечно, последним по времени резонансным решением Верховного Суда стало постановление по делу *Smith and others v The Ministry of Defense* от 19.06.2013 г., позволившее семьям погибших или раненых в Ираке военнослужащих подавать в суд на британское правительство за причиненный ущерб. Верховный Суд пришел к выводу, что семьи, полагающие, что Минобороны не выполнило свои обязанности по обеспечению надлежащей защиты члена их семьи, не предоставив соответствующее оружие или бронетехнику, могут подавать иски о возмещении вреда. Впрочем, судьи сделали оговорку о том, что некоторые действия,

в частности приказы, принятые в разгар сражения, оспорить нельзя (на языке международного права это называется «боевой иммунитет»).

Здесь следует иметь в виду, что согласно интерпретационной практике Европейского суда по правам человека императив ст. 2 Евроконвенции, гарантирующей право на жизнь, не сводится исключительно к негативному запрету лишать человека жизни; на государственные власти в определенных случаях ложится также позитивная обязанность использовать практические превентивные меры для защиты лица, жизнь которого находится в опасности. Поэтому, по мнению заявителей, Минобороны должно было обеспечить безопасность собственных солдат, исключив случаи, когда солдаты гибли под огнем своих (так называемый «friendly fire»). В то же время «золотые галуны» Минобороны напирала на то, что ни Акт, ни Евроконвенция в данном деле применяться не могут, поскольку британские военнослужащие, в том числе рядовой Джейсон Смит, попавший под огонь своих, не были под юрисдикцией Соединенного Королевства. Более того, они вовсе находились за пределами европейского континента – в Ираке.

Верховный Суд отверг позицию Минобороны. По мнению британского суда, в этой спорной ситуации следует руководствоваться решениями Страсбургского суда по делам Аль-Скейни и Аль-Джедда, в соответствии с которыми именно Великобритания несет международно-правовую ответственность за действия своих войск в Ираке, вне зависимости от многонационального характера действовавших там коалиционных сил¹. Фабула дела заключалась в том, что шесть иракских гражданских жителей были обосновательно лишены жизни в зоне ответственности британского военного контингента. Тогда Европейский суд по правам человека пришел к выводу, что несчастные иракцы находились под сенью правовых гарантий, предоставленных Евроконвенцией, в той мере, в какой иракская территория находилась под контролем Соединенного Королевства, ратифицировавшего Евроконвенцию.

¹ Подробнее см.: Мунтян Л. Аль-Скейни и другие против Великобритании // Международное правосудие. – 2012. - № 1. – С. 6-14; Голубок С. Аль-Джедда против Великобритании // там же. – С. 15-19.

Следовательно, в деле *Smith and others v The Ministry of Defense* следует применить тот же подход. Основываясь на нем, Суд сформулировал правовую позицию, согласно которой «территориальная юрисдикция государства осуществляется во всех случаях, когда оно через своих агентов осуществляет власть и контроль над определенной территорией». Отсюда делается вывод, что действие Евроконвенции и Акта о правах человека распространяется за пределы географических границ Соединенного Королевства, включая военную службу за рубежом.

Касался Верховный Суд и столь актуальной для Украины проблемы депутатской неприкосновенности. В 2010 г. трое бывших членов Палаты общин и лорд Хэннингфилд были обвинены в злоупотреблении финансового характера, в частности, предоставлении неверных отчетов о своих расходах, что нарушало Акт о краже 1968 г. и влекло за собой уголовную ответственность. Коммонеры, обосновывая свою неподсудность, опирались на принцип парламентской автономии (*exclusive cognisance*), в соответствии с которым Парламент самостоятельно распоряжается своими делами и делами своих членов без вмешательства каких-либо других структур, включая правоохранительные. Также акцент делался на положении Билля о правах 1689 г., согласно которому «свобода слова, прений и всего того, что происходит в парламенте, не может подаваться повода к преследованию или быть предметом рассмотрения в каком-либо суде или месте, кроме парламента»¹.

Верховный Суд в решении по данному делу, получившем название *R v Chaytor and others*, единогласно постановил, что парламентский иммунитет, касающийся главным образом свободы слова на заседаниях палат Парламента и парламентских комитетов, не распространяется на борьбу с преступным поведением его членов. При оценке той или иной деятельности парламентария за пределами Вестминстерского дворца необходимо принимать во внимание, во-первых, характер этой деятельности, то, насколько она является правомерной, а во-вторых, насколько она связана с основной, законодательной деятельностью и не вредит ли она ей.

¹ Цит. по: Хрестоматия по всеобщей истории государства и права: Учеб. пособие / Под ред. З. М. Черниловского. – М.: Гардарики, 1996. – С. 163.

В этой связи очевидно, что финансовые махинации, в совершении которых обвиняли апеллянтов, не только не обусловлены природой их деятельности как законодателей, но, напротив, являются общественно порицаемыми и подрывающими авторитет законодательного органа. Следовательно, заявители подлежат уголовной ответственности на общих основаниях.

После событий 11 сентября 2001 г., да и лондонских терактов 2005 г., резко увеличилось количество дел, связанных с ограничением прав человека в связи с различными террористическими угрозами. В частности, в 2010 г. Верховный Суд вынес решение по делу *Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others*. Фабула этого дела сводилась к следующему. В 2006 г. ООН издала приказы (orders), в соответствии с которыми банковские счета лиц, замешанных в контактах с «Аль-Каидой» и «Талибаном», подлежали аресту. На основании этих актов Казначейство Ее Величества «заморозило» счета М. Дж. Ахмеда и его деловых партнеров в Великобритании на том основании, что их имена были прямо названы в упомянутых актах ООН в числе предпринимателей, сотрудничавших с У. бен Ладеном. Арабы, уже имевшие к тому времени британское подданство, обжаловали это решение в несколько судов, включая Верховный. Последний отменил распоряжение Казначейства на том основании, что Акт об ООН 1946 г., которым руководствовались Казначейство, не предусматривал каких-либо принудительных ограничений для прав британских граждан. Такие ограничения могут устанавливаться только парламентом в специальной законодательной процедуре, чего сделано не было. Распоряжения же ООН, как и любые другие источники международного права, действуют на территории Соединенного Королевства лишь в той мере, в какой они получили поддержку со стороны национального законодателя.

Однако не будет преувеличением сказать, что все эти дела, во всяком случае, в глазах мировой общественности, затмил судебный процесс в отношении американского гражданина Дж. Ассанжа.

3.4. Резонансные дела в практике Верховного Суда (на примере «дела Ассанжа»)

*Мысль, которая не опасна, недостойна того, чтобы называться мыслью
О. Уайльд¹*

I.

Судьбу Джулиана Ассанжа нельзя рассматривать в отрыве от такого гораздо более широкого, чем конкретное судебное дело, феномена, как американская радикал-бунтарская традиция. Однако едва ли не первой трудностью, возникающей при знакомстве с ней, является заведомая неопределенность ее места в американском правовом сознании. В научной литературе существуют различные, даже противоположные по своей концепции подходы к решению этого вопроса.

Согласно первому американское общество является всецело бунтарским, своего рода «нацией диссидентов»². С этой точки зрения США были основаны бунтарями-идеалистами, спасавшимися от феодально-религиозных гонений Старого света. Поэтому неслучайно в Декларации независимости 1776 г. нашло свое закрепление право нации на восстание, выражающееся в том, что «если данная форма правительства становится губительной..., то народ имеет право изменить или уничтожить ее и учредить новое правительствo, основанное на таких принципах и с такой организацией власти, какие, по мнению этого народа, всего более могут способствовать его безопасности и счастью»³. Тем самым радикал-бунтарская традиция, как никакая иная, конституируется в Америке на высшем, законодательном уровне.

¹ По прихоти судьбы в конце 2010 г. Дж. Ассанж находился в той же Уандсвортской тюрьме, в которой когда-то отбывал наказание великий английский писатель-диссидент О. Уайльд.

² Речицкий В. В. Политическая активность. Конституционные аспекты. – К.: Сфера, 1999. – С. 130.

³ Цит. по: Конституции зарубежных государств / Сост. В. В. Маклаков. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 310.

Согласно же второму подходу, которого придерживается и автор настоящих строк, наиболее значимой, глубинной политической правовой традицией в США является центризм, причем чуть ли не доведенный до банального конформизма. Речь идет о «тяготении» американцев к некоему идейно-политическому центру, предполагающему нетерпимое отношение к экстремальным явлениям в правде и политике и стремление к достижению согласия на основе компромисса¹. Аргументы сторонников этой точки зрения сводятся к следующему: во-первых, право американской нации на восстание так никогда и не было реализовано и вряд ли будет осуществлено в дальнейшем. Во-вторых, личная судьба большинства бунтарей была до предела драматичной. Они не только не достигали вершин политической власти, но даже те из них, которые ее уже имели, без особых трудностей оттуда изгонялись. Достаточно вспомнить судьбы Роберта Ф. Кеннеди или даже Т. Пейна, одного из отцов-основателей США, активного участника Филадельфийского конституционного конвента 1787 г. Как известно, после опубликования своего трактата «Аграрная справедливость» (1791 г.), где он подверг критике социальные контрасты в молодой Американской республике и выступил против крупной земельной собственности, Т. Пейн был объявлен *persona non grata*, обвинен во всех мыслимых и немыслимых пороках, а после смерти его прах был вывезен в Англию². Так что, говоря словами У. Бакли, хотя американцы и «молились либеральному евангелию», на деле они поддерживали консервативные порядки³.

И, наконец, в-третьих. На протяжении вот уже нескольких веков наиболее просвещенные слои американского общества, а равно «широкая публика», демонстрируют приверженность одним и тем же политическим силам (демократам и республиканцам), одним и тем же конституционно-правовым институтам (*major institutions*),

¹ Баталов Э. Я. Политическая культура современного американского общества. – М.: Наука, 1990. – С. 185.

² Гиленсон Б. А. История литературы США: Учеб. пособие. – М.: Академия, 2003. – С. 35.

³ Мельвил А. Ю. Консервативная традиция и современное консервативное политическое сознание // Современное политическое сознание в США / Отв. ред. Ю. А. Замоскин. – М.: Наука, 1980. – С. 125.

одной и той же структуре власти в стране (*power structure in the country*). Это выражается, в частности, в относительной стабильности американской Конституции, непопулярности как крайне левых (Компартия США), так и крайне правых политиков и политических сил (Х. Лонг, Б. Голдуотер, в какой-то степени Дж. Маккейн), социальной инерции, на которую наталкиваются прогрессивные общественные движения (например, Движение за гражданские права или против войны в Ираке).

Таким образом, если ориентация на бунт, которая сформировала убеждения многих жителей английских колоний в XVIII в., еще была востребована в период их борьбы за независимость, то сегодня, по нашему убеждению, она вытеснена из американского правового сознания, воспринимающего саму идею радикальной перестройки Американского государства как подрывную. Более того, многие представители американской политической элиты искренне убеждены в том, что в современном обществе, достигшем высокого уровня экономического развития и высоких стандартов потребления, не осталось противоречий и неудовлетворенных массовых притязаний, способных взорвать его. Говоря словами Ф. Фукуямы, «...современная форма социального и политического устройства *полностью удовлетворительна* для людей в самых существенных отношениях»¹.

Между тем, в любой стране всегда будут люди, готовые бороться с существующим порядком вещей. И не просто бороться, а предлагать разумную программу позитивных действий. Ведь, как писал в своем блестящем эссе А. Камю, «бунтующий человек – это человек, говорящий «нет». Но отрицая, он не отрекается: это человек, уже первым своим действием говорящий «да»². Поэтому, безусловно, не стоит воспринимать американских бунтарей как сплошных нигилистов, готовых отказаться от старого не потому, что оно плохое, а только потому, что старое. Совсем нет. Многие из их конституционно-правовых идей вполне созвучны надеждам и устремлениям передовой части американского юридического общества, с успехом восприняты вашингтонской администрацией

¹ Фукуяма Ф. Конеч истории и последний человек. – М.: АСТ, 2004. – С. 219.

² Камю А. Бунтующий человек. – М.: Политиздат, 1990. – С. 127.

Б. Обамы. В числе последних можно назвать отказ от чрезмерной идеологизации, навязчивого морализаторства в духе Дж. Буша - младшего, здравый подход к насущным проблемам внутренней и международной жизни (ибо, как полагают бунтари, «дела громче слов»).

Сегодня, как и раньше, среди ключевых фигур американской культуры мы встречаем немало ярких представителей когорты бунтарей – в их числе М. Гибсон, М. Мур, О. Стоун, В. Редтрейв, отчасти К. Тарантино и др. Как писал И. В. Кормильцев, «у всех у них есть общий знаменатель, присущий всему поколению «свидетелей Вудстока», – бескомпромиссный идеализм, порожденный глубокой уверенностью в том, что человека и человеческое общество можно и нужно переделать к лучшему. Сперва в Америке, а затем – повсеместно»¹.

В нашей печати, особенно в периодических изданиях, немало говорилось об этих людях и в целом коллизии их жизни достаточно хорошо известны украинскому читателю. Однако «за кадром» все время остается один принципиальный момент. За время администрации У. Клинтона и Дж. Буша-младшего в Америке выросло новое протестное поколение – так называемое «поколение тысячелетия» (millennium generation или millennials). Данное обстоятельство следует подчеркнуть особо, поскольку, как писал Т. Уайт, «молодежь в американской истории никогда не рассматривалась в качестве группы, имеющей самостоятельное значение... Юный возраст считался чем-то вроде воспаления glands, которое, безусловно, пройдет со временем, когда молодые люди в свой черед станут родителями и налогоплательщиками»².

Millennials охватывают молодых людей в возрасте от 18 до 29 лет, рожденных в 1980-1990-х гг., становление которых пришлось как раз на период после окончания «холодной войны». Они образуют самую многочисленную электоральную группу в США, насчитывающую от 80 до 95 миллионов человек. Как показывают результаты социологического опроса, проведенного «Center for

¹ Кормильцев И. Поколение Икс: последнее поколение ? // Иностранная литература. – 1998. - № 3. – С. 227.

² White T. America in Search of Itself. The Making of the President 1956-1980. – N.Y.: Atheneum Publishers, 1982. – P. 111.

American Progress», представители этого поколения не без основания считают, что консервативная политика предыдущих лет не была к ним справедлива. В этой связи показательно, что millennials выступают за более широкое вовлечение государства в решение социально-экономических проблем, в частности, 57 % опрошенных поддерживают введение в США универсального медицинского страхования, 87 % опрошенных полагают, что именно государство должно взять на себя эту функцию, 95 % опрошенных считают, что правительство должно больше тратить на образование. При этом millennials весьма активно ходят на выборы и участвуют в политической жизни страны¹. Поэтому, естественно, что нынешняя Америка с двумя захватническими войнами и республиканским постулатом о том, что «осуществлять социальные программы – значит плодить бездельников», заслуживает с их точки зрения только одной участи – отрицания. Указанное обстоятельство, по видимому, будет оставаться существенным фактором формирования всех последующих форм радикал-бунтарского правосознания в Америке. Не учитывать этого нельзя.

И еще одно соображение. Какое все это имеет отношение к Украине ? Думаается, что самое непосредственное. Во-первых, в нашей стране отчетливо наметилась тенденция к более широкому использованию правовых моделей, заимствованных не из континентальной, а из англо-саксонской правовой семьи. Достаточно вспомнить конституционный проект, разработанный под руководством член-корреспондента НАНУ В. Н. Шаповала, в котором были отражены многие достижения американского и, в некоторой степени, британского опыта (вспомним, к примеру, идею совмещения постов министра и парламентария). Однако заимствование правовых институтов семьи общего права должно идти рука об руку с изучением правовых традиций и правосознания, в русле которых эти институты функционируют. Как писал сам В. Н. Шаповал, «зарубежный опыт, концентрированно выраженный в политико-правовой теории и практике наиболее развитых стран, отнюдь не должен служить мерилom для прогнозирования и программирования конституционного развития Украины. Лишь разумное сочетание этого опыта с существующими в нашей стране

¹ www.thedemocraticstrategist.org/ac/2007/03.

традициями способно обеспечить не только должную преемственность, но и перспективы такого развития¹. В противном случае, любые попытки перенесения иностранных конструкций на нашу доморощенную почву будут обречены на провал.

Во-вторых, США являются одним из наиболее динамичных экономических партнеров Украины (только в течение 2002-2004 гг. темпы роста взаимной торговли увеличились на целых 66 %²). А значит, украинским ученым-юристам необходимо хотя бы «вчерне» представлять, какие процессы происходят сейчас в государственно-правовой жизни этой страны. Кроме того, без определенной доли радикал-бунтарского правосознания, в особенности среди украинской молодежи, была бы немислима «Оранжевая революция» 2004 г. Следовательно, исследуя соответствующие процессы в американском правосознании, мы тем самым становимся ближе к пониманию аналогичных процессов в нашей стране, среди наших сограждан.

Остановимся теперь, хотя бы и бегло, на конкретных элементах данной формы сознания.

Отношение к государству. В целом радикал-бунтарь разделяет представление правящей администрации о кризисном состоянии Американского государства (достаточно сказать, что в 2012 г. среднегодовой дефицит федерального бюджета составил 1,1 триллиона долларов). Однако критическое отношение выражено у него в гораздо более резких тонах. Бунтарь не просто считает нынешнюю Америку несовершенной – он ненавидит ее и стремится порвать с ней. Особый акцент в критике государства делается на его силовых органах – ЦРУ, полиции, армии. И не случайно, поскольку при конфронтации с системой бунтарям (тем же антиглобалистам) приходится сталкиваться не с корпорациями или Белым домом, а именно с репрессивной машиной, что укрепляет их предствления и о репрессивности государства в целом. Бунтарь также поддерживает вывод о кризисе американских институтов и цен-

¹ Шаповал В. Н. Британская конституция (политико-правовой анализ): автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.02. – К.: Киев. ун-т им. Т. Г. Шевченко, 1992. – С. 3.

² Парканский А. Б. Экономические отношения США с Украиной // США-Канада: экономика, политика, культура. – 2005. - № 2. – С. 34.

ностей, наметившемся в последние годы и приобретающем к тому же все более отчетливо выраженные тоталитарные черты, когда путем сочетания грубого насилия с изощренным манипулированием (СМИ, реклама) «часть» (индивид) подчиняется «целому» (система), а любые оппозиционные тенденции быстро пресекаются. Особенно удачно это показано в киносценарии М. Мура «Где моя страна, чувак?» (к слову, М. Мур был одним из тех, кто в Великобритании вносил за Ассанжа залог). В подтверждение этого тезиса бунтарь ссылается на процессы концентрации экономической, политической и военной власти в руках элиты и одновременно на попытки ее перераспределения в пользу власти президентской, на возникновение системы институционально-бюрократического авторитаризма, при которой народ лишается возможности осуществления эффективного контроля над собственным правительством, а деятельность разветвленной государственной машины становится во многом иррациональной и непредсказуемой как в плане эффективности, так и в плане наличия разумной, функционально оправданной цели. Поэтому ощущая более остро, чем демократ, свое полное безвластие, бунтарь объявляет существующие государственные институты не просто неэффективными – он видит в них чистую фикцию, за которой опять-таки скрывается репрессия.

Вообще для бунтаря, по справедливому замечанию Э. Я. Баталова, слишком многое в современном мире носит открыто репрессивный характер. Репрессивна мораль, пронизанная фальшью и квазирыночной конкуренцией. Репрессивна семья, нередко построенная на основе этих принципов. Репрессивно искусство, утратившее «критическое измерение». Наконец, репрессивен сам разум, на котором зиждется все здание современной цивилизации¹.

Какую же альтернативу или, как говорят американцы, «remedy» предлагает бунтарь? Свободное, нерепрессивное общество рисуется ему в виде «сетевых государств», в которых отсутствует жесткая иерархия, в виде децентрализованных, саморегулируемых, контролируемых снизу общин, функционирование которых предполагает «радикальную реконструкцию человеческого опыта на

¹ Баталов Э. Я. Леворадикальная традиция и современное леворадикальное политическое сознание // Современное политическое сознание в США / Отв. ред. Ю. А. Замошкин. – М.: Наука, 1980. – С. 317.

основе «разотчужденных» социальных принципов, таких, как личная открытость, взаимная помощь, непосредственность контактов и т.д.»¹. Особую роль в новом государственном механизме бунтарь отводит различным формам непосредственной демократии, прежде всего – референдумам, которые никогда не проводились в Америке на общенациональном уровне. К счастью, с недавних пор этот опыт уже начал частично реализовываться в Калифорнии. Каждый взрослый житель этого штата может выступить автором закона. И если этот проект соберет подписи хотя бы 5% населения штата, то такой проект будет вынесен на референдум.

В этой связи, кстати говоря, становится понятным тот интерес, который испытывают американские бунтари по отношению к странам Африки и Латинской Америки (симптоматично, что политическое убежище Ассанжу предоставил именно Эквадор). Во многом именно благодаря коллективным методам государственного управления, в противовес американскому индивидуальности за процессу принятия решений и индивидуальной ответственности за их исполнение (location responsibility), «третий мир» ассоциируется в сознании бунтарей с подлинным народовластием, антибюрократизмом, нравственной чистотой вождей и народа, их взаимопониманием и единством, а также со многими другими ценностями – подлинными и мнимыми, отсутствие которых в цивилизованном мире бунтарь столь остро ощущает. Как видим, образ «благородного дикаря» (и в этом весь М. Гибсон с его «Апокалипто»¹), вдохновлявший когда-то Европу, приходит теперь на помощь радикальной Америке, взрывающей на «третий мир» не только как на источник нравственного вдохновения, но и как на важный фактор государственной трансформации США, который, сомкнувшись с внутренней оппозицией в Америке, мог бы сыграть решающую роль в уничтожении «системы».

Отношение к праву. Поскольку бунтарь ориентирован на разрыв с государством, то он чувствует себя внутренне свободным и от права – его норм, принципов, законов, полагаясь при этом на собственные представления о должном и справедливом. Однако он не может и преуменьшать его роль как социального регулятора. Не случайно, такие сугубо юридические проблемы, как

¹ Баталов Э. Я. Философия бунта. – М.: Политиздат, 1973. – С. 62.

проблема социального равенства, расовый вопрос, в целом права человека, вопросы войны и мира – всегда находились в центре правосознания радикал-бунтара. Более того, бунтари испытывают повышенный интерес именно к конституционному законодательству. И если раньше, в 60-х гг., это были сегрегационные законы, ограничивающие права негритянского населения, то сегодня, вне всякого сомнения, внимание бунтаря приковано к ключевому антитеррористическому закону США – «Акту патриота» 2001 г. (Patriot Act).

Человеческому сознанию вообще свойственна тенденция к акцентированию какого-то одного элемента сложной системы или даже отождествление последней с этим элементом – будь-то ГАИ, бюрократия и т.п., наиболее доступного для уяснения на базе собственного опыта и вместе с тем воплощающего в концентрированном виде основные пороки системы. Однако акцент бунтаря на Patriot Act вполне оправдан. Этот закон является беспрецедентным для демократического мира. В частности, упомянутый документ содержит в себе следующие положения: а) создание системы онлайн-ного наблюдения за Интернетом, обменом сообщениями по электронной почте и посещением сайтов (от себя заметим, что система «Capivore», разработанная выходцами из бывшего Советского Союза, позволяет «зацеплять» и сообщения лиц, не являющихся объектами оперативного наблюдения в Сети); б) полномочие правоохранительных органов проводить осмотры и обыски помещений негласно, причем «при наличии разумных оснований» без санкции федерального суда, что является прямым нарушением IV-ой поправки к Конституции США; в) установление контроля за иностранными гражданами, получившими студенческую визу; г) возможность раскрытия банковской тайны (опять-таки без санкций федеральных судов) и, наконец, д) возможность нарушения конфиденциальной деятельности коллегии присяжных при рассмотрении уголовных дел¹. Все это, разумеется, укрепляет бунтаря в его оценке Америки как «полицейского государства», а отмечает на этом акте, неоднократно продлеваемого конгрессом, является одной из актуальных задач, стоящих сегодня перед ним.

¹ Подробнее см.: Власихин В. Угрожает ли «Акт патриота» Биллю о правах? // Российская юстиция. – 2002. - № 2. – С. 56-60.

В юридической литературе последних лет, особенно российской, все время приходится сталкиваться с неоправданным отождествлением бунтаря (вообще радикала) с экстремизмом и даже терроризмом. Заметим, что террорист – хотя и бунтарь, однако отчаявшийся и озлобленный, а потому «слепой». Действующий по принципу «чем хуже, тем лучше», террорист, функционирующий, как правило, в рамках подпольной или полуподпольной группы, становится на путь заговора и вооруженных провокаций против «системы» (статьи скажут, число экстремистских групп, проповедующих насилие, возросло в США с 602 в 2000 г. до 888 к началу 2008 г., т. е. на 48 %¹). Бунтарь же действует иначе. Отвергая тактику «выстрелов из-за угла», террора как такового, он стремится поднять массы против «системы» либо в процессе открытого революционного действия, либо вовсе ориентируется на такое отрицание существующего общества, которое допускает сохранение элементов отрицаемого объекта и их последующую интеграцию в новое, «нерепрессивное» общество.

Отношение к международному правопорядку. Разумеется, бунтаря нельзя отнести к поклонникам режима М. Каддафи или С. Хуссейна. Вместе с тем радикал-бунтарь отвергает политику войны как средство ведения внешней политики США, ибо видит в ней грубое посягательство на право каждого народа выбирать удобную ему форму правления. Примечательно, что такая позиция отнюдь не гарантирует бунтарям политических дивидендов. Ведь если в отношении возможного конфликта с Ираном антивоенный национальный консенсус действительно присутствует (80:20 против войны в Иране), то в отношении иракской проблемы не все так просто. По оценкам американских социологов, даже в самые тяжелые моменты войны в Ираке, да и поныне общественное мнение делится 50:50². Между тем, большинство бунтарей решительно отвергают любую войну, хотя в глубине души считают, что коренное изменение американской внешней политики при сохранении нынешней «системы» невозможно.

Характерной чертой отношения бунтарей к международному правопорядку является его устойчивый антиглобализм. Не впада-

ясь в подробный анализ этого явления, отметим, что бунтари справедливо опасаются того, что традиционные, уходящие корнями в седую древность культуры отщепятся и, в конечном итоге, вытеснятся новой агрессивной «культурой потребления» (консюмеризмом), опирающейся исключительно на материальные возможности глобализации. В консюмеризме бунтарь видит процесс сокращения изначально чистой «души», которая принимает разрекламированный образ жизни лишь постольку, поскольку ее понуждают это делать. Бунтари подчеркивают искусственность навязываемых глобализацией потребностей, их чуждость подлинной природе человека. Таким образом, специфическое проявление нынешнего международного правопорядка, по их мнению, заключается в том, что он направлен не только на экономическую эксплуатацию слабых или покоренных стран (например, нефтяных залежей Ирака), но и на подавление их национальной культуры в пользу насильственного внедрения «западной культуры белых».

Что касается собственно международно-правовой материи, то среди основных требований, выдвигаемых бунтарями, следует назвать: а) списание долгов развивающихся стран и государств Восточной Европы; б) выработку новых правил международного кредитования, в частности, запрет международного финансовым структурам выдвигать требования политического характера (к примеру, замену МВФ и Всемирного банка на систему региональных банков, действующих на более демократичной основе.

Бунтари – по самой своей природе мечтатели и утописты. И, наверное, все эти люди – застреленный Мартин Л. Кинг, умерший в нищете М. Брандо, спивающийся М. Гибсон, застреленный Дж. Ассанж, вот уже больше года не имеющий возможности покинуть оцепленную полицией территорию лондонского посольства Эквадора, – исторически обречены. Однако они помогают нам увидеть неприемлемые крайности современной жизни, нащупать пути и методы сохранения «разнообразия в единстве», усилить внимание к альтернативистике, поиск качественной новой цивилизации. Они толкают нас на поиск истинных потребностей, истинной морали, истинного строя чувств. Несмотря на всех фукуям мира сего.

¹ Овинский В. Экстремизм в США // Огонек. – 2008. – № 51. – С. 29.

² Кузнецов Д. В. События 11 сентября 2001 г. и проблема международного терроризма в зеркале общественного мнения. – М.: Либроком, 2009. – С. 145.

II.

Рассмотрение «дела Ассанжа» в Верховном Суде Соединенного Королевства было предвосхищено несколькими событиями.

Как известно, на протяжении 2006-2010 гг. на своем Интернет-сайте WikiLeaks.org, главным редактором которого он являлся, Дж. Ассанж – отдалим должное его мужеству – обнародовал по меньшей мере 75000 секретных документов, касающихся разведывательной деятельности США в странах «третьего мира», коррупций в высших эшелонах власти, военных преступлений сил коалиции в Ираке и Афганистане, включая расстрелы мирных жителей, тайн американской дипломатии. Наиболее плодотворным для WikiLeaks стал 2010 г., когда имя Ассанжа, без преувеличения, стало известно всему миру.

Тогда Америка раскололась. Часть истеблишмента, прежде всего консервативно настроенные республиканцы, представители военно-промышленного комплекса отвернулись от Ассанжа. В их глазах он стал просто национальным предателем. Кандидат в вице-президенты от Республиканской партии, губернатор штата Аляска Сара Пэйлин даже поклалась «размазать его по стенке». Другая, гораздо меньшая, часть интеллектуальной, в особенности университетской и журналистской, элиты, напротив, именно с этого времени признала Ассанжа своим героем.

Летом 2010 г., в самый разгар разоблачений WikiLeaks, Ассанж совершил визит в Швецию, где планировал разместить часть своих серверов. Там он познакомился с двумя женщинами – активисткой феминистского движения А. Ардин и профессиональным фотографом С. Вилен. Как впоследствии напишет в своей книге воспоминаний сам Ассанж, «политические дела выматывают, и я был рад, когда дело дошло до этих улыбающихся и ласковых женщин»¹. ... Стоит ли говорить о том, что спустя несколько дней на Ассанжа было подано заявление об изнасиловании, а шведский прокурор выдал ордер на его арест. А так как последний к тому времени уже перебрался в Великобританию, то шведская прокуратура обратилась к англичанам с просьбой об экстрадиции Ассанжа в эту страну, выписав «Европейский ордер на арест» (European Arrest Warrant), который, в свою очередь,

¹ Ассанж Д. Неавторизована автобиография. – К.: Темпора, 2012. – С. 255.

выдается в соответствии с Рамочным соглашением Совета ЕС от 13.06.2002 г. в отношении тех граждан, которые за совершенные преступления подлежат передаче между государствами-членами Евросоюза¹. Впоследствии Ассанж утверждал: «Я не насиловал этих женщин и не могу представить их так думать, кроме злого умысла, обшего плана загнать меня в ловушку или недоразумения, которое между нами тщательно разожгли»².

24 февраля 2011 г. британский суд принял решение об экстрадиции Ассанжа в Швецию. Отклонив апелляцию, Высокий суд Лондона 2 ноября 2011 г. оставил соответствующее решение в силе и, более того, – запретил Ассанжу обжаловать его в Верховный Суд. Напомним, что в семье общего права возможность пересмотра решений нижестоящих судов предполагает не только соответствующее волеизъявление апеллирующего лица, выраженное в форме жалобы, но и разрешение на апелляцию, выдаваемое судом (так называемая процедура certiorari). Однако Верховный Суд, учитывая огромный общественный резонанс или, выражаясь английским юридическим языком, «значительную общественную важность» (general public importance) этого дела, самостоятельно принял его к своему рассмотрению и начал по нему производство. Так в истории высшей судебной инстанции страны родилось

¹ Любопытный штрих. Незадолго до своего ставшего роковым визита в Швецию Ассанж был гостем популярного ток-шоу Ларри Кинга (программы, являющейся аналогом листовского «Часа пик»). В ожидании эфира Ассанж перключал каналы и случайно попал на передачу, в одной из которых принимала участие бывшая возлюбленная негритянского судьи Верховного Суда США К. Томаса – одной из наиболее противоречивых фигур в современном американском конституционном правосудии (достаточно сказать, что при утверждении его кандидатуры в сенате в 1991 г. вспыхли многочисленные коррупционные скандалы, с ним связанные). Так вот, вспоминая эту программу, Ассанж писал: «Наиболее неприятным для нее было то, что тот (К. Томас. – А. Е.) оказался амбициозным карьеристом; он даже мог уехать из дома в два часа ночи, чтобы дать прессе интервью!» (Ассанж Д. Вказ. твір. – С. 250). А много ли у нас в судебном сообществе «амбициозных карьеристов», готовых пожертвовать семейным уютом ради встречи с журналистом?

² Ассанж Д. Вказ. твір. – С. 261.

«дело Ассанжа» – одно из наиболее «громких» среди тех, которым приходилось заниматься Верховному Суду.

Сразу оговоримся, что данный спор – во всяком случае в том виде, в каком он был взят на рассмотрение Верховным Судом, – менее всего похож на судебное разбирательство уголовного дела об изнасиловании. Как указывал лорд Керр, принимавший непосредственное участие в судебных слушаниях, тут не шла речь об оценке деятельности Ассанжа как интернет-активиста или, вопреки мнению многих комментаторов, о его экстрадиции в США¹ (хотя защита действительно настаивала на том, что как только Ассанжа выдадут Швеции, он немедленно будет передан США, гражданином которых является и где ему грозит смертная казнь за разглашение дипломатических телеграмм). В реальности «дело Ассанжа» является лишь вершиной айсберга, скрывая под собой целый ряд иных, не связанных с обстоятельствами этого скандала, фундаментальных вопросов международного и, в частности, европейского права.

Прежде всего проблема заключалась в том, может ли Великобритания экстрадировать иностранного гражданина в соответствии с упомянутым Рамочным соглашением и национальным Актом об экстрадиции 2003 г., руководствуясь при этом запросом иностранной прокуратуры (в данном случае – Швеции), или все же этого недостаточно, и основанием для экстрадиции должно выступать решение иностранного суда, где хоть как-то можно обеспечить состоятельность процедуры и беспристрастность принятого решения. Для ответа на этот вопрос судьям Верховного Суда необходимо было осуществить толкование термина «судебная власть» (judicial authority) в том смысле, в каком он понимается в Рамочном соглашении с одной стороны, и Акте об экстрадиции – с другой. Таким образом, кассационный пересмотр уголовного дела трансформировался в спор о толковании международного договора и акта статутного законодательства. Добавим к сказанному, что подобная двухэлементность объекта интерпретационной деятельности Верховного Суда (договор и внутригосударственный акт) объясняется исторически сложившейся в Великобритании тради-

¹ Lord Kerr. European Arrest Warrants: A European Understanding of “Judicial Authority” as Highlighted in *Assange v Swedish Prosecution Authority* // www.supremecourt.gov.uk

цией, согласно которой международное право признается лишь в том случае, если оно закреплено в форме законодательных актов, судебных решений или установленного обычая¹.

Как следствие, факты самого инцидента были «отложены в сторону» и не обсуждались сторонами, а принятое Верховным Судом решение представляет собой пример исключительно правового анализа, представляющего значительный интерес для отечественных конституционалистов.

Рассмотрение этого дела примечательно двумя процессуальными особенностями. Во-первых, в Верховном Суде действует правило, согласно которому судьи в своих решениях не вправе ссылаться на те обстоятельства, которые не были исследованы в ходе судебного заседания. Этим, кстати говоря, Верховный Суд Соединенного Королевства существенным образом отличается от конституционных судов континентальной Европы, где судьи не связаны основаниями и доводами, на которые ссылается заявитель, а также вправе выстраивать свои правовые позиции на аргументах, никем из участников процесса не анализировавшихся. Между тем одним из «столпов» вынесенного решения была соответствующая интерпретация Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., которая крайне скупо исследовалась в ходе судебного разбирательства. Последнее обстоятельство дало право адвокату Ассанжа Дине Роуз ходатайствовать о возобновлении судебного слушаний, однако данное ходатайство было единогласно отвергнуто судьями (включая даже тех, которые выступили с особыми мнениями)². При этом в английской научной литературе отдельно подчеркивается, что Суду не удалось обосновать уместность применения указанной конвенции к Рамочному соглашению, которое, строго говоря, не является международным договором³.

¹ Батлер У. Э. Взаимодействие международного и национального права (на примере Великобритании) // Советское государство и право. – 1987. – № 5. – С. 115.

² Dickson B. Human rights and the United Kingdom Supreme Court. – Oxf.: Oxford University Press, 2013. – P. 15.

³ Harris C., Kakkaiyadi K. Treaty interpretation before the Supreme Court // Cambridge Journal of International and Comparative Law. – 2013. – Vol. 2. – Issue 1. – P. 117-119.

Во-вторых, в качестве *intervener* («третьей стороны, вступившей в процесс») стороной защиты был привлечен известный советский диссидент В. Буковский, ныне являющийся гражданином Великобритании. Вот что он заявил: «Процедура (экстрадиции – *A. E.*) упрощена до безобразия. Британия без рассмотрения дел по существу ежегодно выдает другим государствам до тысячи человек. А ведь справедливость выносимых там вердиктов никак проверить нельзя. Кроме того, заключенные в других странах ЕС, например в Греции, подчас содержатся в едва ли не средневековых условиях»¹.

Слушания по делу проходили в Здании Верховного Суда *Middlesex Guildhall* с 1 по 2 февраля 2012 г. и состояли главным образом из выступлений представителей сторон – королевских адвокатов Дины Роуз и Клары Монтгомери, а также из их ответов на вопросы судей. Согласно заведенному в Суде обыкновению слушание дел проходит по понедельникам с 11 часов утра до часу дня и с 14 до 16 часов, а также по вторникам-четвергам в аналогичное время с той, правда, оговоркой, что первое заседание начинается на полчаса раньше – в 10.30 утра. Решение было вынесено 30 мая 2012 г., так что, как видим, судьи работали над его текстом четыре месяца, однако само оглашение заняло около десяти минут. Это связано с тем, что Президент Суда лорд Филлипс, который как раз писал по этому делу *leading judgment* (т. е. то решение, с которого начинается изложение точек зрения всех судей, участвовавших в деле), лишь кратко резюмировал обстоятельства апелляции, сам вердикт и кратко дал его короткое обоснование. После того, как судьи покинули зал заседаний, решение появилось на Интернет-сайте Суда вместе с пресс-релизом (*summary*) – кратким сообщением для прессы, которое собственно и зачитывал Филлипс. Поэтому нет ничего удивительного в том, что Ассанж не уложился в отведенные ему мгновения, опоздав из-за автомобильных «пробок» на финальное заседание Суда.

Прежде чем перейти непосредственно к анализу аргументации, хотелось бы остановиться еще на одном моменте, связанном с общей архитектурикой решения. Последнее представляет собой огромный по объему текст, одно прочтение которого занимает нема-

¹ www.kommersant.ru/doc/1946930.

лое время. Решение изложено на 117 страницах, включая особые мнения и поддержки из нормативных актов, на которые ссылались судьи, и насчитывает 266 параграфов (английская юридическая техника такова, что сквозной нумерации поддается каждый абзац решения, именуемый параграфом).

Характерной особенностью процедуры принятия актов Верховного Суда является также то, что здесь судьи не совещаются, а потому каждый из них обязан написать своей проект решения (эта практика уходит своими корнями в многовековой период существования Апелляционного комитета Палаты лордов, когда такие решения именовались *speeches*, т. е. «речи», с которыми ординарные судьи по апелляциям как бы обращались к своим менее осведомленным в юриспруденции коллегам по Палате). Любопытно, что даже особые мнения судей в Англии именуются не *dissent*, а именно *dissenting judgments* (дословно «несогласные решения»). Впрочем, ничто не мешает судье немощно «схалтурить» и выступить не с полноценным текстом, а просто заявить о поддержке решения какого-либо авторитетного судьи или просто большинства (slip-stream the others). Именно так в «деле Ассанжа» поступил 74-летний лорд Уокер, присоединившийся к мнению большинства, а годом позже ушедший на заслуженный отдых. Впрочем, Уокер, как подбабает истинному англичанину, сделал дипломатический реверанс и в сторону судей, оставшихся в меньшинстве, упомянув «впечатляющее особое мнение лорда Мэнса»¹.

Решение по результатам рассмотрения дела было принято Судом в следующем составе: Президент лорд Филлипс, лорд Уокер, леди Хэйл, лорд Браун, лорд Мэнс, лорд Керр и лорд Дайсон. Как видим, в рассмотрении дела участвовали семь судей, что не так уж и часто бывало в практике Апелляционного комитета и на следующем ему Верховного Суда. Как указывает Г. А. Есаков, «обычно Палата заседала в составе пяти лордов, крайне редко в составе семи лордов»². Если верить новейшей судебной статисти-

¹ Здесь и далее текст решения и приложенных к нему особых мнений цит. по: *Assange v The Swedish Prosecution Authority*: Judgment // www.supremecourt.gov.uk

² Есаков Г. А. Судебный контроль за законодательством (английский опыт) // Конституционный контроль в зарубежных странах / Отв. ред. В. В. Махлаков. – М.: Норма, 2007. – С. 122.

ке, то 70 % всех дел Верховный Суд рассматривает составом (panel of Justices) в количестве пяти судей, 20 % - семи судей и лишь в 10 % случаев дело рассматривается девятью судьями¹. Решение по «делу Ассанжа» было принято пятью голосами против двух (леди Хэйл и лорд Мэнс написали особые мнения).

Как справедливо указывает Е. В. Кудрявцева, «обычно английский судья начинает аргументацию не с анализа нормативного материала, а с констатации фактов. Это выглядит свободным, иногда не лишенным художественных достоинств рассказом наподобие такого: «Старый Питер Безвик был торговцем углем. Все, что у него имелось, - это грузовик, измерительные приспособления и весы»². Похожую манеру изложения находим и в решении по «делу Ассанжа». Оно открывается *leading judgment* лорда Филлипса, который, в свою очередь, начинается с лаконичного описания перипетий, связанных с уголовным преследованием Ассанжа (не вдаваясь, впрочем, в их юридическую оценку). Затем, что гораздо более важно, излагаются позиции представителей сторон и их основные аргументы. К слову, когда-то, на заре своей деятельности, так поступал и Конституционный Суд Украины, указывавший во вступительной части своих актов не только позиции сторон по делу, но также выводы, к которым пришли основные центры юридической мысли в отношении вопроса, послужившего поводом для обращения в Конституционный Суд. Сейчас, к сожалению, в Украине от этой практики отказались.

Переходя к существу вопроса, отметим, что позиция лорда Филлипса и поддержавших его судей зиждилась главным образом на нескольких аргументах, которые могут показаться весьма экзотическими для правопонимания отечественных юристов.

Аргумент первый. Нынешняя система экстрадиции, регламентированная Рамочным соглашением 2002 г. и пришедшая на смену обременительным двухсторонним соглашениям между отдельными странами Европы, существует не сама по себе, а является плодом и одним из наиболее выразительных результатов

¹ The UK Supreme Court: taking stock two years on. – L.: UCL Judicial Institute, 2011. – P. 15.

² Кудрявцева Е. В. Гражданское судопроизводство Англии. – М.: Городец, 2008. – С. 168.

глобального процесса евроинтеграции. Последняя мыслится не как механическое объединение границ некогда воевавших друг с другом государств, говорящих на разных языках и имеющих далеко не тождественный исторический опыт, а, напротив, исходит из презумпции о глубоком политическом, правовом и, если угодно, экзистенциальном единстве европейской цивилизации, образующей собой «пространство свободы, безопасности и правосудия без внутренних границ, а также единый рынок со свободной и честной конкуренцией».

Кстати говоря, в нашей науке на этот нюанс одним из первых обратил внимание В. В. Речицкий, который понял – или, скорее, почувствовал – что политические и социальные изменения, произошедшие в Европе на рубеже 1990-2000-х гг., изменят историческое значение и ознаменуют собой нечто большее, чем создание еще одного межгосударственного союза со смутными историческими перспективами. Скорее речь идет о том, что в жизни, если воспользоваться его выражением, «элитной группы европейских стран» (куда с полным основанием можно отнести и Великобританию) наметился какой-то крупный, судьбоносный по своему значению поворот, который, в свою очередь, уже привел к формированию нового политического мировоззрения, внедрению уникальной политико-правовой парадигмы, первые контуры которой были очерчены в проекте Конституции ЕС и Лиссабонском договоре¹.

Англичане, во всяком случае юридическое сообщество, позитивно восприняли идею европейской интеграции. Еще в 1977 г. легендарный лорд Деннинг заявлял: «Было бы абсурдным, если бы толкование английских судов отличалось от толкования французских судов, голландских или немецких... Находясь в Риме, мы должны поступать так, как поступает Рим. То же самое и с Европейским сообществом. Вы должны поступать так, как поступают европейские суды»².

Таким же европоцентристским подходом, при всех натяжках, проникнуто все решение Верховного Суда по «делу Ассанжа».

¹ Подробнее см.: Речицкий В. Конституція Європи як модель політичної цивілізації // www.krytyka.kiev.ua/articles/s.2_6_2005.html.

² Цит. по: Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. – М.: Междунар. отношения, 2010. – С. 271.

Лорд Филлипс и другие составившие большинство судьи полагали, что при толковании термина «судебная власть» (judicial authority), как оно понимается в Рамочном соглашении, необходимо исходить из целей принятия этого акта. Здесь судьи проявили себя ярыми приверженцами так называемой телеологической (целевой) школы толкования международных документов. «Ее сторонники исходят из того, - писал ученый-международник И. И. Лукашук, - что норма служит определенным целям, выполняет определенные функции и потому должна толковаться таким образом, чтобы обеспечить достижение целей и реализацию функций»¹.

Цель данного соглашения, по мнению судебного состава, состояла в максимальном упрощении громоздких и неэффективных процедур экстрадиции, существовавших ранее. Она, эта унификация, объясняется уверенностью в целостности правовых и судебных систем государств-участников ЕС, минимизацией числа судебных ошибок, наметившейся в Евросоюзе в последние десятилетия, а также доминантно-правовой задачей усиления борьбы с транснациональной преступностью. Все это логически привело судей к выводу о том, что в данном контексте термин «судебная власть», упоминаемый в соглашении, необходимо толковать расширительно и включать в него не только собственно суды, но и другие правоохранительные органы государств-участников ЕС, в том числе прокуратуру (которая, напомним, и ходатайствовала о выдаче Ассанжа).

Этот аргумент был поставлен под сомнение баронессой Хэйл в ее особом мнении. Конечно, с ее точки зрения успехи евроинтеграции последних лет впечатляющи, однако они не должны затмевать главного – прав человека и процессуальные гарантии соблюдения этих прав. Подход же, избранный Верховным Судом, хотя и демонстрирует некоторую претензию на элегантность мысли, но с юридической точки зрения представляется крайней мизантропией и ужасает мрачной перспективой.

Прежде всего не следует переоценивать значимость и юридическую силу Рамочного соглашения. Ведь по общему правилу Рамочное соглашение в европейском праве связывает государства,

¹ Лукашук И. И. Современное право международных договоров: В 2 т. – Т. 1. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 614.

его подписавшие, лишь целью, которая должна быть достигнута, оставляя при этом на усмотрение самих государств выбор форм и методов достижения этой цели. Именно по этой причине Великобритания годом позже была вынуждена принять национальный Акт об экстрадиции. А значит, Суд в первую очередь должен интерпретировать акт парламента. К каким же выводам приводит подобная интерпретация? Даже безотносительно к парламентским материалам, представляется очевидным, что толкование термина «судебная власть» должно быть ограничено судом, трибуналом, судьей или магистратом (английский аналог мировых судей).

Во-первых, это тот единственный смысл, который используется в Соединенном Королевстве. Мы можем говорить о «правовой системе» или о «системе правосудия», когда имеются в виду не только суды, но и те, кто участвует в отправления правосудия. Но когда мы используем слово «судебный», под ним понимаются только суд, трибунал, судья или магистрат. Во-вторых, Акт использует этот термин как в отношении *запрашиваемого* (Великобритания), так и *запрашивающего* государства (в данном случае – Швеция). Органом, решающим вопрос о выдаче человека в Великобританию, является, как известно, только суд. Между тем в британской теории права действует презумпция, согласно которой смысл слова в одной части статута должен обозначать то же, что и в другой части¹. Следовательно, запрашивать об экстрадиции может также только иностранный суд!

И, наконец, самое главное. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., в частности, в статье, гарантирующей право на справедливое судебное разбирательство, понимает суд как орган, который не зависит от сторон по делу. Такое понимание сущности и предназначения судебной власти несовместимо со статусом прокурора, который ведет дело и выступает

¹ Эту мысль с присущей ему афористичностью выразил недавно ушедший из жизни профессор Л. Н. Маймексулов. Вот что он писал: «В обыденной речи слова могут «гулять» свободно. В тексте закона словам (как и самому законодателю) «гулять» не положено. Здесь слово должно окаменеть и принять одно единственное значение. Правовой концепт должен быть построен недвусмысленно» (Маймексулов Л. Антиномии Нечистого разума (почти фельетон) // Не опубликовано).

пает от имени стороны обвинения. Это еще один аргумент в пользу того, что, исходя из идеи независимости правосудия, термин «судебная власть» должен трактоваться ограничительно.

Аргумент второй. Согласно п. 3 «b» ч. 3 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров при толковании международного договора, наряду с его контекстом, учитывается последующая практика (subsequent practice) применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования. «Односторонняя практика применения международного договора, - указывал в этой связи А. Н. Талалаев, - не может служить основанием для его правильного истолкования. Ценность последующей практики зависит от того, насколько она показывает наличие общего согласия сторон относительно понимания договора»¹. Основываясь на обозначенном положении Венской конвенции, а также на том факте, что на сегодняшний день в 11 государствах Евросоюза (прежде всего во Франции и Греции) правоприменительная практика с той или иной степенью неумолимости относит прокуратуру к органам, осуществляющим правосудие, члены Верховного Суда пришли к уже известному нам выводу. Этот вывод был отвергнут нецелесообразной дискредитацией вторым «особистом» (так в Конституционном Суде РФ именовали судей, не стеснявшихся заявлять особые мнения), - лордом Мэнсом.

Об этом человеке стоит рассказать особо. Лорд Мэнс, отмечавший в июне 2013 г. свой 70-летний юбилей, без преувеличения одна из наиболее ярких личностей в нынешнем составе Верховного Суда. Способный лингвист, владеющий несколькими иностранными языками, председатель британской Ассоциации международного права, неоднократно представлявший Великобританию в различных европейских структурах и Комиссии ООН по насилью в Конго, один из крупнейших в стране специалистов по международному частному праву, прошедший путь от адвоката до судьи различных юрисдикций и, в конечном итоге, Верховного Суда, любящий отец троих детей - вот ключевые вехи его биографии. Примечательный факт: в начале 2000-х гг. Мэнс и его жена Мэри Арден стали первыми в истории Великобритании парой, одновременно заседающей

¹ Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комм. - М.: Юрид. лит., 1997. - С. 83.

в Апелляционном суде. Авторитет Мэнса настолько велик, что после ухода в отставку в 2012 г. уже знакомого нам лорда Филлипса с поста президента Верховного Суда он рассматривался как одна из трех кандидатур (наряду с Б. Хэйл и нынешним президентом лордом Нейбергером), имевших наибольшие шансы¹.

Следует отметить, что в «деле Ассанжа» несогласие лорда Мэнса носило настолько фундаментальный характер, что он взял на себя труд представить все аспекты дела, не ограничившись полемикой с большинством по отдельным вопросам. В результате его особое мнение, по сути, является альтернативным судебным решением или «антирешением». К сожалению, объем настоящего исследования не позволяет подробно остановиться на всех его аспектах. Поэтому мы обратимся лишь к той части аргументации, которая посвящена неприменимости почерпнутой из Венской конвенции категории «последующая практика».

Дело в том, что уже на первых страницах своего *leading judgment* лорд Филлипс провел водораздел (прямо сославшись при этом на юридические словари на языке оригинала - нашим бы судьям так!) между английским «judicial authority» и французским «autorité judiciaire». Французская версия данного термина гораздо шире, чем английская, что, в свою очередь, вкупе с реальной практикой экстрадиции, принятой в 10 других государствах (из 28 возможных), позволило Верховному Суду прийти к оспариваемому Мэнсом заключению.

Как убедительно показано в его особом мнении, такое, весьма радикальное, разнотечение между английской и французской терминологией обусловлено некоторыми историческими особенностями формирования правоохранительной системы Франции и, в частности, наличием такого института, как магистратура. Последняя является комплексным понятием, включающим в себя судящую (собственно судебный корпус) и стоящую (прокуроры) магистратуры. Французская прокуратура формально относится к судебной власти, однако подчиняется Министерству юстиции, иерархически построена и т. д. Соответственно Высший совет магистратуры включает

¹ www.guardian.co.uk/law/2012/jul/10/supreme-court-president-senior-judge.html

в себя судебную и прокурорскую палаты¹. Однако подобная модель не имеет ничего общего с общеевропейской, а следовательно, оценивать ее как «последующую практику» нельзя, поскольку она является скорее нетипичной для Европы и не была поддержана каким бы то ни было соглашением участников Рамочного соглашения, как того требует Венская конвенция. При этом Мэнс сделал ссылку на интерпретацию данного конвенционного положения в двухтомнике Я. Броунли «Международное право».

Кроме того, Европейский суд по правам человека в постановлении по делу *Медведьев против Франции* прямо указал, что прокуратура должна быть отделена от судебной власти в ее классическом понимании. Также Мэнс обратился к еще одному источнику европейского права, а именно «Декларации Бордо», в которой четко и недвусмысленно сказано, что «любое присвоение судебных функций прокуратурой должно быть ограничено: а) конкретными случаями, в частности наложением незначительных санкций; б) невозможностью выносить решение по существу спора там, где она (прокуратура – А. Е.) осуществляла функцию преследования и в невозможностью быть лишенным права на рассмотрение дела независимым и беспристрастным органом, осуществляющим судебные функции».

Аргумент третий. Пожалуй, самый спорный и уязвимый. Лорд Филлипс и другие члены Суда под влиянием доказательств, представленных стороной защиты, были вынуждены признать, что в первоначальном проекте Рамочного соглашения прокуратура прямо не называлась, наряду с судами, в числе органов, имеющих право ходатайствовать об экстрадиции. Однако на более позднем этапе подготовки текста этот термин был изъят из окончательного проекта, породив тем самым известную неопределенность. По мнению Филлипса, это могло свидетельствовать в пользу двух вариантов: 1) либо прокуратура сознательно лишалась подобных полномочий либо 2) авторы соглашения хотели максимально расширить круг запрашивающих субъектов, не сводя его к какому-либо исчерпывающему перечню. В силу ряда причин судьи остановились на вто-

¹ В литературе, изданной на русском языке, подробнее об этих хитросплетениях можно прочесть в следующем издании: Головки Л. В. Республика Франция // Уголовный процесс западных государств / Под ред. К. Ф. Гуценко. – М.: Зерцало-М, 2002. – С. 309-310.

ром варианте (любопытная логика: согласно ей выходит, что когда, скажем, законодатель убирает из законодательства смертную казнь как вид наказания, то он не стремится к ее полному запрету, а, напротив, открывает шлюзы для применения неограниченного числа кар к преступникам, в том числе в виде смертной казни).

В своем особом мнении лорд Мэнс показал всю надуманность подобного рода доводов, продемонстрировав при этом «кашу», которая была в головах адептов Рамочного соглашения и которая стала столь очевидной в ходе обсуждения последнего в Палате общин. Обратившись к историческому методу толкования, он привел впечатляющий фрагмент из материалов парламентских дебатов, именуемых в Британии «Hansard»:

«Миссис Данвуди: Что означает «судебная власть» для Правительства Ее Величества?

Мистер Эйнсворт: я пытался дать ответ, мои друзья, еще на прошлой неделе. Единственные люди, которым будет разрешено выдавать или исполнять Европейский ордер на арест, будет судебная власть, как это обычно бывает в случае выдачи.

Миссис Данвуди: При всем уважении, я еще раз спрашиваю, что означает определение «судебная власть»? Ответьте на любом языке, который я могу хотя бы и смутно понять, – я говорю на пяти.

Мистер Эйнсворт: Я сказал то, что сказал.

Премьер-министр г-н Кэмерон предлагает «закончить фарс».

Резюмируя дебаты, г-н Эйнсворт говорит:

«[Миссис Данвуди] попросила меня дать определение судебной власти. Выслушав комментарии членов оппозиции, я думаю, что они должны советовать своим друзьям и родственникам не ездить за рубеж. Положа руку на сердце, я чувствую себя виноватым сейчас, потому что в течение короткого времени, в котором я имею честь находиться на моей нынешней должности, я несу ответственность за подписание и выдачи ордеров, после чего люди отправлялись в ужасные места. Я послал людей к следователю в Леже, к прокурору в Амстердаме, в суд графства Бобини, к судье Веберу в Саарбрюкен, к мировому судье Марии Терезе Паласиос Криадо в центральный суд первой инстанции № 3 в Мадриде. Это в южной Европе... Одному Богу известно, что случилось с экстрадированными, и живы ли они до сих пор...»

Сказанного достаточно.

Что было с Ассанжем дальше ? Об этом знает едва ли не каждый школьник. Опасаясь экстрадиции в Швецию, 19 июня 2012 г. он вошел в посольство Эквадора в Лондоне, чтобы попросить там политического убежища, которое и было ему предоставлено 16 августа. К счастью, от планов силового штурма посольства, за который ратовали США, было решено отказаться. Но до сих пор (а эти строки пишутся летом 2013 г.) Ассанж не может покинуть территорию посольства – в противном случае, он будет попросту схвачен полисменами Скотленд-Ярда, установившими там круглосуточное дежурство. Въедливые журналисты подсчитали, что каждый день подобного рода осады обходится британским налогоплательщикам в 11 тысяч фунтов¹. Сам Ассанж занимает в посольстве небольшое помещение, в котором, помимо элементарной мебели, есть беговая дорожка, ультрафиолетовая лампа (для компенсации недостатка солнечного света), маленькая кухня, ванная и компьютер с доступом в Интернет, с помощью которого он общается с верными ему людьми и получает информацию о событиях в мире. Недавно было объявлено о стремлении создать в родной ему Австралии политическую партию WikiLeaks, предположительно левого толка.

Джулиан Ассанж продолжает борьбу...

¹ www.pravo.ru/review/view/85661/

Для нотаток

Научное издание

Евсеев
Александр Петрович
кандидат юридических наук

ВЕРХОВНЫЙ СУД
СОЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА:
СТАНОВЛЕНИЕ

Монография

Издано в авторской редакции
Ответственный за выпуск Н. М. Ярошенко
Компьютерная верстка и дизайн И. В. Москалюк

Подписано в печать 3.11.2013 г.
Формат 60х84 1/16. Бумага офсетная.
Гарнитура Times. Усл.-печ. лист. 8,24.
Тираж 300 экз. Цена договорная.
Зак. №0311/1

Напечатано с оригинал-макета,
изготовленного Издательством "Юрай"
(Свидетельство о внесении в государственный реестр
субъектов издательской деятельности:
серия ДК № 4236 от 22.12.2011 г.),
в типографии ФЛ-П Билетченко Г.В.
(тел.: 057-758-35-98)