

Национальный университет
«Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»

**ОЧЕРКИ
ИДЕОЛОГИИ ПОСТСОВЕТСКОГО
КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА**

Сборник научных трудов

Под редакцией *М. А. Краснова и Ю. Г. Барабаша*

Харьков
«Право»
2013

УДК 342
ББК 67.300
О-95

О-95 **Очерки идеологии постсоветского конституционализма** : сб. науч. тр. / под ред. М. А. Краснова и Ю. Г. Барабаша. – Харьков : Право, 2013. – 240 с.

ISBN 978-966-458-542-9

Сборник, подготовленный преподавателями Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» и Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», посвящен малоизученной проблематике идеологических основ системы конституционализма, возникшего на постсоветском пространстве. Авторы, используя богатый теоретический и эмпирический материал, акцентируют внимание на таких вопросах, как понимание прав человека в современном православии, социальные основания власти, сущность конституционной демократии, идеология конституционного судопроизводства, федерализм как политико-правовая ценность и многих других.

Для преподавателей, аспирантов и студентов юридических, политологических факультетов и вузов, всех тех, кто интересуется проблемами современного конституционно-правового развития.

УДК 342
ББК 67.300

© Национальный университет «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», 2013

© Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2013

© Издательство «Право», 2013

ISBN 978-966-458-542-9

Содержание

Вместо предисловия	5
Туманова А. С. Конституционная реформа 1905–1906 гг. в восприятии элиты российской общественности.....	7
Соловьев К. А. Опыт конституционного моделирования начала XX века	28
Барабаш Ю. Г. Конституционная характеристика украинской демократии: идеологические основы и механизмы самозащиты в свете европейского опыта.....	47
Берченко Г. В. Концепт гражданского общества в постсоветском правопонимании.....	79
Васильева С. В. Социальные основания власти: философия и конституционное закрепление.....	98
Краснов М. А. Права человека в понимании Русской Православной Церкви.....	122
Ткаченко Е. В., Евсеев А. П. Идеология конституционного судопроизводства в Украине: конституционный контроль vs. нормотворчества	138

Лебедев А. О.

Федерализм как политико-правовая ценность
(идеология децентрализованного государства)..... 163

Слинько Т. Н., Кушниренко А. Г.

Свобода слова как элемент конституционализма
(постсоветские реалии)..... 189

Нестеренко О. В.

Информационная безопасность как явление
в постсоветском праве, или Устоит ли свобода слова
в условиях «обезопасенного» общества?..... 214

Сведения об авторах 236

Вместо предисловия

Конституционная идеология, невзирая на важность и актуальность, до сих пор не являлась объектом концентрированного внимания ученых (за исключением ряда фрагментарных работ). Поэтому начало дружеского научного общения коллектива кафедр конституционного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» и Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого» принято было обозначить созданием совместного сборника научных трудов, посвященных этой сложной и малоисследованной проблематике.

Идеология постсоветского конституционализма имеет свои уникальные особенности. Здесь и влияние православной морали на правопонимание, и ностальгия по коммунистическому прошлому, и аномия в праве, и отсутствие честных и прозрачных политических правил и практики и т. д. Вместе с тем, 20 лет жизни в условиях суверенности и экстраполяции позитивного западного опыта построения правового государства дают основания сделать определенные выводы.

Авторы сборника не ставили перед собой цель продемонстрировать всю палитру такого многогранного явления, как идеология современной конституции. Мы лишь намеревались показать некоторые результаты длительных исследований, ведущихся в России и Украине, и представить свое видение разных аспектов конституционной идеологии.

Хотелось бы также сказать несколько слов о коллективах кафедр, работавших над этим сборником.

Кафедра конституционного права Украины Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого» (в прошлом — Харьковского юридического института) была создана в нынешнем виде в 1992 году руками выдающегося ученого и талантливого педагога, профессора, доктора юридических наук, академика права Юрия Николаевича Тодыки. Сейчас коллектив кафедры представляют три профессора, 13 доцентов и 7 ассистентов, кандидатов юридических наук.

Круг научных интересов членов кафедры очень широк: здесь и вопросы соотношения символической реальности и права, и аксиологические основания конституционного строя, а также механизмы обеспечения его стабильности, и становления и развития медиа-права, и моделей поведения консти-

**Идеология
конституционного судопроизводства в Украине:
конституционный контроль vs. нормотворчества**

I.

Среди многочисленных проблем, возникающих в деятельности конституционных судов в разных странах мира, особенно актуальны вопросы о юридической природе решений органов конституционной юрисдикции, соотношении их охранительной и правотворческой функций, судебном активизме и его пределах, а также о феномене «живого» судебного права и «негативного» правотворчества.

Сопоставляя подходы к соотношению охранительной и правотворческой функций судебных органов, осуществляющих конституционный контроль в различных правовых системах, следует признать, что в подавляющем большинстве случаев за указанными органами признается правопреобразовательная роль. Так, касательно англосаксонской системы права необходимо отметить, что, по мнению большинства ученых, правотворческая функция судьи реализуется не только при формулировании прецедентов, но также в процессе применения норм так называемого «статутного» права.

Как утверждал председатель Верховного Суда США Э. Уоррен, «ни у кого не будет оснований оставаться честным, утверждая, что суд не создает права». Правотворческая деятельность суда — это не основная его цель и функция. Суд творит право по ходу своей основной судебной деятельности. Он не подменяет Конгресс и не имеет никаких намерений узурпировать власть Конгресса. Но «мы (судьи) создаем право, и иначе быть не может»¹.

Р. Познер также пишет, что закон может быть бессмысленным (при условии, что он конституционный — то есть не слишком глупый, не слишком порочный и не противоречит ни одному запрету, содержащемуся в конституции), однако если его растолковали и справедливо применили, это означает, что судьи только выполнили свою

¹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. — М.: Проспект, 2009. — С. 306.

работу, и их не за что упрекать¹. В условиях общего права это показывает сущность судебной игры — судьи одновременно носят законодательную и судебную мантии.

О правотворческих началах суда при применении закона заявляют Г. Бредемейер и О. Холмс. Так, Г. Бредемейер указывает, что главным моментом проникновения законодательной власти в правовую систему является представление идеального состояния дел, для которого должны быть мобилизованы социальные ресурсы путем применения власти. Ответная реакция правовой системы — использование общегосударственных формулировок применительно к конкретному конфликту. Это означает, по мнению ученого, что суды ни в коем случае не могут быть пассивными или механическими «исполнителями» законодательной политики; законодательный акт должен толковаться. Его интерпретация — творческий акт, способствующий проведению в жизнь абстрактного языка законодательства, необходимое дополнение к законодательному осуществлению власти².

О. Холмс призывал к осознанному признанию правотворческой функции судов, говоря «мой наибольший интерес вызывает не важность вопроса и важность дела, а те мелкие дела и решения, которые будут приняты судом, потому что именно в них проявляются ростки более глубоких толкований, а следовательно, глубоких промежуточных перемен в самой сути закона»³.

Как известно, особенностью континентальных правовых систем является то, что основополагающее значение в системе права принадлежит правилам, разработанным законодателем, а не судебной практикой. Как справедливо указывает по этому поводу Р. Давид, «во всяком случае между нормами, выработанными судебной практикой и нормами, установленными законодателем, существует два важных различия. Первое связано с ролью тех или других в данной системе. Судебная практика действует в рамках, установленных для права законодателем, тогда как деятельность самого законодателя

¹ Познер Р. А. Проблеми юриспруденції : пер. з англ. — К.: Акта, 2004. — С. 246.

² Адъгезалова Г. Э. Социологическая юриспруденция США в XX веке: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. — СПб.: Юрид. центр-Пресс, 2012. — С. 135.

³ Там же. — С. 145.

состоит именно в установлении этих рамок. Значение права, создаваемого судебной практикой, уже в силу этого ограничено, и положение в романо-германских правовых системах с этой точки зрения противоположно тому, которое существует в странах английского общего права. Правовая норма — это второе из различий, — созданная судебной практикой, не имеет того авторитета, которым обладают законодательные нормы. Она достаточно непрочна, ее можно в любой момент отбросить или изменить в связи с рассмотрением нового дела»¹.

В странах романо-германской правовой семьи общепризнанным является факт, что органы конституционного контроля на деле являются неотъемлемой частью процесса формирования политической воли². Например, в Германии это обусловлено конституционным полномочием Федерального Конституционного Суда проверять соблюдение принципа «связанности законодателя конституционным порядком, а всех иных конституционных органов — законом и правом» и вытекает из абзаца 3 статьи 1, абзаца 3 статьи 20, статьи 93 Основного Закона Германии. Соответственно, именно Суд вправе в спорных случаях принимать обязательные решения о толковании и применении конституции, то есть определять, что же на самом деле имел в виду законодатель. Кроме того, согласно Закону о Федеральном Конституционном Суде решение Суда в ряде случаев имеет силу закона (абз. 2, пар. 23)³.

В качестве иллюстрации данной идеи в немецкой доктрине часто приводится цитата из речи, произнесенной государствоведом Р. Смендом на торжественном заседании по случаю празднования десятилетия Федерального Конституционного Суда: «Основной закон ныне действует практически в том виде, в каком он толкуется Федеральным конституционным судом, и в литературе он комментируется именно в этом смысле. Кроме того, Федеральный конституционный суд вывел

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М. : Междунар. отношения, 2009. — С. 112–113.

² Следует подчеркнуть, что роль органов конституционного правосудия в правовой жизни страны является различной в странах континентальной Европы и, например, является одним из элементов, отличающих сегодня французское и немецкое право. (См. Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М. : Волтерс Клувер, 2008. — С. 89–92).

³ Конституционный контроль в зарубежных странах : учеб. пособие / отв. ред. В. В. Маклаков. — М. : Норма : Инфра-М, 2010. — С. 256.

из конституционного права основополагающие правовые позиции по широкому кругу вопросов в самых разных сферах, и они также являются ныне действующим правом»¹.

По мнению Е. Гриценко, истоки данной концепции можно заметить в теории изменения и преобразования конституции Г. Еллинека, отмечавшего, что «конституционные положения зачастую отличаются неясностью и эластичностью, и законодатель через конкретизирующие законы придает им сначала четкий смысл, точно так же, как судья первоначально ясно осознает содержание применяемого им закона. Можно повсеместно наблюдать, как судебная практика следует за преобразующимися представлениями и потребностями людей при неизменных законах и как законодатель, руководствуясь тем же, интерпретирует конституцию в отдельных законах. То, что в одну эпоху признается неконституционным, в другую — представляется конституционным, и, таким образом, конституция сама преобразуется по мере изменения ее интерпретации. И не только законодатель может вызвать к жизни такое преобразование: парламентская практика, как и практика правительственных и судебных учреждений, могут сделать это и действительно делают. Названные учреждения интерпретируют законы, а через них и конституцию, и в результате их деятельности конституционный закон постепенно приобретает совсем иное значение в правовой системе по сравнению с тем, которое ему изначально было присуще»².

В работах современных немецких авторов, хотя и более сдержанно по сравнению с вышеуказанными американскими, также подчеркивается право на правотворческую деятельность органов судебного конституционного контроля³, что не могло не найти своего отражения

¹ Речь приводится в книге: Verfassungsgerichtsbarkeit / P. Häberle (Hrsg.). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976. S. 329, 330. Цит. по: Гриценко Е. Пределы конституционно-судебного нормотворчества // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 5 (84). — С. 108.

² Jellinek G. Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung. Berlin: Verlag von O. Häring, 1906. S. 9 Цит. по: Гриценко Е. Пределы конституционно-судебного нормотворчества // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 5 (84). — С. 108.

³ См.: Хессе К. Основы конституционного права Германии. — М. : Юрид. лит., 1981. — С. 318–322; Государственное право Германии. — М. : РАН Институт государства и права, 1994. — С. 288–291; Гриценко Е. Пределы конституционно-судебного нормотворчества // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 5 (84). — С. 115–117.

на практике. Так, Федеральный Конституционный Суд, исходя из указанного положения Основного Закона Германии (о связанности законодателя конституционным порядком, а всех иных конституционных органов законом и правом), в одном из своих решений указал, что «право может быть обнаружено и за рамками позитивного регулирования, изданного государством; это право, вытекающее из конституционного строя и имеющее своей целью исправление писаного права. Задача нахождения и введения в действие этого права стоит перед судами. Конституция не ограничивает суды исключительно буквальным применением законодательных положений. Такой подход предполагал бы полноту законодательного регулирования, которая на самом деле практически недостижима... Взгляд судов может высветить определенные ценности общества... которые имплицитно восприняты конституционным строем, но недостаточно прямо выражены в законах. Судебное решение может помочь осознать эти идеи и придать им юридическую силу»¹.

Среди российских и украинских авторов в вопросе о правопреобразовательной функции конституционного суда высказываются различные точки зрения. Так, по мнению Н. С. Бондаря, решения органов конституционного правосудия — не простые акты судебной практики: ведь Конституционный Суд — это больше чем суд, это одновременно и квазиправотворческий орган. Соответственно, принимаемые им решения в порядке осуществления конституционного контроля как бы примыкают к Конституции, составляя вместе с ней особый вид конституционных источников права, существующий наряду с законами, подзаконными актами, судебной практикой, иными видами источников права². А. А. Клишас называет органы конституционной юстиции контр-законодателем, поскольку они монополизируют конституционный контроль³. В. Д. Зорькин говорит об особой самостоятельной роли Конституционного Суда, оказывающей существенное влияние на правотворческую функцию законодательной власти, поскольку именно Конституционный Суд в ко-

¹ См. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. — М.: Статут, 2011. — С. 169.

² Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. — М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. — С. 120.

³ Клишас А. А. Конституционная юстиция в зарубежных странах. — М.: Междунар. отношения, 2004. — С. 70.

нечном счете определяет официальный конституционный смысл закона в его действии во времени, в пространстве и по кругу лиц. В этом аспекте решения Конституционного Суда приобретают прецедентное значение и способствуют приращению правовой ткани в источниках права¹. Л. В. Лазарев указывает на то, что Конституционный Суд выполняет правокорректирующую функцию относительно нормотворчества законодательной и президентско-исполнительной власти, направленную на обеспечение адекватного выражения права в законе, сохранения действующего (позитивного) права в конституционном поле, правовой защиты Конституции².

Г. Гаджиев подчеркивает, что «признав норму не соответствующей Конституции, Конституционный Суд объявляет ее недействующей, т. е. выступает в качестве «отрицательного законодателя». В результате происходят определенные изменения в законодательстве. Постановление КС обладает свойством самодостаточности, означая, что нормотворческий орган не должен дублировать решение, принятое Конституционным Судом, и отменять норму, признанную неконституционной. Конституционный Суд, наряду с другими нормотворческими органами государства, участвует в реализации законодательной функции государства посредством своих итоговых постановлений³. Такую же точку зрения поддерживают Ю. Шемшученко и В. Погорилко, выделяя среди функций Конституционного Суда Украины и законодательную (нормотворческую), которая заключается в негативном нормотворчестве и толковании⁴.

Более осторожную позицию о месте актов органов конституционной юстиции в системе источников национальной правовой системы занимают А. А. Селиванов и А. А. Стрижак, указывая, что Конституционный Суд Украины дает официальное толкование Конституции Украины и сопоставляемых с ней законов, иных нормативных правовых актов, их отдельных положений, что содержит определен-

¹ Зорькин В. Д. Конституционно-правовое развитие России. — М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. — С. 159.

² Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. — М.: Формула права, 2008. — С. 52.

³ Гаджиев Г. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — М., 1999. — № 3 (28). — С. 85.

⁴ Шемшученко Ю., Погорилко В. Проблеми функцій Конституційного Суду України // Вісн. Конституц. Суду України. — 2002. — С. 54–56.

ную нормативность. С другой стороны, авторы пишут, что определение Конституционным Судом Украины соответствия или несоответствия законов Конституции является спорным в отношении нормативности актов Суда¹.

В. Я. Тацій и Ю. Н. Тодыка пишут, что акты Конституционного Суда интерпретационной природы имеют вспомогательный характер и по юридической силе являются «подконституционными» и «подзаконными»².

Таким образом, можно сделать вывод, что, исходя из практики деятельности Конституционного Суда и влияния его на законодательство, в Украине начинает признаваться судебное правотворчество, а решения органа конституционной юстиции становятся источником национального права, что является, безусловно, значимым фактором для дальнейшего качественного развития конституционного правосудия.

Одной из основных проблем в сопоставлении контрольной и правотворческой функций органов конституционной юстиции является вопрос о юридической природе их правовых позиций.

В юридической литературе нет однозначного мнения о том, что такое правовые позиции органов конституционного контроля, их юридической силе и месте в структуре судебных решений.

Основания для выделения правовых позиций П. Н. Ткачук видит в том, что в процессе практической деятельности Конституционного Суда появилась потребность обращаться к интерпретационным выводам, изложенным в его предыдущих решениях. Такая необходимость имеет объективный характер, поскольку, принимая решение по новому делу, Конституционный Суд должен учитывать уже выработанное им понимание нормы или положения закона. По его мнению, возникновение правовых позиций обусловлено потребностью в обеспечении Конституционным Судом таких конституционных принципов, как равенство конституционных прав и свобод граждан и равенство последних перед законом, ведь осуществляя конституционный контроль, Конституционный Суд должен давать правильное истолко-

¹ Селиванов А. А., Стрижак А. А. Вопросы теории конституционного правосудия в Украине; актуал. вопр. соврем. развития конституц. правосудия. – К. : Логос, 2010. – С. 122–123.

² Тацій В. Я., Тодика Ю. Межі тлумачення Конституційним Судом Конституції та законів // Вісн. Конституц. Суду України. – 2002. – Вип. 2. – С. 62.

вание той или иной нормы закона, которое, как и сама норма, должно однозначно применяться субъектами правоотношений, обеспечивая тем самым желаемое равенство. Следовательно, интерпретация Судом нормы закона в силу юридической природы решений Конституционного Суда становится обязательной для всех субъектов права, в том числе для самого Суда. Такие интерпретационные выводы КСУ называются его правовыми позициями¹.

Н. В. Витрук определяет правовые позиции как установления (положения) общеобязательного характера, как результат интерпретации Конституционным Судом Конституции РФ в сопоставлении (соотнесении) с объектами контроля в пределах полномочий Конституционного Суда РФ, по юридической силе превышающие все иные источники (формы) российского права (кроме Конституции РФ), которые, как правило, снимают конституционно-правовую неопределенность, разрешая возникшую конституционно-правовую проблему, и служат конституционно-правовым основанием итоговых выводов (решений) Конституционного Суда РФ².

Л. В. Лазарев также в своем определении перечисляет все признаки данной правовой категории: «Правовая позиция Конституционного Суда — это нормативно-интерпретационное установление, являющееся результатом судебного конституционного толкования, правовым основанием итогового вывода (решения) Конституционного Суда, имеющее общий и обязательный характер, выражающее правопонимание Конституционным Судом конституционных принципов и норм, общепризнанных принципов и норм международного права и конституционно-правового смысла оспариваемого нормативного положения и разрешающее спорную конституционно-правовую проблему»³.

В. Я. Тацій и Ю. Н. Тодыка рассматривают правовую позицию Конституционного Суда Украины как вывод общего характера, осуществляемый на основании, в пределах полномочий и способом, которые предусмотрены Конституцией и законами Украины, как итог

¹ Ткачук П. Правові позиції Конституційного Суду України // Вісн. Конституц. Суду України. – 2006. – № 2. – С. 10.

² Витрук Н. В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс : учеб. пособие. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2012. – С. 113–114.

³ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. – М. : Фор-мула права, 2008. – С. 75.

толкования правовых норм или их совокупности, в результате которого преодолевается неопределенность в понимании норм Конституции и законов Украины, ставших предметом толкования¹.

По мнению А. Христовой, «правовые позиции есть результат системного толкования Конституционным Судом Украины законов и Конституции Украины и в концентрированном виде выражают не только «букву», но и «дух» соответствующих законодательных положений, имеющих общеобязательный, нормативный характер, и содержатся в его актах всех видов, кроме внутриорганизационных».

Что касается законодательства, то ни Конституция Украины, ни Закон Украины «О Конституционном Суде Украины», ни Регламент Конституционного Суда не содержат определения правовой позиции.

На наш взгляд, правовые позиции КСУ имеют следующие особенности: 1) они имеют общий характер, т. е. распространяются не только на конкретный случай, ставший предметом рассмотрения КСУ, но и на аналогичные случаи, которые встречаются в юридической практике; 2) они имеют официальный, обязательный характер, а именно такую же юридическую силу, как и решения Суда; 3) являются обязательными к исполнению на территории Украины, окончательными и не могут быть обжалованы. Достаточно интересную аргументацию в пользу общеобязательности правовых позиций Конституционного Суда приводит С. Шевчук, приводя примеры решений органа конституционного правосудия, в которых он аргументирует свои выводы, ссылаясь на свои предыдущие правовые позиции²; 4) они имеют определенные внутренние особенности, поскольку выполняют роль нормативной базы в правовой системе, а также являются ориентиром в правотворчестве и правоприменении.

Правовые позиции могут содержаться не только в решениях, но и в заключениях, а также в определениях об отказе в открытии конституционного производства. Например, в Заключении от 11 июля 2001 года № 3-в по делу о Римском Уставе Конституционный Суд Украины отметил, что предоставление согласия на обязательность меж-

¹ Тацій В. Я., Тодика Ю. М. Межі тлумачення Конституційним Судом Конституції і законів України // Актуальні проблеми конституційної юрисдикції: сучасність і перспективи розвитку. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 64.

² Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи України. – К.: Реферат, 2007. – С. 503–526.

дународных договоров отнесено к полномочиям Верховной Рады — парламента, который через избранных в него представителей — народных депутатов — представляет волю народа. Международные договоры, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой, становятся частью национального законодательства. Именно таким образом осуществляется народный суверенитет относительно расширения юрисдикции международных судебных органов на территорию Украины (при условии, что положения их уставов не противоречат Конституции).

При рассмотрении обращений на пленарных заседаниях Конституционный Суд Украины принимает решение о принятии обращения к производству или так называемые «отказные» определения. В последних могут содержаться процессуальные правовые позиции Суда, означающие толкование не норм Конституции, а норм Закона «О Конституционном Суде Украины» о подведомственности и допустимости рассмотрения дел. Следуют подчеркнуть, что процессуальные правовые позиции и правовые позиции КС имеют разную природу. Например, в Определении от 10 июля 1998 года Конституционный Суд Украины указал, что упорядочение конкретных государственно-служебных отношений, устранение противоречий и восполнение пробелов в действующем законодательстве в компетенцию Конституционного Суда не отнесены; в Определении от 28 февраля 2001 года № 1 Конституционный Суд Украины отметил, что не подпадают под его юрисдикцию правовые акты регламентного характера, в частности Постановление «О принятии в первом чтении проекта Земельного кодекса Украины».

Материально-правовые позиции содержатся в Определении Конституционного Суда Украины от 5 марта 1998 года № 15 по делу по конституционному представлению 48 народных депутатов относительно соответствия Конституции абзаца 8 ч. 1 ст. 73 Кодекса законов о труде Украины, где Суд отметил, что решение политических вопросов противоречит назначению Конституционного Суда как единственного органа конституционной юрисдикции (ч. 1 ст. 147 Конституции), поскольку любая политическая деятельность несовместима с деятельностью как судей судов общей юрисдикции, так и судей Конституционного Суда (ч. 2 ст. 127, ст. 149 Конституции).

Однако далеко не в каждом определении Конституционного Суда формулируется новая правовая позиция. Иногда для оценки оспариваемой нормы Суд обращается к своим предыдущим позициям. Примером «отказного» определения с «позитивным» содержанием является Определение от 15.07.2009 г. № 48-уп/2009 о прекращении конституционного производства по делу по конституционному представлению 51 народного депутата Украины относительно соответствия Конституции Украины (конституционности) распоряжений Президента Украины о временном исполнении обязанностей председателей местных государственных администраций, содержащее ссылки на ранее сформулированные правовые позиции Конституционного Суда.

Правовые позиции Конституционного Суда могут содержаться как в резолютивной, так и в мотивировочной части решений и заключений. Конечно, при ознакомлении с актами Суда основное внимание уделяется позиции этого органа, высказанной им в резолютивной части, которая, собственно, и составляет суть решения органа конституционной юрисдикции. Вместе с тем много таких позиций, на которых базируется окончательное решение Суда и на основе которых принимаются его предписания, содержащиеся в мотивировочной части, хотя специально они не выделяются среди других положений решения.

Юридическая сила правовых позиций определяется, исходя из юридической силы актов Конституционного Суда. В свою очередь, она состоит в следующем: 1) они являются окончательными, не подлежат обжалованию, в равной мере обязательны для всех субъектов права и вступают в силу после их провозглашения; 2) они действуют непосредственно и не требуют подтверждения своего действия другими правовыми актами; 3) юридическая сила решений Суда о признании правового акта неконституционным не может быть преодолена принятием аналогичного правового акта; 4) решения государственных органов, которые основаны на правовых актах, признанных неконституционными, не могут быть исполнены и подлежат пересмотру в установленном порядке¹. При этом правовые позиции Конституционного Суда Украины имеют одинаковую юридическую силу

¹ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи України. – К. : Реферат, 2007. – С. 520–521.

и являются обязательными к исполнению независимо от того, в какой части акта они изложены. Это следует из общеобязательного характера его актов, а именно: из положения ч. 2 ст. 150 Конституции Украины об обязательности решений Суда по конституционности правовых актов и по официальному толкованию Конституции и законов Украины, а также ст. 69 Закона «О Конституционном Суде Украины», согласно которой решения и заключения КСУ в равной степени обязательны к исполнению.

Признавая законы, другие нормативно-правовые акты или их отдельные положения неконституционными, Суд совершенствует систему законодательства, лишает ее устаревших актов и юридических норм. Таким образом, решение суда является тем фактором, который непосредственно влияет на законодательный процесс и формирование законодательной базы государства.

Примером этому являются принятые решения по выборам, референдуму, принципу несовместимости мандата народного депутата Украины с государственной службой и другими видами деятельности, деятельности Президента, Кабинета Министров Украины и т. д. Это, в частности, побудило Верховную Раду к принятию соответствующих законодательных актов в новой редакции, внесению изменений в законы и другие правовые акты (в частности, законы Украины «О Счетной палате», «О выборах народных депутатов Украины», «О статусе народного депутата Украины», «О Регламенте Верховной Рады Украины» и др.).

Что касается правового статуса граждан, то следует подчеркнуть, что Конституционный Суд Украины значительно расширил понимание конституционных прав и свобод человека и гражданина, особенно в отношении права на жизнь, избирательных прав, прав на свободу объединений, участие в управлении государственными делами, труд, социальную защиту, достойный жизненный уровень, здравоохранение, образование и т. д. Примером может служить Решение от 29 декабря 1999 г. № 11-рп/99 (дело о смертной казни), в котором Конституционный Суд Украины указал, что право на жизнь принадлежит человеку от рождения и защищается государством (пункт 3 мотивировочной части). Конституция Украины не содержит каких-либо положений о возможности применения смертной казни как исключения из положения части первой статьи 27 Конституции Украины о

неотъемлемом праве на жизнь каждого человека, а потому смертную казнь как вид наказания, предусмотренный в соответствующих положениях Уголовного кодекса Украины, нельзя считать исключением из неотъемлемого права на жизнь каждого человека, закрепленного в Конституции Украины (пункт 4 мотивировочной части этого же Решения).

Следующим примером может быть Решение Конституционного Суда Украины № 15-рп от 14 ноября 2001 г. по делу о прописке, в котором Суд указал, что свободное передвижение и выбор места жительства является существенной гарантией свободы личности, условием ее профессионального и духовного развития. Эти свободы, а равно право свободно покинуть территорию Украины, могут быть ограничены только законом (статья 33 Конституции Украины). Такого закона на момент рассмотрения дела не было, а анализ подзаконных нормативных актов свидетельствовал, что прописка имеет разрешительный характер, т. е. зависела от решения паспортной службы органов внутренних дел. Такой порядок ограничивал право человека на свободный выбор места жительства.

Поэтому Суд признал не соответствующим Конституции Украины положения подпункта 1 пункта 4 Положения о паспортной службе органов внутренних дел, утвержденного постановлением Кабинета Министров Украины от 10 октября 1994 г. о прописке (выписке), согласно которому паспортная служба применяла как общее правило разрешительный порядок выбора лицом места жительства. Решение Суда было поддержано обществом, а Верховная Рада Украины после острых дискуссий приняла Закон Украины «О свободе передвижения и свободном выборе местожительства в Украине».

II.

Рассматривая проблему 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 находятся в фокусе научных исследований. Одной из таких стран является, несомненно, Великобритания с ее многовековыми традициями либерализма, законопослушания, стабильности правовой и управленческой систем. Неслу-

чайно в общественном сознании прочно утвердился и постоянно воспроизводится некий миф об «ухоженности английского политического газона»¹.

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 государственных 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 наделяется чрезвычайно широкой автономией как по отношению к другим властным структурам, так и по отношению к предыдущим созывам самого парламента»². 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 парламента³. Как следствие, такое понимание принципа разделения властей приводит на практике к осязательному и несколько экзотическому смещению полномочий между органами государственной власти с явным креном в сторону власти законодательной.

¹ Критику таких представлений см.: Оболонский А. В. Бюрократия для XXI века? — М.: Дело, 2002. — С. 34–66.

² Барабаш Ю. Г. Верховна Рада України. Спеціалізовані органи парламента контролю // Конституційне право України: підручник / за ред. В. П. Колісника та Ю. Г. Барабаша. — Х.: Право, 2008. — С. 252.

³ Марченко М. Н. Доктрина суверенитета Парламента и судебное правотворчество в Великобритании // Известия вузов. Правоведение. — 2005. — № 6. — С. 82.

Скажем, на протяжении почти 1400 лет существования должности лорда-канцлера последний был членом законодательного органа (будучи спикером Палаты лордов), являясь одновременно членом исполнительной власти, входившим в состав Кабинета, а в остающиеся от этих обязанностей время выступал еще и в качестве судьи¹. После принятия Акта о конституционной реформе 2005 г. ситуация радикально изменилась. Палату лордов возглавил 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 прерогативы 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 этого². 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 администрации, затрагивающих фундаментальные права человека, который во многом тождественен 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. Ков-

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

² 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.

лера, посвященная, правда, анализу упомянутого феномена применительно к деятельности Европейского суда по правам человека¹. Отдельные мысли по этому поводу можно встретить в переведенной на русский язык книге бывшего председателя Верховного 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»². В историческом разрезе обозначенную проблему в связи с деятельностью Верховного Суда США исследует З. Г. Голдобина³. На Украине отдельные аспекты этого феномена затрагивал С. В. Шевчук⁴. 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?⁵ Ирландец Б. Диксон обращает внимание на многообразие 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

¹ См.: Ковлер А. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? // Сравнительное конституционное обозрение. — 2010. — № 6. — С. 90–100.

² Барак А. Судейское усмотрение. — М.: Норма, 1999. — С. 194.

³ Голдобина 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.

⁴ Шевчук С. Концепція «суддівського активізму» у контексті судової правотворчості // Юридичний журнал. — 2008. — № 7–8. — С. 54–59.

⁵ Crowe J. Judicial activism and restraint // Encyclopedia of the Supreme Court / Ed. by D. Schultz. — N. Y.: Facts On File, 2005. — P. 237.

готовности судейского корпуса развивать право, в частности путем его широкого истолкования¹.

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 тогда, когда 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 прецедентов². 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 разномастные, 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 результат³. 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»⁴.

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 очерчи-

¹ 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.

² Ковлер А. Указ. соч. — С. 95.

³ Шевчук С. Указ. соч. — С. 54, 55.

⁴ Там же.

вает следующий круг вопросов: насколько судьи могут вторгаться в законодательные и исполнительные полномочия, аннулируя акты соответствующих структур, оказывать влияние на нормотворческую деятельность последних, в том числе путем формулирования правовых позиций, которые не могут быть преодолены нормотворцем, 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 в своих решениях правовых позиций и прецедентов.

Рассмотрим оба аспекта применительно к Соединенному Королевству.

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 доказательственные пробелы и противоречия исключительно путем выяснения у сторон или свидетелей интересующих его деталей¹.

При таком подходе важной особенностью традиционного англосаксонского 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 предсказуемы и в подавляющем большинстве случаев нейтрализуют друг друга при том, что сам суд, как правило, лишен права прибегнуть к независимой от сторон экс-

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.

пертизе. Очевидно, что приведенные особенности в известной степени и до определенных пределов сужают поле судейского 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».

Роль личности судьи существенно возрастает и при оценке доказательств (даже если они привнесены сторонами). Дело в том, что,

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.

как отмечает Л. В. Головкин, «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 подавляется, 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; в) быстрое определение, какие из спорных вопросов нуждаются в полном исследовании в судебном заседании и какие соответственно разрешению в упрощенном порядке; г) определение порядка разрешения спорных вопросов; д) поощрение сторон использовать альтернативную процедуру разрешения спора, если суд считает более подходящей и легкой такую процедуру; е) оказание сторонам помощи в урегулировании дела полностью или частично; ж) ведение графиков или иных методов контролирования движения дела; з) определение, оправдают ли вероятные выгоды от свершения отдельного действия расходы на его совершение; и) рассмотрение такого большого количества аспектов дела, которое возможно в дан-

¹ Головкин Л. В. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии // Уголовный процесс западных государств / под ред. К. Ф. Гуценко. — М. : Зерцало-М, 2002. — С. 87.

² Там же. — С. 88.

ной ситуации; к) рассмотрение дела без участия сторон, которым надлежало присутствовать в суде; л) обеспечение использования технических средств; м) дача указаний с целью обеспечить чтобы судебное заседание происходило быстро и эффективно¹.

Немало примеров судейского 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; в) издать постановление о проведении нового судебного процесса или слушания; г) издать постановление на выплату процентов; д) 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 судейским усмотрением. Имеется в виду, что возможность пересмотра решений нижестоящих судов предполагает не только соответствующее волеизъявление апеллярующего лица, выраженное в форме жалобы, но и разрешение на апелляцию, выдаваемое судом (так называемая процедура *certiorari*). Скажем, первоначально ходатайство о разрешении подать апелляцию адресуется суду нижестоящей инстанции 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

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

² The Supreme Court Rules 2009. – Режим доступа: <http://www.supremecourt.gov.uk>.

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 судейского 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 юридическим сообществом 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 убедятся 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 «дружественный читателю»).

Чего только стоила попытка судьи Высокого суда Англии и Уэльса Э. Глостер в решении по делу *Березовский v. Абрамович* объяснить британскому читателю, что на русском политическом и бизнес-жаргоне 90-х гг. означало понятие «krisha»! А вот что написал в своем особом мнении по делу *A(FC) et al. v. Secretary of State for the Home Department* лорд Хоффман, мальчиком переживший налеты люфтваффе и тем не менее сопротивлявшийся чрезмерным ограничениям прав человека после терактов в Лондоне 7 июля 2005 г.: «Если нам удалось пережить нападение Гитлера, балансируя на грани жиз-

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.

ни и смерти, то нет никаких сомнений, что мы переживем и Аль-Кайду». Как видим, западным судьям нравится 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.

Судебный активизм. Как было отмечено выше, необходимо четко различать судейский 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. Уолтман приводил в свое время интересные аргументы, объясняющие, почему судебный активизм выражен в Англии в гораздо меньшей степени, чем в той же Америке. В частности, 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 всяче-

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. дис. ... к. ю. н. – М.: ИГП РАН, 2007. – С. 23.

ским 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 действительность 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 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 действительность средствам исправления и защиты, согласно истинному намерению создателей акта»². Несложно заметить, что это правило, сформулированное самым общим образом и предельно расплывчато, открывает перед английскими судьями поистине неограниченное поле для маневра.

Очевидно, что в процессе правоприменения судам время от времени приходится сталкиваться с необходимостью интерпретации не только внутрисударственного, но и международного, в частности конвенционного права. Так, рассматривая уже упоминавшееся нами «дело Ассанжа», Верховный Суд вынужден был установить, включает ли в себя понятие «юридические власти» (*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 дан-

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 правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. – М.: Междунар. отношения, 2004. – С. 44.

ное 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 меняющих 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 правительством (ст. 4 Акта о правах человека)². «Это уже напоминает континентальный институт судебного контроля за конституционностью законов, — пишет И. К. Иванова, — однако декларация о несоответствии далека от него, поскольку позиция суда не связывает законодателя и тем самым не посягает на принцип верховенства парламента»³.

К сожалению, объем настоящей публикации не позволяет остановиться на всех без исключения 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 См.: 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.

² Закон о правах человека 1998 г. // Конституционный контроль в зарубежных странах : учеб. пособие / отв. ред. В. В. Маклаков. — М. : Норма, 2007. — С. 166.

³ Иванова И. К. Указ. соч. — С. 24.

Федерализм как политико-правовая ценность (идеология децентрализованного государства)

1. Введение

Научные исследования по вопросам федеративной теории зачастую начинаются с определения соотношения понятий «федерация» и «федерализм», перечисления принципов федерализма, описания его различных моделей¹. Данный подход хотя и подкреплен авторитетом научной традиции, но в известном смысле уже набил оскомину и малопригоден для целей получения нового знания.

За последние два десятилетия в отечественной юридической науке появилось большое количество работ по федеративной проблематике, однако они не привели к консенсусу в понимании федеративного государства (федерализма), его отличительных черт. Как следствие, ученые насчитывают сотни определений федерализма, десятки признаков федерации². Подобная разногласия объясняется, прежде всего, принципиально отличными методологическими подходами, неодинаковыми мировоззренческими установками исследователей. Глубинная причина этих противоречий, как нам представляется, лежит даже не в рамках науки конституционного права (с точки зрения современного понимания ее предмета), а скорее, в области философии и теории права, онтологических и аксиологических представлений о праве.

В этом смысле характерен спор Л. М. Карапетяна с В. Е. Чиркиным и Э. В. Тадевосяном³. В современном мире при формальном анализе

¹ См., например: Глигич-Золотарева М. В. Правовые основы федерализма. — М., 2006. — С. 11–127; Добрынин Н. М. Российский федерализм: становление, современное состояние и перспективы. — Новосибирск, 2005. — С. 16–43; Карапетян Л. М. Федеративное устройство Российского государства. — М., 2001. — С. 3–40; Киселева А. В., Нестеренко А. В. Теория федерализма. — М., 2002. — С. 10 и след.; Фарушкин М. Х. Федерализм: теоретические и прикладные аспекты. — М., 2004. — С. 11–73, 139; Федерализм: теория, институты, отношения (сравнительно-правовое исследование) / отв. ред. Б. Н. Топорнин. — М., 2001. — С. 11–33; Умнова И. А. Конституционные основы современного российского федерализма : учеб.-практ. пособие. — 2-е изд., исправ. и доп. — М., 2000. — С. 101 и след.; Черепанов В. А. Теория российского федерализма. — М., 2005. — С. 30–63 и др.

² Абдулатипов Р. Г. Федералогия : учеб. пособие. — СПб., 2004. — С. 18; Мелкумов А. А. Российская и канадская модели федерации: сравнительный анализ. — М., 2010. — С. 10–15; Глигич-Золотарева М. В. Указ. соч. — С. 25–27.

³ Карапетян Л. М. Указ. соч. — С. 14–17. См. также: Шевцов В. С. Федерализм и Россия (История. Проблемы. Перспективы). Том I. — С. 38 и след.