

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

С. А. Белов  
С. А. Манжосов

ДОКТРИНА ПРЕЦЕДЕНТА  
В КОНСТИТУЦИОННОМ  
И МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВОСУДИИ

Научное электронное издание

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2020

ISBN 978-5-288-06084-7

УДК 347.4  
ББК 67.410.1  
Б43

(3,3 Мб) **Белов С. А., Манжосов С. А.** Доктрина прецедента в конституционном и международном правосудии. — СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та, 2020.

В настоящей книге раскрываются предпосылки и содержание доктрины прецедента, а также особенности её восприятия в теории и практике конституционного и международного правосудия. Используя богатый исследовательский инструментарий общей теории права и сравнительного правоведения, авторы книги системно излагают научную концепцию судебного прецедента, призванную разрешить или, по меньшей мере, существенно прояснить множество методологических затруднений, с которыми сталкиваются отечественные юристы при изучении прецедентного права, а также в ходе применения правовых позиций конституционных и международных судов.

Издание предназначено для юристов, может быть полезно преподавателям, судьям, адвокатам и всем, кто интересуется проблемами использования судебного прецедента в юридической аргументации, а также проблемами судебной практики, особенно в области конституционного и международного права.

*Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ  
в рамках научного проекта № 18-011-01136 «Доктрина прецедента  
в конституционном и международном правосудии».*

*Издание публикуется в авторской редакции.*

Подписано к использованию 11.01.2021  
Издательство СПбГУ. 199004, С.-Петербург, В. О., 6-я линия, д. 11.  
Тел./факс +7(812) 328-44-22  
E-mail: publishing@spbu.ru publishing.spbu.ru

# Оглавление

Введение.....	4
<i>Глава 1. ОСНОВАНИЯ ДОКТРИНЫ ПРЕЦЕДЕНТА.....</i>	<i>13</i>
§ 1. Онтологические основания.....	13
§ 2. Гносеологические основания .....	24
§ 3. Этические основания .....	55
§ 4. Юридические основания .....	59
§ 5. Институциональные основания .....	92
<i>Глава 2. СЛЕДОВАНИЕ ПРЕЦЕДЕНТУ.....</i>	<i>97</i>
§ 1. Критика теории рассуждения по аналогии.....	97
§ 2. Толкование прецедента .....	111
§ 3. Доктрина прецедента и принцип пропорциональности .....	116
<i>Глава 3. ПЕРЕСМОТР ПРЕЦЕДЕНТА .....</i>	<i>147</i>
§ 1. Общая теория пересмотра .....	147
§ 2. Доктрина <i>per incuriam</i> .....	154
§ 3. Доктрина «специального оправдания» .....	162
§ 4. Завершающие выводы .....	186
<i>Глава 4. АНАЛИЗ ПРАКТИКИ КОНСТИТУЦИОННЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ .....</i>	<i>190</i>
§ 1. Конституционные суды Западной Европы .....	190
§ 2. Конституционные суды Центральной и Восточной Европы.....	205
§ 3. Конституционные суды Азии.....	220
§ 4. Международные суды .....	236

# Введение

Прецеденты в конституционных и международных судах представляют собой совершенно особенное явление по сравнению с прецедентами в судах вообще. Конституционные суды появились именно в тех странах, где не признавалось прецедентное право и во многом вследствие его отсутствия. Основной предмет деятельности конституционных судов — проверка соответствия законов конституции — появился более чем за столетие до создания первого конституционного суда, но мог успешно функционировать только в тех странах, где действовал принцип прецедента. Любой суд, применяющий закон, мог отказать в его применении, сославшись на его неконституционность, а неопределенность в правовой системе в отношении последующего применения этого закона снималась обязательностью выводов такого решения суда для других судов и для самого суда, вынесшего это решение.

В правовых системах, где не действовал принцип *stare decisis* (лат.: «стоять на решённом» — обязательность ранее вынесенного решения не только в отношении обстоятельств конкретного дела, но и правовых оснований решения этого дела) потребовалось создать особые, конституционные суды.<sup>1</sup> Их особенность выражалась в том, что выносимые ими решения изначально были ориентированы не на решение конкретных дел, а на исправление противоречий в правовой системе, их акты в силу прямого указания закона становились так же общеобязательны, как нормативные, публиковались для всеобщего сведения и приобретали таким образом при внешней форме судебного решения некоторые свойства нормативных решений.

---

<sup>1</sup> Именно так объяснял логику появления конституционных судов их основоположник Ганс Кельзен: Kelsen H. *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution* // *The Journal of Politics*. Vol. 4. No. 2 (May, 1942). P. 183–200.

Несмотря на это, появление конституционных судов в странах романо-германской традиции было воспринято как наступление прецедентного права, предательство традиции запрета судебного правотворчества (невзирая на то, что нормативность этих решений была явно вторичной, производной от сопоставляемых судом нормативных положений). Дискуссии о месте и роли решений конституционных судов в системе правовых актов сопровождали первые годы работы таких судов во всех странах.

Самим конституционным судам явно не хватало в работе методов и навыков прецедентного права ни для внешней презентации своих решений, ни для формирования собственной практики (в чем признавались, в частности, судьи Конституционного Суда России). При этом и в глазах сторонних наблюдателей и в глазах самих судей и работников конституционных судов сочетание формы судебного решения и нормативного содержания почти неизбежно приводило к заключению, что решения таких судов — это прецеденты. Аналогичным образом во многих европейских континентальных правовых традициях, таких как российская, воспринимаются и решения Европейского суда по правам человека.

Такая ситуация порождает очевидную потребность в теоретическом и сравнительно-правовом исследовании о функционировании решений конституционных судов в контексте правовых систем, которым совершенно чужды идеи судебного прецедента, в том числе в международном праве. О доктринах, представляющих собой альтернативы концепции *stare decisis*, о значении выстраивания последовательной судебной практики для реализации и защиты принципов правового государства, равенства и правовой определенности.

К сожалению, в отечественной литературе эта принципиальная задача до сих пор не решена, что и стало стимулом для проведения настоящего исследования, цель которого — дать удовлетворительную теорию судебного прецедента, которая позволяла бы учитывать особенности конституционного и международного правосудия.

Изложение результатов любого научного исследования требует определения его предмета — основных исследуемых понятий. В рамках нашего исследования таковым выступает понятие *судебного прецедента*. На первый взгляд всё довольно ясно. «Судебный прецедент (лат. *praecedens* — идущий впереди, предшествующий) — часть судебного решения по конкретному делу, содержащая информацию о сформулированном судом правиле, которое интерпретируется как основание общезначимой и общеобязательной нормы

поведения для всех, кому оно адресуется, в том числе для судов при решении аналогичных дел»<sup>2</sup>.

Родственное и более характерное для континентальной правовой традиции понятие *судебной практики* представляет собой «сложившиеся обыкновения, приёмы, способы решения юридических дел, формирующие и уточняющие значение правовых норм», которые «могут являться источником норм права и в тех правовых системах, в которых не признаётся прецедентное право»<sup>3</sup>. Разница между судебным прецедентом и судебной практикой — это разница между англосаксонской доктриной *stare decisis* и континентальной доктриной *jurisprudence constante* (фр.: «постоянная судебная практика»). В первой даже единичному решению суда придаётся нормативное значение; во второй судьи имеют обыкновение ссылаться в основном только на устоявшиеся общие подходы, развитые в целой серии судебных решений.

Судебная практика в этом смысле напоминает другой источник права — правовой обычай. Однако ещё в начале XX века русский философ и правовед Е. Н. Трубецкой высказал наблюдение, что «в сущности обычай сводится к прецеденту: он есть не что иное, как *множественный прецедент*. В самом деле, ясно, что все юридические нормы, относимые к обычаю, первоначально сложились не путём обычая, а путём прецедента: так называемые юридические обычаи возникали по *поводу единичных случаев*; возникшее таким образом правило затем применялось к ряду однородных случаев и становилось *обычаем*. Обычай таким образом только скреплял правило, возникшее путём прецедента; иначе говоря, обычай есть многократно повторявшийся прецедент»<sup>4</sup>. Соответственно, и понятие судебной практики он использует в более широком смысле, полагая, что её потому и нельзя свести к обычаю, что она «может вырабатывать нормы права не только путём множественных, но и путём единичных прецедентов»<sup>5</sup>. В этой терминологии судебная практика и судебный прецедент почти тождественны друг другу. Понятие множественного прецедента позднее использовал также С. И. Вильнянский при

---

<sup>2</sup> Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права: учебник. СПб.: Издательский дом СПбГУ; Издательство юридического факультета СПбГУ, 2005. С. 294 (в оригинале всюду вместо курсива используется полужирный шрифт).

<sup>3</sup> Там же. С. 296.

<sup>4</sup> Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М.: Т-во типографии А. И. Мамонтова, 1917. С. 98–99.

<sup>5</sup> Там же. С. 135.

обосновании своего тезиса о судебной практике как источнике советского права<sup>6</sup>. Идея получила одобрение государства; правда, момент формирования такого прецедента был увязан с принятием постановления Пленума Верховного Суда СССР, но оно должно было приниматься на основе анализа и обобщения множества судебных решений<sup>7</sup>. В современную эпоху на труды советского учёного ссылаются в полемике с А. А. Ивановым академик Ю. К. Толстой, полагая более приемлемой для российского правопорядка именно идею множественного, а не единичного прецедента<sup>8</sup>.

Широкая трактовка понятия судебного прецедента проявляется и в другом аспекте: наряду с обязательными прецедентами издавна принято выделять ещё и «убеждающие» прецеденты (англ.: *persuasive precedent*)<sup>9</sup>, или, что практически одно и то же, прецеденты *de facto*<sup>10</sup>. Это позволяет многим авторам и даже судьям пользоваться словом «прецедент» при обсуждении актов судебного толкования в контексте любого правопорядка, не взирая на отсутствие сколько-нибудь признанной доктрины по поводу их прецедентного значения<sup>11</sup>.

Против излишне щедрого наделения решений отечественных судов титулом прецедента — во всяком случае, когда это происходит в рамках научного дискурса — выступили, в частности, судьи Конституционного Суда РФ К. В. Арановский и С. Д. Князев, поддер-

---

<sup>6</sup> См.: Вильнянский С. И. Значение судебной практики в гражданском праве // Учёные труды ВИЮН. Вып. 9. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. С. 239–290, 244–245.

<sup>7</sup> См.: Бурков А. Л. Статус постановлений Пленума Верховного Суда РФ в законодательстве и судебной практике // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 5. С. 172–186, 175.

<sup>8</sup> См.: Цыганкова В. Речь Антона Иванова о прецедентном праве. Кто был против? // Право.Ru. 2010. 20 марта. URL: <https://pravo.ru/review/view/26629/> (дата обращения: 28.11.2020); Телехов М. На ПМЮФ проголосовали за доктрину прецедентного права // РАПСИ. 2019. 17 мая. URL: [http://rapsinews.ru/incident\\_news/20190517/299186923.html](http://rapsinews.ru/incident_news/20190517/299186923.html) (дата обращения: 28.11.2020).

<sup>9</sup> См.: Богдановская И. Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 75–87, 83.

<sup>10</sup> См.: Будылин С. Л. Прецедент на распутье. Краткая история судебного правотворчества в России // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С. 112–149.

<sup>11</sup> В отношении актов Конституционного Суда РФ см., например: Особое мнение судьи Б. С. Эбзеева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 31 июля 1995 года № 10-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 1995. № 5. Кроме того, и сам Конституционный Суд РФ часто использует термин «прецедентная практика» применительно к постановлениям и решениям Европейского Суда по правам человека.

живая взгляд, что «прецедент создаёт не любая судебная практика, а только суды, которым *common law* (англ.: «общее право». — *Авт.*) хотя бы не чуждо»<sup>12</sup>. Ограничивая понятие прецедента доменом англосаксонской правовой культуры, они предлагают в отношении схожих правовых явлений в странах романо-германского права использовать термин «нормосодержащие акты судебного толкования» (вполне применимое и к прецеденту)<sup>13</sup>.

Мотивом такого подхода выступают опасения по поводу недоразумений, которые могли бы сопровождать употребление «прецедентной» терминологии. Эти опасения высказывает и М. В. Антонов, отмечая, что «применение термина “прецедент” к разнородным правовым явлениям может привести как к ложным аналогиям, так и к ошибочным законодательным решениям»<sup>14</sup>. По его мнению, «вопросы, которые в отечественном правоведении сегодня обсуждаются под рубрикой прецедентного права, более плодотворно могут исследоваться в ракурсе изучения специфических особенностей нормативности судебных актов», что позволит «уйти от малопродуктивных теоретических схем и от ошибочных аллегорий, навеянных некритическим использованием термина “прецедент”»<sup>15</sup>.

Трудно не согласиться, что «в современных дискуссиях в России термин “прецедент” предстаёт как своего рода идеологема, через которую транслируется множество разнообразных смыслов — свобода судейского усмотрения, правомочие вышестоящих судов давать обязательные директивы нижестоящим, выведение нормы из аналогии с предшествующими решениями, правомочие судей создавать нормы права, средство обеспечения единообразия судебной практики и т. п.»<sup>16</sup>. Одна из фундаментальных задач нашего исследования — достичь большей ясности в различении этих смыслов. С этой целью, если не указано иное, мы будем придерживаться определения, которое было сформулировано в самом начале и которое в качестве референта подразумевает нормативную обязывающую силу судебных решений в том виде, в каком она получила признание в странах англосаксонского права.

---

<sup>12</sup> Арановский К. В., Князев С. Д. Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // Известия вузов. Правоведение. 2012. № 4. С. 64.

<sup>13</sup> Там же. С. 66.

<sup>14</sup> Антонов М. В. О некоторых теоретических вопросах прецедентной революции в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 9.

<sup>15</sup> Там же. С. 10–11.

<sup>16</sup> Там же. С. 10.

Почему же судебный прецедент в этом узком смысле слова привлекает наше внимание в особенной степени? Очевидно, вовсе не потому, что англосаксонское право в различных его проявлениях должно мыслиться как безусловный образец для подражания. Ценность прецедента состоит в том, что он выполняет важную социальную функцию — он обеспечивает логическую последовательность (единообразие) судебной практики, а вместе с этим предсказуемость поведения правовой системы в целом и, стало быть, правовую определённость.

Инструментов обеспечения такой последовательности существует множество, и первенство среди них к началу XIX века в континентальной Европе окончательно возымел закон. Этому инструменту присуще, по меньшей мере, одно неоспоримое преимущество перед прецедентным правом: он позволяет создать правовую определённость задолго до того, как дело окажется в суде. Именно об этом повествует известный аргумент И. Бентама о судебных прецедентах как «собачьем праве». Однако в это же время рационалистическая вера предшествующего столетия в саму возможность урегулировать законодательно все вопросы права стала постепенно сходить на нет. Оказалось, что и в случае логической беспробельности любой закон всё же содержит некоторую неясность, которую нельзя устранить даже с помощью общепризнанных методов судебного толкования. Чтобы восполнить правовую неопределённость, требуется издание всё новых законов, которые, в свою очередь, тоже не до конца ясны и тоже требуют уточнения, *ad infinitum*. Сомнений нет: этот Ахиллес никогда не догонит черепаху. Такое непрерывное, а главное, быстрое и оперативное законотворчество превосходит ресурсы любого законодательного органа.

Ситуация выглядит ещё более сложной в области конституционного и международного права. Конституция призвана ограничивать законодателя, а потому уточнить её законодательным путём не так-то просто. В демократическом, а особенно федеративном государстве принятие конституционных поправок может затянуться на столетия. Принятие и последующее изменение международной конвенции тоже требует долгих и сложных переговоров.

Вполне естественно, что в этих условиях взоры юридической теории вновь обращаются к давно известному англичанам феномену судебного прецедента, но теперь уже как инструменту, имеющему не самостоятельное, а вспомогательное значение. Предмет наибольшего научного интереса в век тотального господства писаного права

составляет уже не креативный, а интерпретативный прецедент, или прецедент толкования — вторичный источник права, юридическая сила которого определяется его подчинённым положением по отношению к первичным источникам, смысл которых он проясняет<sup>17</sup>. Но и в этой роли ему существуют альтернативы, и одна из них — это идея «множественного прецедента», вследствие кодификации права пребывающая в Европе глубоко на периферии научных разработок, в отличие от доктрины прецедента в англосаксонской юриспруденции. Было бы крайне желательно, чтобы в стремлении к достижению благой цели — повышению правовой определённости — надлежащее средство было выбрано осмысленно и на основе тщательного анализа его полезности и издержек, а также контекста, который задаётся конкретным правопорядком.

Любопытно, что ещё в 1903 году профессор Киевского и Варшавского университетов, Г.В. Демченко, в своей диссертации о судебном прецеденте, которая получила похвалу от современников<sup>18</sup> и в значительной мере до сих пор не утратила своей актуальности, подчёркивал, что «для правильного понимания вопроса о силе прецедентов необходимо точно уяснить себе, что, собственно, в отдельном судебном решении может иметь какое-нибудь общее значение и как, собственно, следует пользоваться судебными прецедентами». И тут же констатировал: «Писатели континентальной Европы этим не занимаются и не интересуются вовсе»<sup>19</sup>.

Спустя более чем столетие ситуация почти не изменилась. Как отмечается в авторитетном оксфордском справочнике, за спором об обязательности прецедента европейские юристы, в отличие от их англо-американских коллег, практически не уделяют внимания методологии прецедентного права<sup>20</sup>. В результате весь этот спор приобретает несколько преждевременный характер, поскольку неясно, что именно вменяется суду в обязанность и какое влияние принцип *stare decisis* должен оказывать на методологию принятия судебных

---

<sup>17</sup> О первичных и вторичных источниках права, а также креативных и интерпретативных прецедентах см.: Поляков А. В., Тимошина Е. В. Указ. соч. С. 284–287, 294–295.

<sup>18</sup> См., например: Чубинский М. П. [Рецензия] // Вестник права. Т. 34. 1904. Кн. 5. С. 215–225. — Рец. на кн.: Демченко Г. В. Судебный прецедент.

<sup>19</sup> Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава: Типография Варшавского учебного округа, 1903. С. 101.

<sup>20</sup> См.: *Vogenaue* S. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law // The Oxford Handbook of Comparative Law / ed. by M. Reimann, R. Zimmermann. New York, 2012. P. 895.

решений. В одном из своих научных выступлений эту проблему выделяет и судья Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиев, напоминая, что «большинству российских юристов прецедентное право не знакомо, оно не изучается в вузах, по нему не написано хороших учебников на русском языке», а потому заимствовать на практике доктрину прецедента «без пополнения методологического багажа просто опасно»<sup>21</sup>.

Именно пополнению такого методологического багажа и посвящено настоящее исследование, в котором вопросы методологии прецедентного права составляют центральную часть. Однако прежде, чем подойти к их рассмотрению, требуется достичь ясного представления о наиболее важных предпосылках изучаемого феномена — провести своего рода «критику» доктрины прецедента в кантианском смысле этого слова.

Изложение теории судебного прецедента должно, соответственно, выстраиваться путём последовательного рассмотрения четырёх вопросов:

- 1) Каковы *основания* доктрины прецедента — то есть, предпосылки её признания, те условия, без которых она невозможна?
- 2) В каком случае суд обязан *следовать* собственному прецеденту — то есть, какова должна быть методика выявления прецедентной нормы?
- 3) В каком случае суд вправе (или обязан) *пересмотреть* собственный прецедент — то есть, лишить его нормативной силы?
- 4) Каковы иные формы судебного нормотворчества и в чём состоят их сравнительные преимущества и недостатки?

Уточним заранее: все эти вопросы будут рассматриваться нами исключительно в аналитическом и эмпирическом, но не в нормативном (догматическом) ключе<sup>22</sup>. Развиваемая здесь теория судебного прецедента не пытается обосновать единственно верную трактовку

---

<sup>21</sup> Цит. по: Серёгин О. Право и правосознание как экономические проблемы // Новостная служба портала ВШЭ. 2012. 10 октября. URL: <https://www.hse.ru/news/avant/63634940.html> (дата обращения: 25.11.2020).

<sup>22</sup> По поводу различения этих трёх аспектов юридического научного исследования см.: Alexy R. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification / transl. by N. MacCormick. New York: Oxford University Press, 2010. P. 15–16.

принципа *stare decisis*, а только выясняет его актуальное и потенциальное содержание. Сказанное касается и других правовых принципов и институтов. Некоторые утверждения, догматические по форме, следует воспринимать лишь как реконструкцию логики современного развития различных правопорядков. Равным образом мы не считаем здесь возможным настаивать на том или ином решении «вопроса о прецеденте» в конституционном и международном правосудии. Однако в распоряжении читателя будут все необходимые данные, чтобы попытаться самостоятельно ответить на этот вопрос: обязаны ли конституционные и международные суды соблюдать свои собственные правовые позиции?

В настоящем исследовании (особенно в его сравнительно-правовой части) основное внимание сосредоточено на функционировании методологии прецедента скорее «внутри» конституционного и международного правосудия, нежели на вопросах встраивания решений конституционных и международных судов в правовые системы. Этот предмет требует дополнительного исследования.

Авторы выражают признательность издателям *Журнала конституционного правосудия, Конституционного и муниципального права, Сравнительного конституционного обозрения и Международного правосудия* за любезно предоставленное согласие на включение в настоящую монографию материалов статей, ранее опубликованных в этих журналах.

# Глава 1

## ОСНОВАНИЯ ДОКТРИНЫ ПРЕЦЕДЕНТА

Все предпосылки, или основания, доктрины прецедента можно разбить на три группы. Первую группу составляют концептуальные основания, которые подразумеваются в самом понятии прецедента и без которых это понятие невозможно мыслить непротиворечиво. Они делятся на *онтологические* основания, предопределённые общенаучной картиной мира, и *гносеологические* основания, происходящие из некоторой точки зрения по поводу возможности познания мира. Ко второй группе относятся нормативные основания, которые включают в себя *этические* основания, разработанные в области моральной философии, и юридические основания в виде правовых норм, которые изучаются правоведением. Наконец, третья группа — это *институциональные* основания, определяющие фактическую возможность установления этой доктрины в том или ином правопорядке.

### § 1. Онтологические основания

#### 1.1. Спор об универсалиях

Понятие судебного прецедента, как и понятие источника права вообще (в формально-юридическом смысле), предполагает существование общих норм. Юристы, как правило, не сомневаются в их существовании — и тем самым примыкают к определённому философскому лагерю. Кроме того, даже не имея сомнений по этому поводу, следует всё-таки разъяснить себе, в каком смысле они «существуют».

Общие нормы — это разновидность общих объектов, к числу которых относятся также общие предметы, о которых эти нормы утверждают (например — человек вообще, имущество вообще, судопроизводство вообще, и т. д.) и которые обозначаются в языке с помощью общих терминов. В истории философии вопрос о том,

существуют ли общие предметы, о которых говорят общие термины (и какие объекты в действительности соответствуют этим терминам, если не общие предметы), известен как «спор об универсалиях», уходящий корнями в Античность и особенно интенсивно протекавший в Средневековье. Принято в этом споре выделять три точки зрения: реализм, концептуализм и номинализм<sup>1</sup>. В литературе сложилась изрядная путаница по поводу того, где именно пролегает граница между ними, однако весьма удачно существо разногласий резюмирует польский логик Т. Котарбиньский: в его интерпретации «под реализмом понимается признание существования как общих объектов (универсалий), так и общих понятий и общих имён, тогда как под концептуализмом понимается доктрина, признающая существование только общих понятий и общих имён, а под номинализмом — допущение лишь общих имён»<sup>2</sup>.

Первая позиция, *реализм*, исходит из предположения, что общие предметы (универсалии) существуют подобно телам — в реальном времени и пространстве, но отдельно от вещей («в воздухе»), или в самих вещах, но так, что один общий предмет одновременно присутствует в каждой из них (человек вообще, словно парусина, покрывает собой всех людей), или в обособленном метафизическом пространстве — космическом мире эйдосов, выступающих образцами для «причастных» им вещей, которые от них происходят (платонизм)<sup>3</sup>. Неразрешимая трудность этой позиции состоит в отсутствии убедительного описания механизма, посредством которого общие предметы сообщаются с вещами. Прямо противоположная точка зрения, *номинализм* в его крайней форме, предполагает, что общие термины — это просто «звук голоса» (лат.: *flatus vocis*), которому в действительности никакие общие предметы не

---

<sup>1</sup> Не следует смешивать с ними одноимённые чисто юридические теории Нового времени — правовой реализм, вышедший из недр социологической школы права и «юриспруденции интересов» (нем.: *Interessenjurisprudenz*), и правовой концептуализм, о котором иногда говорят, имея в виду юридический формализм и связанную с ним так называемую «юриспруденцию понятий» (нем.: *Begriffjurisprudenz*). Об этих теориях речь пойдёт впереди.

<sup>2</sup> Котарбиньский Т. Лекции по истории логики // Котарбиньский Т. Избранные произведения / пер. с пол. М. М. Гуренко [и др.]; общ. ред., вступ. статья и коммент. И. С. Нарского; ред. А. А. Якушев. М.: Иностранная литература, 1963. С. 410.

<sup>3</sup> См.: Левин Г. Д. Проблема универсалий: современный взгляд. М.: Канон+, 2005. С. 68–74.

соответствуют<sup>4</sup>. Как следствие, значение общего термина становится субъективно-произвольным (и поэтому неясно, каким образом он всё ещё может считаться общим). Наконец, *концептуализм*, который иногда рассматривается как умеренный номинализм — это учение о том, что общему термину соответствует общее понятие, которое конструируется на основе сходства признаков отдельных вещей, входящих в его объём<sup>5</sup>. Само сходство не есть вещь — оно имеет бестелесную, идеальную природу, хотя представляется как бы присутствующим в вещах или, вернее, между вещами. Это отношение, в котором состоят признаки вещей друг с другом (и в силу которого они именуется общими признаками в противоположность единичным признакам, не имеющим сходства с признаками другой вещи). Отказавшись от общих предметов, концептуализм, таким образом, вынужден вместо этого решать проблему существования отношений. Их объективную реальность отрицает так называемая теория внешних отношений, которая констатирует, что органами чувств воспринимаются только отдельные вещи, но не отношения между ними, и заключает отсюда, что последние существуют только в мысли<sup>6</sup>. Если мысленное установление отношений всегда субъективно-произвольно, то при такой трактовке концептуализм входит в опасное сближение с позицией крайнего номинализма. В качестве спасительного доказательства объективной реальности отношений российский учёный, Г. Д. Левин, предлагает провести эксперимент: разобрать какой-нибудь домашний прибор, затем собрать его неправильно и на собственном опыте убедиться, что детали, поставленные не в те отношения, делают прибор неработоспособным. Хотя на органы чувств воздействуют только вещи, отношения опосредованно проявляются в этом воздействии, а значит, существуют<sup>7</sup>. В этом примере использован прагматический критерий: получается, что отношения существуют не только в мысли, но и вовне, если их изменение создаёт препятствия или, наоборот, возможности для достижения цели (например, для употребления вещи по назначению). Приведённое доказательство имеет в виду отношения структурной связи между элементами системы, но его можно модифицировать и представить как доказательство отношений сходства, если в ходе

---

<sup>4</sup> См.: Там же. С. 85–87.

<sup>5</sup> См.: Там же. С. 78.

<sup>6</sup> См.: Там же. С. 56–61.

<sup>7</sup> См.: Там же. С. 61–62.

эксперимента на место одной из деталей поместить совершенно непохожую или, наоборот, точно такую же.

Любое из этих решений онтологического вопроса имеет в качестве следствия свою гносеологическую проблематику: реализм нуждается в объяснении познаваемости общих предметов, номинализм — познаваемости мира без использования общих понятий, концептуализм — в описании механизма конструирования общих понятий.

## 1.2. Типы правопонимания

Общенаучное значение спора об универсалиях состоит в том, что представленные три точки зрения выступают онтологическими допущениями любой теории, в том числе общей теории права и, соответственно, теории правовых норм<sup>8</sup>. Интерпретация бытия общих норм будет различаться в зависимости от принятой философской перспективы.

Онтологический реализм наиболее полно проявил себя в классических редакциях *естественно-правовой теории*<sup>9</sup>. Этому учению, как известно, присущ правовой дуализм, поскольку в качестве права оно рассматривает не только нормы, установленные человеческой волей (позитивное право), но и нормы так называемого естественного права, которое полагается нерукотворным, проистекающим из природы человека, а потому — единым для всех народов, вездесущим, вечным и неизменным. Более того, именно естественное право получает ярлык «настоящего», «подлинного» права, в то время как позитивное право пользуется признанием только в качестве его тени. Если нормы, установленные людьми, противоречат естественному праву, то они считаются «плохим», «искажённым», «ошибочным» правом, вплоть до того, что им может быть отказано в признании правового качества как такового — и тогда они лишаются обязывающей силы. За счёт этого естественное право может ставить ограничения на пути всякого позитивного правотворчества, в том числе судебного. Предполагается, что нормы естественного права существуют объективно и могут быть усвоены неким усилием раз-

---

<sup>8</sup> См.: Тимошина Е. В. Право как «идея», как «фикция» и как «факт»: о номинализме и реализме в теории права // Труды института государства и права РАН. 2013. № 4. С. 48–75.

<sup>9</sup> См.: Там же. С. 53–56.

ума, однако способ этого усвоения остаётся загадкой: «подлинный», надпозитивный нормативный порядок в классическом юснатурализме, подобно платоновским идеям, располагается за границами опытного познания<sup>10</sup>.

Именно в период господства этой парадигмы, предполагавшей веру «в право, которое не обязано происхождением государству и вообще человеческой воле, но само господствует над произволом»<sup>11</sup>, в английской юриспруденции XVII–XVIII веков была выработана так называемая деклараторная теория прецедента, наиболее известными пропагандистами которой были правоведы и судьи М. Хейл и У. Блэкстон<sup>12</sup>. По их представлениям, судьи никогда не создают право, а только провозглашают, декларируют его. Поводом для выдвигания этой теории послужило то, что одним из основных первичных источников права в Англии, помимо статутного права (законодательства), считается общее право (англ.: *common law*), которое относится к разряду неписаного права. Номинально это было право обычаев, которое включало в себя общие обычаи королевства (или общее право в узком смысле слова), особенные обычаи, принятые в некоторых его областях, а также особенные правила, соблюдаемые по обычаю в некоторых судах и юрисдикциях<sup>13</sup>. Однако возникала гносеологическая проблема: как установить, в чём состоит обычай? А самое главное — кто должен это делать? На второй вопрос Блэкстон даёт однозначный ответ: судьи, ибо «они хранители законов; живые оракулы, которые должны разрешать сомнение во всех случаях и которые связаны клятвой решать согласно праву страны»<sup>14</sup>. Такое доверие к судьям неслучайно, поскольку «их знание права проистекает из опыта и усердных занятий», а также «из продолжительной личной привязанности к судебным решениям их предшественников»<sup>15</sup>. На самом деле, именно «эти судебные решения

---

<sup>10</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / пер. с нем., англ., фр.; сост. и вступ. ст. М. В. Антонова. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2015. С. 124.

<sup>11</sup> Арановский К. В., Князев С. Д. Указ. соч. С. 58.

<sup>12</sup> См.: Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Т. В. Апаровой; под общ. ред. Ф. М. Решетникова. М.: Юридическая литература, 1985. С. 44–45.

<sup>13</sup> См.: Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons / ed. by D. Lemmings, W. Prest. New York: Oxford University Press, 2016. P. 48.

<sup>14</sup> Ibid. P. 52.

<sup>15</sup> Ibid.

суть первое и наиболее авторитетное доказательство... существования такого обычая, который составляет часть общего права»<sup>16</sup>. Сегодня это положение принято понимать в том смысле, что «если раннее решение выступает в роли простого доказательства того, каким является право, то ни один судья не сможет считаться полностью им связанным»<sup>17</sup>. Получается, доктрина прецедента в деклараторной теории невозможна? Не совсем так: в рассуждениях Блэкстона чётко прослеживается мысль, что суды, исходя из соображений правовой определённости, должны следовать прецеденту и что пересмотр прецедента не может быть продиктован только убеждениями судей<sup>18</sup>. Он даже уподобляет решения английских судов как «доказательства того, в чём заключается общее право», решениям римского императора по конкретным делам, которые в силу соответствующего указания в Кодексе Юстиниана «должны были служить руководством для будущего»<sup>19</sup>. Пересмотр в его теории допускается только в качестве исключения на тот случай, если судебное решение «совершенно очевидно противоречит разуму», а именно если оно «явно абсурдное или несправедливое»<sup>20</sup>. Ссылка на разум обнажает влияние естественно-правовой парадигмы. Блэкстон соглашается с теми, кто ещё задолго до него утверждал, «что право — это совершенство разума, что оно всегда стремится соответствовать ему и что неразумное не есть право»<sup>21</sup>. Правда, разум выступает здесь не как общее свойство всех людей (универсальная разумность), а как свойство или сущность *sui generis*, поскольку в этом фрагменте автор «Комментариев к законам Англии» следует воззрениям (и неявно ци-

---

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Кросс Р. Указ. соч. С. 47.

<sup>18</sup> «Ибо укоренилось правило придерживаться предшествующих прецедентов, когда те же самые вопросы вновь становятся предметом тяжбы; а также удерживать весы правосудия в равновесии и устойчивости и не допускать колебания с каждым новым судебским мнением; также ещё и потому, что право в этом случае, торжественно провозглашённое и установленное, прежде неопределённое и, вероятно, неразличимое, стало теперь постоянным правилом, и никакой последующий судья не в силах ни изменить его, ни отступить от него, сообразуясь со своими личными настроениями: он присягает устанавливать [право] не в соответствии со своим личным суждением, а в соответствии с известными законами и обычаями страны; наделяется полномочием не объявлять новое право, а утверждать и разъяснять старое» (*Blackstone W. Op. cit. P. 52*).

<sup>19</sup> Ibid. P. 53.

<sup>20</sup> Ibid. P. 52.

<sup>21</sup> Ibid.

тирует) Э. Кука — лидера английской юриспруденции на рубеже XVI-XVII веков, который определял общее право как общий разум многих поколений английских юристов<sup>22</sup>. Сути дела это не меняет: прежнее право обычаев каким-то образом становится правом разума. Бытие общего права принимает характер идеального в платоновском смысле: с точки зрения деклараторной теории, его нормы объективно существуют в пространстве юридического разума ещё до того, как смогут проявиться в каком-либо судебном решении. Такая онтологическая позиция сама по себе не создаёт препятствий для доктрины прецедента, поскольку прецедентные нормы вполне могут рассматриваться в качестве эманации предсуществующего права и в силу этого считаться обязательными для суда. Сложности начинаются на этапе разработки гносеологических аспектов деклараторной теории, поскольку отношение к прецеденту будет различным в зависимости от того, какое именно значение приписывается судебным решениям как «доказательствам» существования правовых норм.

Противоречивую онтологическую позицию занимает альтернативная теория права — *юридический позитивизм*<sup>23</sup>.

С одной стороны, опровергая естественно-правовую теорию, позитивисты прибегают к услугам крайнего номинализма. Естественно-правое право они объявляют метафизическим измышлением, а в качестве «настоящего» права предлагают рассматривать позитивное право, существование которого считается вопросом «социального факта». Мишенью для разоблачений и насмешек становится,

---

<sup>22</sup> В своём наиболее известном сочинении Э. Кук пишет следующее: «Ничто из того, что противоречит разуму, не правомерно. Ибо разум есть жизнь права, более того, общее право само по себе есть не что иное, как разум, который следует понимать как искусственное совершенство разума, достигаемое благодаря долгому обучению, наблюдению и опыту, а не как естественный разум всякого человека... Этот юридический разум есть высший разум. И, следовательно, если бы весь разум, который рассредоточен в столь многих отдельных головах, был соединён в один, он всё ещё не смог бы породить такое право, каково суть право Англии, ибо через очень многие переходы столетий оно улучшалось и облагораживалось бесконечным числом серьёзных и учёных людей и через долгий опыт дошло до такого совершенства». Далее он заключает: «Никто (исходя из своего собственного частного разума) не должен быть мудрее, чем право, которое суть совершенство разума» (*Coke E. Institutes of the Lawes of England // The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. Vol. 2 / ed. by S. Sheppard. Indianapolis, Indiana: Liberty Fund, 2003. P. 701*).

<sup>23</sup> См.: *Тимошина Е. В.* Право как «идея», как «фикция» и как «факт». С. 57–75.

как следствие, и деклараторная теория Хейла-Блэкстона. Основоположник юридического позитивизма, И. Бентам, вводит понятие «права, созданного судьями» (англ.: *judge-made law*), полагая, что общее право относится именно к этой категории. Его последователь, Д. Остин, отвергает деклараторную теорию как «детскую фикцию» (англ.: *childish fiction*), которая застилает глаза и не позволяет увидеть, что общее право — это не «сверхъестественное нечто, никем не созданное, существующее... извечно и только провозглашаемое время от времени судьями»<sup>24</sup>, но что именно судьи и создают это право. Точку в разрушении мифа ставит О. У. Холмс, который в одном из своих судебных мнений замечает, что «общее право не есть нависающая с неба вездесущность, но отчётливый голос некоторого суверена или квазисуверена, которого можно идентифицировать»<sup>25</sup>. «Совершенство разума», о котором писал Э. Кук в XVII веке, не входит в число неотъемлемых достоинств такого суверена: общее право, как и любое позитивное право — это результат исторического развития общества, поэтому его содержание в действительности определяется множеством социальных, экономических, политических, идеологических и прочих факторов, не исключая также «предрассудки, которые судьи разделяют со своими согражданами»<sup>26</sup>.

С другой стороны, не считая возможным говорить о потусторонней реальности, многие позитивисты всё же затрудняются точно указать, в каком измерении существуют нормы позитивного права. Своя доля метафизики сохраняется и здесь. В особенности это касается нормативной юриспруденции, которая, в отличие от социологической, ставит себе задачу изучать феномены Должного, а не Сущего. Классик нормативизма, Г. Кельзен, определяет норму как смысл акта человеческой воли, направленного на поведение других<sup>27</sup>. В этом же духе высказываются и многие другие позитивисты<sup>28</sup>. Но смысл не есть нечто физическое (материальное, вещественное). Его нельзя детектировать с помощью органов чувств так

---

<sup>24</sup> Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Vol. 2. 5<sup>th</sup> ed., rev. / ed. by R. Campbell. London: John Murray, 1885. P. 634.

<sup>25</sup> United States Supreme Court (далее — USSC). *Southern Pacific Company v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917).

<sup>26</sup> Holmes O. W. *The Common Law* / introduction by G. E. White. Cambridge, Massachusetts; London: Harvard University Press, 2009. P. 3.

<sup>27</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. СПб.: Издательский дом «Алеф-Пресс», 2015. С. 15.

<sup>28</sup> См.: Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2014. С. 134–152.

же, как мы делаем это, наблюдая изменение окраски, ощущая тепло или слушая голос<sup>29</sup>. И всё же о нормах рассуждают как о чём-то существующем, зачастую даже ставят их на место подлежащего, утверждая, например, что нормы определяют или регулируют поведение людей<sup>30</sup>. Создаётся впечатление, что и в этой парадигме бытие правовых норм всё ещё сохраняет объективно-идеальный характер. Изменяется только локус этого бытия: оно переносится из трансцендентной человеку реальности в имманентную, в человеческую деятельность и её плоды (например, тексты судебных прецедентов), но последние приобретают «двойное дно», поскольку в них различаются две составляющих — чувственно воспринимаемая (акт воли, источник права) и умопостигаемая (правовая норма). Переосмысляя этот ход мысли через призму теории трёх миров К. Р. Поппера<sup>31</sup>, современные исследователи полагают, что фактически в нормативизме подразумевается разделение реальности на мир физических объектов (мир-1), мир психических процессов (мир-2) и мир логических смыслов — интерсубъективный мир понятий, суждений и умозаключений (мир-3), куда по аналогии с логическими суждениями предлагается поместить и правовые нормы<sup>32</sup>. В то же время отмечается, что оппоненты нормативизма «нередко сравнивали его с естественно-правовыми теориями, поскольку в большинстве из них нормы также представляют собой объекты, находящиеся за пределами физической и психической реальности»<sup>33</sup>. Это структурное родство противоположных типов правопонимания сложно отрицать, даже если использовать в описании локуса бытия правовых норм такие терпимые для современного социально-гуманитарного знания термины как «общее коммуникативное пространство членов общества»<sup>34</sup> или «общественное сознание»<sup>35</sup>.

Орудием критики в данном случае выступает крайний номинализм, обращённый против любых общих норм. Чтобы предпри-

---

<sup>29</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве. С. 116.

<sup>30</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. С. 25.

<sup>31</sup> См.: Поппер К. Р. Объективное знание: эволюционный подход / пер. с англ.; отв. ред. В. Н. Садовский. 3-е изд. М.: Эдиториал УРСС, 2010. С. 108–186.

<sup>32</sup> См.: Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. СПб.: Юридическая книга, 2011. С. 790–811, 803–811.

<sup>33</sup> Там же. С. 811.

<sup>34</sup> Там же. С. 808.

<sup>35</sup> См.: Поляков А. В., Тимошина Е. В. Указ. соч. С. 323.

нять столь решительную атаку, необходимо рассуждать о праве в совершенно иной исследовательской перспективе — той, которую открывает социологическая юриспруденция, поскольку её предмет и метод отличаются от нормативной. Фундаментом этой атаки становятся представления о научном познании, сформулированные в трудах О. Конта, основоположника социологии как самостоятельной дисциплины и позитивизма как философии науки. По его мнению, всякая наука должна заниматься «исследованием законов, т. е., постоянных отношений, существующих между наблюдаемыми явлениями»<sup>36</sup>. Выполнение этой задачи необходимо для того, чтобы научиться предвидеть развитие событий, основываясь на знании, что из одного факта непременно последует другой факт: «*видеть, чтобы предвидеть*»<sup>37</sup>. Научное знание тем самым позволяет заранее приспособиться к будущим событиям, а когда это возможно и необходимо — изменять ход событий, целенаправленно вызывая желательные последствия и предотвращая нежелательные. Исходя из этих представлений, многие учёные усомнились в ценности нормативной юриспруденции, полагая, что догматическая обработка формально-юридических источников права недостойна звания науки, поскольку она не позволяет успешно предвидеть и влиять на те или иные социальные практики. Для прагматично настроенного гражданина авторитетные тексты сами по себе не имеют значения; всё, что он хочет знать — это какими будут действия судей и иных должностных лиц в его конкретном случае<sup>38</sup>. «Мёртвому», «книжному» праву противопоставляется «живое» право — социальные практики и наше знание эмпирических закономерностей их существова-

---

<sup>36</sup> *Конт О.* Дух позитивной философии: слово о положительном мышлении / пер. с фр.; предисл. М. М. Ковалевского. 3-е изд. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2012. С. 17.

<sup>37</sup> Там же. С. 19.

<sup>38</sup> Руководствуясь этим соображением, О. У. Холмс призывал в изучении права занять точку зрения «плохого человека» (англ.: *bad man*), который стремится избежать санкций за свои действия и потому более заинтересован знать то, как государственные должностные лица реагируют на такого рода действия в реальности, а не то, каковы предписания авторитетных текстов. Отсюда возникает его предсказательная теория права, согласно которой «право — это всего лишь предсказание в отношении того, что суд решит в реальности, и ничего более претенциозного» (*Holmes O. W. The Path of the Law // Harvard Law Review. Vol. 10. 1897. No. 8. P. 457–478, 461*; цит. по: *Капанетос А. Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. С. 215).

ния. Понятия нормативной юриспруденции — обязывающая сила, субъективные права, обязанности и им подобные — порицаются как «метафизические идеи»<sup>39</sup>. В качестве объекта *научного* юридического исследования предлагается рассматривать, в первую очередь, факторы, казуально определяющие поведение судей — например, их морально-идеологические предпочтения или доминирующие в обществе ожидания, в силу которых исход конкретного дела может оказаться совершенно неожиданным для тех, кто пытался составить своё представление о праве, изучая тексты конституций, законов и судебных прецедентов. С точки зрения этого течения мысли, известного как *правовой реализм*, право состоит, скорее, из судебных решений по конкретным делам, а не обязательных норм, которым данные решения должны следовать<sup>40</sup>. Общие нормы превращаются в малополезную или даже излишнюю категорию: как утверждает российский правовед, ученик Л. И. Петражицкого и один из представителей континентального правового реализма, М. Я. Лазерсон, «мы можем... мыслить право без существования правовых норм»<sup>41</sup>.

Поскольку доктрина прецедента предполагает, что общие нормы всё-таки существуют и даже находят своё проявление в текстах судебных решений, онтологическая позиция крайнего номинализма для неё неприемлема. Вопрос о том, существуют ли они объективно (в качестве общего предмета) или только в мысли (на уровне общего концепта), не так уж и важен: в конце концов, сомневаться можно даже в существовании объективного мира как такового, что совершенно не отменяет возможности его мыслить и выстраивать своё поведение так, как если бы он действительно существовал — и достигать поставленных целей. Прагматический критерий здесь вновь как нельзя кстати: общие нормы, несомненно, существуют — в том смысле, что люди способны эффективно координировать свои поступки в коммуникации друг с другом, руководствуясь представлением об этих нормах. Трудно с точностью указать способ их бытия; но если известен способ установления их содержания, то вопрос об их локализации становится вторичным и в этом смысле для доктрины прецедента непринципиальным.

---

<sup>39</sup> См., например: *Оливекрона К.* Право как факт // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб.: Юридическая книга, 2009. С. 740.

<sup>40</sup> См.: *Каранетов А. Г.* Указ. соч. С. 257.

<sup>41</sup> *Лазерсон М.* Общая теория права. Введение в изучение права. Рига, 1930. С. 129 (цит. по: *Тимошина Е. В.* Психологический реализм: М. Я. Лазерсон // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 5. С. 245–264, 259).

## § 2. Гносеологические основания<sup>42</sup>

### 2.1. Классификация видов толкования

В российской науке, в том числе и в дискуссии по поводу юридического статуса решений Конституционного Суда РФ, доктрина прецедента издавна встречала возражения по разным причинам. Основу наиболее известного догматического аргумента составляет характерная для многих стран Восточной и Центральной Европы интеллектуальная традиция, суть которой — чёткое разграничение правотворческой и судебной (правоприменительной) функций<sup>43</sup>. Именно с этих позиций против судебного прецедента выступали академики В.С.Нерсесянц<sup>44</sup> и О.Е.Кутафин<sup>45</sup>, а также некоторые другие учёные. Предполагается, что «правотворчество и толкование — различные процессы. В ходе толкования не создаётся право, а лишь выявляется... воля, выраженная в нормативном акте»<sup>46</sup>. В конституционном правосудии таким актом выступает писаная конституция, толкование которой «не создаёт новых норм», поскольку суд «лишь постигает её подлинный смысл»<sup>47</sup>. Несмотря на

---

<sup>42</sup> Материалы данного параграфа были ранее опубликованы в статьях: Манжосов С. А.: 1) Аналогия, взвешивание и дедукция в структуре следования прецеденту // Правоведение. 2018. № 2. С. 400–421; 2) Идея прецедента в концепциях конституционного толкования // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 2. С. 25–32.

<sup>43</sup> Подробнее см.: Kühn Z. Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement // American Journal of Comparative Law. Vol. 52. 2004. No. 3. P. 531–567; Белов С. А., Кудряшова О. А. Заимствование моделей конституционного контроля в правовой системе России // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 6. С. 35–38; Антонов М. В. О некоторых теоретических вопросах прецедентной революции в России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 13.

<sup>44</sup> См.: Нерсесянц В. С.: 1) Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права / Институт государства и права РАН. М., 1997. С. 21–38; 2) У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 107–112.

<sup>45</sup> См.: Кутафин О. Е.: 1) Предмет конституционного права. М.: Юристъ, 2001. С. 220–224; 2) Источники конституционного права Российской Федерации. М.: Юристъ, 2002. С. 144–146.

<sup>46</sup> Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. С. 223.

<sup>47</sup> Лучин В. О. Конституция Российской Федерации: Проблемы реализации. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2002. С. 536–537, 569. См. также: Байтин М. И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ // Государство и право. 2006. № 1. С. 5–11; Дудко И. Г. Юридическая природа постановлений

простоту и изящество этой теории, она вызывает множество вопросов. Необходимо, прежде всего, уточнить её модальность. На первый взгляд, она говорит о сущем, но не о должном. Означает ли это, что в процессе толкования суд органически не способен допустить ошибку и что по этой причине все его утверждения по поводу смысла толкуемых источников права следует рассматривать как истинные? Если так, то какое объяснение эта теория могла бы предложить в ответ на противоречивую судебную практику? Подобное противоречие требует объяснения, поскольку два утверждения не могут быть одновременно истинными. Можно предложить следующие четыре гипотезы.

- 1) *Все противоречия — мнимые. Любое противоречие, обнаруженное наблюдателем, возникает вследствие ошибки наблюдателя.*
- 2) *Все противоречия — мнимые. Каждое дело индивидуально и неповторимо, а значит, между судебными решениями нет и не может быть противоречий.*
- 3) *Противоречия существуют. Смысл нормативного акта имеет свойство меняться, поэтому в другое время он может оказаться прямо противоположным.*
- 4) *Противоречия существуют. Суд допускает ошибки в толковании, когда пользуется неправильной методологией толкования.*

Первая гипотеза неправдоподобна, ибо неясно, по какой причине следует полагать, что наблюдатель (в отличие от судьи) обречён всегда ошибаться. Вторая и третья гипотезы сохраняют теорию, но предлагают принять некоторые новые допущения. Четвёртая гипотеза опровергает её. Перечисленных трудностей можно избежать, если истолковать утверждения этой теории как прескриптивные, а не дескриптивные. В этом случае её смысл состоит в том, что суд не вправе создавать новые нормы (по крайней мере, нормы общие нормы права). Однако этот запрет нуждается в юридическом обосновании<sup>48</sup>.

---

конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Журнал российского права. 2005. № 1. С. 26–32; Лукашевич В. З., Комарова Н. А. Конституционный Суд Российской Федерации не может и не должен подменять законодателя // Известия вузов. Правоведение. 2001. № 2. С. 53–63.

<sup>48</sup> О юридических предпосылках доктрины прецедента см. § 4 настоящей главы.

Представленный краткий анализ показывает, что любое вступление в спор о доктрине прецедента предполагает принятие некоторой теории судебного толкования. Здесь и далее толкование (интерпретация) правовых текстов понимается как процесс, направленный на установление их смысла применительно к поведению правовых субъектов<sup>49</sup>. Теория судебного толкования призвана определить методы достижения этой цели, а потому она самым непосредственным образом влияет на то, какую роль в этом процессе будут играть прошлые решения. Тем удивительнее тот факт, что большое количество работ о прецеденте, как отмечает Н. Маккормик, написаны без полноценной рефлексии по поводу предпосылок принятой тем или иным автором теории судебного толкования (или, выражаясь в иных терминах, теории юридического обоснования)<sup>50</sup>. Таких теорий существует множество, но их можно классифицировать согласно некоторым критериям.

Первая классификация касается допустимости судейского усмотрения. Австрийский исследователь О. Пферсманн предлагает в связи с этим различать три вида толкования. *Аналитическое толкование* не изменяет объект толкования (то есть, смысловое значение толкуемого источника). Оно имеет целью «получение точного знания согласно избранным методам» и потому «не позволяет говорить о замене одного значения другим или о создании такого значения, которое ранее не существовало; речь идёт об анализе заданного значения с наиболее точным указанием на те аспекты, в которых это значение не определено либо определено»<sup>51</sup>. Как далее замечает автор, аналитическое толкование «по определению не предполагает никаких оценочных суждений, поскольку в рамках такого толкования невозможен выбор»<sup>52</sup>. *Креативное толкование*, напротив, имеет в виду «создание объекта, не имеющего никакой семантической связи с уже существующим объектом»<sup>53</sup>. Оно «заключается в создании некоей нормы», при котором вполне допускается, чтобы «между значением и текстом не существовало никакой иной связи, кро-

---

<sup>49</sup> См.: Поляков А. В., Тимошина Е. В. Указ. соч. С. 417.

<sup>50</sup> См.: MacCormick N. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005. P. 144.

<sup>51</sup> Пферсманн О. Против юридического неореализма. По поводу спора о толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2012. С. 227–281, 267.

<sup>52</sup> Там же. С. 269.

<sup>53</sup> Там же. С. 268.

ме разве что утверждения, согласно которому акт толкования осуществлён «во исполнение данного текста»<sup>54</sup>. Суд выбирает смысл, но этот выбор «не может рассматриваться как выбор некоей альтернативы, объективно заложенной в тексте, и поэтому здесь не может быть речи об аналитическом толковании»<sup>55</sup>. *Замещающее толкование* представляет собой промежуточную позицию, предполагая, что «объект толкования не имеет точных границ и может быть изменён так, что после этого его границы будут определены»<sup>56</sup>. Коротко говоря, аналитическое толкование исключает возможность судебного усмотрения, креативное толкование никак не ограничивает его (по крайней мере, субстантивно), а замещающее толкование допускает лишь в той степени, в какой объекту толкования свойственна неопределённость.

По мнению О.Пферсмманна, между этими видами толкования «не может быть никакого взаимного пересечения»<sup>57</sup>. Это верно в том смысле, что «аналитическое толкование не может быть замещающим... а последнее, в свою очередь, не может быть креативным толкованием»<sup>58</sup>. Однако общие признаки у этих понятий имеются. Креативное и замещающее толкование объединяет допущение судебного усмотрения, что позволяет образовать понятие *дискреционного толкования*, контрадикторное понятию аналитического толкования. Замещающее толкование также родственно аналитическому толкованию, поскольку и то и другое выражают неготовность пренебречь смыслом текста, когда он очевиден. Это родство можно обозначить с помощью понятия *текстуального толкования*, контрадикторного понятию креативного толкования. Разница между аналитическим и замещающим толкованием состоит в способе разрешения неопределённости текста. Аналитическое толкование, в отличие от замещающего, избегает судебного усмотрения, которое могло бы восполнить эту неопределённость. Между тем, оно не предлагает ничего взамен: неясно, что должно произойти в том случае, когда точные методы «не срабатывают». В этом состоит проблема эффективности аналитического толкования, которую мы рассмотрим чуть позже.

---

<sup>54</sup> Там же.

<sup>55</sup> Там же. С. 269.

<sup>56</sup> Там же. С. 268.

<sup>57</sup> Там же. С. 269.

<sup>58</sup> Там же.

Похожую классификацию видов толкования излагает итальянский исследователь Р. Гуастини, но он использует иную терминологию, различая три теории на основе бинарной оппозиции «познания — воли»<sup>59</sup>. Согласно *когнитивной теории*, также известной как юридический *формализм*, толкование представляет собой функцию познания и состоит в открытии истинного смысла текста, поэтому никакого усмотрения не предполагается. Антитезисом в этой диалектической схеме выступает *скептическая теория*, или правовой *реализм*, согласно которой толкование — это в чистом виде функция воли. Суд располагает свободой придать тексту любой смысл, поскольку никакого смысла до момента истолкования не существует. Своего рода синтез проводит *эkleктическая теория*<sup>60</sup>, в которой частичное признание получают одновременно оба постулата. По смыслу этой теории, суд может свободно выбирать один из возможных смыслов текста (решение носит волевой характер), однако в этом случае выбор всё равно совершается в пределах, установленных когнитивно (возможные смыслы текста познаваемы).

Несмотря на некоторое созвучие этих классификаций, они всё-таки не совпадают, поскольку во второй из них вводится понятие истинности смысла, в то время как первая обращает внимание на точность методов. На самом деле, это два разных критерия классификации. Использование точной методологии не гарантирует, что найденный ответ будет истинным. Точно так же обращение к судебскому усмотрению не означает, что ответ будет ложным. Даже если в качестве объекта познания иметь в виду волю законодателя, то и в этом случае дискреционное толкование вполне может притязать на то, что оно верно «угадало» эту волю. И наоборот, использование точной методологии возможно безо всякого притязания на истину, если единственной целью выступает избавление от судебного усмотрения. Понятие познания в этом контексте выглядит неоднозначным. Оно, разумеется, ориентирует на поиск истины, однако с точностью методов толкования, опять же, не связано (например, можно говорить об интуитивном познании). Следует различать познание в узком и широком смысле слова. Познание в узком смысле — это ис-

---

<sup>59</sup> См., например: *Guastini R. Interpretare e argomentare. Milano: Giuffrè, 2011. P. 408–418.*

<sup>60</sup> Её также называют «смешанной» теорией толкования. См.: *Гаджиев Г. А. Онтология права: критическое исследование юридического концепта действительности. М.: Норма; ИНФРА-М, 2013. С. 235; *Troper M. Constitutional Interpretation // Israel Law Review. Vol. 39. 2006. No. 2. P. 35–50, 36.**

следование, которое проводится с помощью точных методов и притязает на открытие истинного значения текста. Познание в широком смысле — это любое толкование, в котором выдвигается такое притязание. Существуют два вида теорий: те, которые разделяют веру в существование объективной истины, то есть, «единственного правильного ответа», и те, которые эту веру не разделяют. В первом случае мы будем использовать понятие *декларативного толкования*, во втором — *конститутивного толкования*. Соответственно, познание в узком смысле слова, или *когнитивное толкование*, имеет одновременно аналитический и декларативный характер; если же исследование проводится с помощью неточных методов и не притязает на истину (дискреционное и конститутивное толкование), то оно именуется *свободным толкованием*.

Понятия формализма и реализма часто фигурируют в контексте ещё одной классификации, а именно той, что имеет в виду бинарную оппозицию «постоянства — изменчивости». Теория *статического толкования*, утверждает, что источник всегда сохраняет один и тот же смысл; теория *динамического толкования*, напротив, допускает изменение смысла (в терминологии Г.Еллинека — преобразование<sup>61</sup>) источника с течением времени. Сами по себе эти понятия не объясняют, какой именно смысл следует считать постоянным или в связи с чем он должен меняться. Их развитие было предпринято, в частности, в рамках известного противостояния в американской юриспруденции между теориями оригинализма (англ.: *originalism*) и «живой конституции» (англ.: *living constitution*). Последняя приобрела популярность не только в США, но и в других странах, а также на международном уровне<sup>62</sup>. Лежащая в её основе «биологическая» аналогия с живой материей породила также понятие эволютивного толкования, в связи с чем сторонников этого учения иногда называют «эволюционистами». Возможность преобразования в теории «живой конституции» обычно связывается с изменениями, происходящими в самом обществе. Противоположное учение, оригинализм (от англ. *original* — «первоначальный», «исходный»), придерживается точки зрения, что писаная конституция имеет фиксированный, запечатлённый в истории смысл, который придавался этому тексту

---

<sup>61</sup> См.: Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. СПб.: Право, 1907. С. 5.

<sup>62</sup> В Канаде она получила наименование теории «живого дерева» (англ.: *living tree*), а в практике Европейского Суда по правам человека — теории «живого инструмента» (англ.: *living instrument*).

в момент его принятия и который может и должен быть открыт судьями в процессе толкования<sup>63</sup>. Если рассматривать проблематику судебного толкования через призму коммуникативной теории права<sup>64</sup>, то можно сказать, что толкование по правилам оригинализма имеет целью установить «смысл отправителя», а не «смысл получателя» (что, впрочем, не означает единства оригиналистов по вопросу о фигуре «отправителя»).

Эта классификация тоже совершенно автономна по отношению к вопросу о судебском усмотрении. Динамическое толкование источника, обычно более приемлемое для реалистов, способно быть результатом точного исследования других источников. В качестве примера можно привести сразу две ситуации: когда национальный суд пересматривает свою трактовку конституции в связи с новым решением Европейского Суда по правам человека и когда последний при толковании Европейской Конвенции руководствуется произошедшими изменениями в законодательстве государств-участников, в результате которых отчётливо формируется новый «европейский консенсус»<sup>65</sup>. Точно так же и статическое толкование, которого придерживаются формалисты, само по себе не исключает судебного усмотрения (скажем, при оценке «доказательств» изначального смысла источника), полагая только, что в дальнейшем смысл текста меняться не будет.

Гораздо менее ясный характер имеет проводимое многими учёными и судьями<sup>66</sup> различие между *судейской сдержанностью* (англ.: *judicial restraint*) и *судейским активизмом* (англ.: *judicial activism*). Расплывчатость этих понятий неоднократно отмечалась в литературе, но в целом следует констатировать, что речь идёт о распределении власти между законодателем и судом в рамках судебного контроля законодательства, когда это касается установления надлежащего баланса ценностей<sup>67</sup>. В качестве судебного активизма ча-

---

<sup>63</sup> О дискуссии между «оригиналистами» и «эволюционистами» в США см.: Гриценко Е. В. Пределы конституционно-судебного нормотворчества // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 5. С. 107–130.

<sup>64</sup> См.: Ван Хук М. Право как коммуникация / пер. с англ. М. В. Антонова и А. В. Полякова. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2012. С. 172–174.

<sup>65</sup> Подробнее об этом понятии см. главу 4.

<sup>66</sup> См., например, особое мнение судьи Г. А. Гаджиева к Постановлению Конституционного Суда РФ от 27 марта 2012 года № 8-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2012. № 3.

<sup>67</sup> См.: Guastini R. Op. cit. P. 445–447; Белов С. А. Ценностное обоснование решений как проявление судебного активизма Конституционного Суда

сто имеют в виду ситуацию, когда судьи в своих решениях ставят на первое место защиту индивида и различных меньшинств от вмешательства в их права со стороны законодателя, фактически выражающего волю большинства. В эту же рубрику может попадать любое не слишком строгое следование «букве» толкуемого источника, произвольное усмотрение суда и его увлечение аргументацией, напрямую апеллирующей к ценностям определённой социокультурной общности (национальным, европейским и т. д.). Судейская сдержанность, напротив, подразумевает большее почтение суда по отношению к закону, поскольку законодатель, в отличие от судей, располагает непосредственной демократической легитимностью (в случае международного правосудия — ещё и лучшим пониманием социальных, экономических, политических и иных особенностей своей страны). Такой подход может выражаться, например, в методологической презумпции конституционности законов, исходя из которой суду следует аннулировать их только в тех случаях, когда нарушение конституции очевидно. С этим связана также идея приверженности «букве» толкуемого источника, ограничение судейского усмотрения и отказ от высказывания суждений по поводу ценностей.

Перечисленные виды толкования можно разбить на две группы в зависимости от того, какие из них в большей степени ассоциируются с понятиями юридического формализма и правового реализма (см. таблицу ниже).

<b>Формализм</b>	<b>Реализм</b>
Аналитическое толкование	Дискреционное толкование
Текстуальное толкование	Креативное толкование
Декларативное толкование	Конститутивное толкование
Когнитивное толкование	Свободное толкование
Статическое толкование	Динамическое толкование
Судейская сдержанность	Судейский активизм

Необходимо иметь в виду, что сами по себе эти понятия не дают конкретной методологии толкования, однако считается, что постулатам формализма в наибольшей степени отвечают грамматический, исторический и систематический методы толкования, а постулатам реализма — телеологический метод<sup>68</sup>.

Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2 (87). С. 40–50.

<sup>68</sup> Каждый из этих методов подразумевает множество ещё более конкретных приёмов толкования (и в этом смысле можно говорить о «больших» и «ма-

Наконец, как было отмечено выше, не всегда ясно, носят ли утверждения конкретной теории дескриптивный или прескриптивный характер. Если в качестве науки в строгом смысле слова иметь в виду только те дисциплины, которые описывают реальность, но не предписывают идеал, которому она должна соответствовать, то в этом случае следует различать *научные* и *догматические теории* судебного толкования<sup>69</sup>. Последние также именуется стратегиями (или идеологиями<sup>70</sup>) толкования.

## 2.2. Проблема судебного усмотрения

Некоторые принципы толкования существенно влияют на то, каким будет конкретное содержание доктрины прецедента, но не отрицают её как таковую. Статическое толкование, более того, исключает возможность пересмотра прецедентов, поскольку судебная практика не может меняться, если не способен меняться смысл первичного источника. Конститутивное толкование создаёт предпосылки для умозаключения, что ценность судебных решений, в том числе содержащегося в них нормативного толкования, проистекает из их окончательности, а вовсе не истинности (*auctoritas non veritas*). Динамическое толкование допускает гибкое отношение к судебным прецедентам вплоть до отрицания их обязывающей силы, но степень этой гибкости зависит от того, как определяются основания для изменения судебной практики в рамках той или иной конкретной теории. Даже декларативное толкование (как это видно в рассуждениях Блэкстона) совсем не исключает обязанности следовать прецеденту, но ставит эту обязанность под условие истинности, критерии которой могут быть различными (и в этом отношении восприятие судебных решений как «доказательств» содержания права само по себе не означает, что в отношении них должен действовать принцип

---

ных» канонах толкования), довольно разнородных с точки зрения их близости формализму или реализму. Об этих четырёх классических методах толкования см.: Алексин Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб.: Юридическая книга, 2009. С. 446–456; Должиков А. В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 125–151.

<sup>69</sup> По поводу важности этого различия см. также: Тимошина Е. В., Васильева Н. С. Общая теория судебного метода и стили судебной интерпретации в правовой концепции А. Росса // Труды Института государства и права РАН. 2016. № 4. С. 113–128, 122–123.

<sup>70</sup> См.: Там же. С. 123; *Guastini R. Op. cit.* P. 433.

свободной оценки доказательств, который применяется в современном правосудии при рассмотрении вопросов факта).

Однако совершенно иное, фундаментальное значение имеет отношение теории к судебскому усмотрению.

Поскольку формализм и реализм — это многозначные термины, отнюдь не всякая теория судебного толкования может рассматриваться как строго формалистическая или реалистическая. В пределах конкретной теории возможна комбинация различных логически совместимых тезисов по поводу природы толкования, которые к тому же могут получить разное конкретное наполнение. Это позволяет говорить о целом спектре умеренных (промежуточных, смешанных, эклектических, синтетических, интегральных и т. п.) теорий, заслуживающих наименования «умеренный формализм» или «умеренный реализм» (в зависимости от «крена» теории). В решении проблемы судебного усмотрения доктрина прецедента предполагает именно такого рода теорию. Чтобы в этом убедиться, достаточно рассмотреть судебный прецедент в его противоположных моментах: формирования и применения.

1. *Тезис дискреционного толкования.* В качестве основания общезначимой и общеобязательной нормы (то есть, в качестве источника права, хотя бы и вторичного) судебный прецедент может сформироваться только в том случае, если суд формулирует правило, которое не могло быть усвоено из текста первичного источника аналитически. Иными словами, доктрина прецедента предполагает судебское усмотрение.

Именно по этой причине нормативная сила судебных решений отрицается многими сторонниками формалистического подхода, который в последние десятилетия набирает особую популярность в американской конституционной юриспруденции в рамках теории оригинализма. Наиболее влиятельную версию оригиналистского подхода, так называемый «новый текстуализм» (англ.: *new textualism*), сформулировал А. Скалиа, судья Верховного суда США, на протяжении тридцати лет своей судебской карьеры защищавший формалистические воззрения в решениях суда и в научных работах. Базовый принцип текстуализма состоит в том, что решение должно приниматься судом исключительно на основе текста конституции: «текст и есть право, и соблюдаться должен именно текст»<sup>71</sup>. На ос-

---

<sup>71</sup> *Scalia A. Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws // A Matter of Inter-*

нове этого принципа против судейского усмотрения выдвигаются несколько аргументов.

Прежде всего, отмечает Скалиа, мы должны исходить из того, что «слова действительно имеют ограниченный диапазон значений, и никакая интерпретация, выходящая за пределы этого диапазона, не может быть приемлемой», ибо в противном случае должным образом принятые и одобренные нормативные тексты оказались бы «всего лишь трамплинами для судебного правотворчества»<sup>72</sup>. В то же время трудно отрицать, что значения слов очевидны далеко не всегда. Столкнувшись с какой-либо неясностью, судья должен задействовать разработанные в юриспруденции каноны толкования, выступающие в качестве своего рода правил «юридической грамматики» (англ.: *legal grammar*)<sup>73</sup> и в целом хорошо известные каждому юристу. Одно из сочинений Скалиа (в соавторстве с лингвистом Б. Гарнером) специально посвящает подробному изложению и обоснованию более полусотни канонов<sup>74</sup>. Главную роль играет канон фиксированного значения (англ.: *fixed-meaning canon*): словам текста следует придавать то значение, которое они имели, когда текст был принят. Для этого необходимо обратиться к историческим источникам, которые позволят выяснить, как те или иные конституционные формулировки понимались или должны были пониматься разумным гражданином, жившим в те времена, когда конституция была принята. Такое исследование может оказаться весьма трудоёмким. Американским судьям, например, потребуется изучить стенограммы обсуждений, которые проводились в ходе ратификации Конституции США или поправок к ней в законодательных органах и конвентах *всех* штатов, а кроме того, погрузиться в иные текстуальные источники, отражающие политическую и интеллектуальную атмосферу и традиции соответствующей эпохи. Подобная задача, вынужден признать Скалиа, больше подходит историку, нежели юристу<sup>75</sup>.

---

pretation: Federal Courts and the Law. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997. P. 22.

<sup>72</sup> Ibid. P. 24–25.

<sup>73</sup> Такое сравнение теории толкования права с грамматикой дается и в русской дореволюционной литературе. См.: Васильковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1913. С. 6.

<sup>74</sup> См.: Scalia A., Garner B. A. Reading Law: The Interpretation of Legal Texts / with a foreword by F. H. Easterbrook. St. Paul: West, 2012. 567 p.

<sup>75</sup> См.: Scalia A. Originalism: The Lesser Evil // Cincinnati Law Review. 1989. Vol. 57. P. 857.

Результативность исторического исследования, а равно и применения прочих канонов толкования, не гарантирована — они могут оставить вопрос без ответа. Абсолютная определённости недостижима даже при условии строгой приверженности тексту и методам аналитического толкования, поэтому аргументация текстуализма в этой части исключает только креативное толкование, но не дискреционное толкование вообще.

Обойти это затруднение призваны другие аргументы. Скалиа акцентирует внимание на том, что конституция — это текст, принятый в демократической процедуре, а фундаментальный принцип демократии — это власть большинства<sup>76</sup>. Отсюда он делает вывод, что вопросы, возникающие вследствие неопределённости текста конституции, в особенности те из них, которые касаются содержания прав человека, закреплённых в виде общих принципов (свобода слова, свобода вероисповедания, запрет дискриминации и т. д.) — это вопросы политического характера, которые в демократическом обществе должны решаться народом, а не коллегиями юристов<sup>77</sup>. Специальные навыки юридического анализа, которые отличают судей как профессионалов, при обсуждении таких вопросов бесполезны. Неясность конституционных принципов должна восполняться исключительно путём изменения текста конституции, как это и случилось, в частности, по вопросу о предоставлении избирательных прав женщинам, когда в 1920 году была принята Девятнадцатая поправка к Конституции США (хотя на тот момент общий принцип «равной защиты со стороны закона» уже был закреплён в Четырнадцатой поправке)<sup>78</sup>. По сути, речь идёт о принципе судейской сдержанности: предполагается, что закон не может быть признан не соответствующим конституции по неясным текстуальным основаниям, поэтому должна действовать презумпция конституционности. Позицию текстуализма в связи с этим иногда характеризуют как «демократический формализм»<sup>79</sup>. Но подобная идея в контексте другого

---

<sup>76</sup> См.: *Binnie I., Scalia A., Charlesworth H., Evatt E., Huscroft G., Strossen N.* A Dialogue on Rights // *New Zealand Law Review*. 1999. No. 4. P. 553.

<sup>77</sup> См.: *Scalia A.* The Bill of Rights: Confirmation of Extant Freedoms or Invitation to Judicial Creation? // *Litigating Rights: Perspectives from Domestic and International Law* / ed. by G. Huscroft, P. Rishworth. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002. P. 23.

<sup>78</sup> См.: *Ibid.* P. 21.

<sup>79</sup> См.: *Sunstein C. R.* Justice Scalia's Democratic Formalism // *Yale Law Journal*. Vol. 107. 1997. No. 2. P. 529–567.

правопорядка может встретить новые трудности. В отличие от Конституции США, российская Конституция не допускает изменения текста в той его части, в которой он посвящён основам конституционного строя (глава 1) и правам личности (глава 2)<sup>80</sup>. Кроме того, даже если принять методологическую презумпцию конституционности закона (которая требует нормативного обоснования и вряд ли может считаться очевидной), то и в этом случае неясно, каким должно быть решение суда, если спорный вопрос права законодателем не урегулирован. В чью пользу должны были толковаться сомнения, например, в споре между Президентом и Государственной Думой по поводу толкования ч. 4 ст. 111 Конституции РФ, когда обсуждалось право главы государства повторно предлагать парламенту уже отклонённую кандидатуру Председателя Правительства<sup>81</sup>? Чтобы максимально легко избавиться от судейского усмотрения, следует установить более широкое правило, которое позволит суду отказаться от разрешения *любых* неустранимых сомнений — канон толкования, известный в юридической науке под именем доктрины *non liquet* (лат.: «неясно»). Более сложный путь состоит в том, чтобы прояснить систему уже известных канонов толкования: выбрать наилучшие из них, отбросить плохие, установить иерархию между ними<sup>82</sup>. Но и в том и в другом случае подразумевается принятие новых правил, которые не проистекают с очевидностью из текста первичного источника. Вернёмся к определению аналитического толкования, которое даёт Пфёрсманн: «получение точного знания согласно избранным методам». Кем избираются эти методы? Если это задача догматической юриспруденции, то суд может ожидать всеобщего признания новой, более совершенной методологии ещё очень долго, и тогда это означает хотя бы и временное, но всё-таки допущение судейского усмотрения. Если же это задача суда, то это

---

<sup>80</sup> Любопытно, что правило о невозможности изменения второй главы появилось буквально в последний момент, когда Конституционное совещание уже закончило свою работу, а подготовленный и одобренный им проект Конституции РФ проходил стадию редакционных (стилистических и технико-юридических) правок. См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 20: Заседания 28 октября — 10 ноября 1993 г. / под общ. ред. С. А. Филатова, В. С. Черномырдина, С. М. Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1996. С. 471–472.

<sup>81</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 11 декабря 1998 года № 28-П // Собрание законодательства Российской Федерации (далее — СЗ РФ). 1998. № 52. Ст. 6447.

<sup>82</sup> См.: *Scalia A. Common-Law Courts in a Civil-Law System*. P. 26–27.

прямой призыв к судейскому усмотрению. Неслучайно одна из программных статей американского судьи содержит указание, вынесенное также и в заголовок: оригинализм — это не панацея, а всего лишь «меньшее зло»<sup>83</sup>.

Тем не менее, хотя на современном этапе движение юридического формализма не вполне отвечает заявленному идеалу, сам по себе этот идеал действительно делает невозможной доктрину прецедента: ведь «если судья опирается на закон и руководствуется строгими правилами его толкования», в результате чего вся его деятельность «сводится к строго логической работе получения выводов», то в ней «не остаётся ни малейшего места личному усмотрению и произволу», а значит, и «для прецедентов [тоже] нет места»<sup>84</sup>. С точки зрения формалиста, правильное судебное решение имеет сугубо когнитивный характер, поскольку оно ничего не добавляет к тексту первичного источника и канонам толкования, а только находит с их помощью готовый ответ. Начиная юрист может воспользоваться судебным решением для усвоения навыков толкования, общество в целом — для экономии времени в познании смыслового содержания права (в этом ценность исследования, проведённого судьёй-историком). Однако, будучи актом познания в узком смысле слова, судебное решение может оказаться ошибочным, недостоверным. В новом деле судья может и должен игнорировать «прецеденты», если они, как выясняется с помощью всё тех же инструментов аналитического толкования (на этот раз применённых правильно), не соответствуют истинному смыслу первичного источника. Придать нормативному толкованию (потенциально ошибочному!) обязывающую силу — это значит поставить под угрозу торжество правосудия. Отсюда вывод: доктрина прецедента лишь способствует произволу, позволяя прецедентным нормам конкурировать с нормами первичного источника, а потому следует её отвергнуть. Несправедливо думать, отмечает судья Скалиа в одном из решений, «будто

---

<sup>83</sup> См.: *Scalia A. Originalism: The Lesser Evil*. P.862.

<sup>84</sup> *Демченко Г.В.* Указ. соч. С.73. Радикально настроенный формалист, соответственно, не согласился бы с утверждением, что не существует «фундаментальных различий между формалистической и умеренно-реалистической позицией» и что «последняя вполне могла бы быть рекомендована формалистическим подходом в качестве приемлемой стратегии судебного толкования в экстраординарной ситуации неопределённости правового регулирования» (*Тимошина Е.В.* Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода // Труды Института государства и права РАН. 2018. № 1. С.72–102, 95).

важное конституционное решение с явно неадекватным рациональным подкреплением *должно* быть оставлено в силе исключительно по той причине, что оно когда-то привлекло пять голосов»<sup>85</sup> (большинство голосов среди девяти судей Верховного суда США). Правда, на практике даже он был вынужден в целом соблюдать принятое среди судей обыкновение ссылаться на прецеденты, но в академической дискуссии отвергал все упрёки в непоследовательности, заявляя, что прецедент не является частью его оригиналистской философии и что он воспринимает следование прецеденту как компромисс, всего лишь прагматическое исключение по отношению к своей теории толкования<sup>86</sup>.

2. *Тезис текстуального толкования.* Хотя доктрина прецедента базируется на допущении судейского усмотрения, это допущение отнюдь не безусловно. Понятие о судебном прецеденте как основании для общезначимой и общеобязательной нормы (а не как прикрытии для создания нормы *ex nihilo*) мыслимо только при условии, что суд в процессе разрешения вопросов права будет опираться на тот нормативный смысл, который объективно заложен в тексте предшествующего судебного решения.

Радикальное сомнение в том, что правовым текстам внутренне присущ какой-либо смысл, может проистекать из онтологической позиции крайнего номинализма. Если за общими терминами нет никаких общих норм, то правосудие попросту не способно осуществляться иначе, кроме как через судейское усмотрение. Маловероятно, чтобы кто-то мог всерьёз поддерживать подобный скепсис в отношении семантики языковых выражений: как остроумно замечает всё тот же Скалиа, слова «обладают достаточным значением, во что учёные критики сами должны твёрдо уверовать, когда они решают выразить свои взгляды с помощью текста, а не музыки»<sup>87</sup>.

Следует, однако, различать понятия материальной (синтаксической, логической, семантической) и формальной неопределённости текста. Занимая позицию прагматичного наблюдателя (в духе предсказательной теории права О. У. Холмса), мы вполне можем располагать ясным представлением о нормативном смысле текста и при этом соглашаться с утверждениями релятивистского характера наподобие известного афоризма Ч. Хьюза: «Мы действуем на основе

---

<sup>85</sup> USSC. *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 834 (1991).

<sup>86</sup> См.: *Scalia A. Common-Law Courts in a Civil-Law System*. P. 139–140.

<sup>87</sup> *Scalia A. Originalism: The Lesser Evil*. P. 856.

Конституции, но Конституция — это то, что скажут о ней судьи»<sup>88</sup>. В этом ракурсе тексты могут и не восприниматься как источники права, поскольку высший суд *de facto* имеет возможность придать им любой смысл. Масштабное развитие такого взгляда на правовую систему предпринимает, например, парижский профессор М. Тропер — лидер французского неореализма. По его мнению, свобода судебного толкования проистекает из свойства окончательности судебных решений: правовые тексты являются неопределёнными по чисто формальным причинам — вследствие того, что решения высшего суда по определению не подлежат отмене и пересмотру в какой-либо другой инстанции и потому юридически обязательны независимо от их содержания. Но это взгляд с позиции наблюдателя; позиция судьи совершенно иная, поскольку судья не занят предсказанием своего собственного поведения<sup>89</sup>. Французский неореализм — это научная, а не догматическая теория толкования. Тропер прямо указывает, что его теория, будучи основанием науки о праве, отличается от догмы права. Догма не является чистым описанием, поскольку её методы направлены на то, чтобы *рекомендовать* суду вынести определённое решение. Задача науки о праве иная: *описать и объяснить* судебные акты на основе исследования факторов, которые определяют то, как высший суд распоряжается своей (существующей фактически и гарантированной институционально) свободой толкования<sup>90</sup>. Эту теорию может принять учёный, но не судья, ибо даже если последний «полностью уверен в истинности реалистического тезиса, он, очевидно, не может утверждать, что судьи могут

---

<sup>88</sup> Цит. по: Гриценко Е. В. Роль конституционного суда в обеспечении прямого действия Конституции в Германии и России // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 1. С. 14–29. Важно обратить внимание, что из уст будущего Главного судьи (председателя) Верховного суда США это утверждение прозвучало в то время, когда он был не судьей, а губернатором штата Нью-Йорк.

<sup>89</sup> См.: Харт Г. Л. А. Скандинавский реализм // Харт Г. Л. А. Философия и язык права. М.: Канон+ РООИ «Реабилитация», 2017. С. 236.

<sup>90</sup> См.: Тропер М.: 1) Ответ Отто Пферсманну // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. СПб.: Юридическая книга, 2012. С. 284–287; 2) Реалистическая теория толкования // Российский юридический журнал. 2006. № 2. С. 18–19. Несмотря на это указание, теория Топера иногда воспринимается как предписание определённой стратегии толкования, то есть, как догматическая теория. См., например: Тимошина Е. В.: 1) Судья как новый суверен: волюнтаристская теория толкования Мишеля Топера // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2016. № 2. С. 50–61, 51; 2) Методология судебного толкования: критический анализ реалистического подхода. С. 78.

придать тексту любое значение, ведь тогда у него самого нет никакой причины предпочесть одно значение другому»<sup>91</sup>. В этом отношении «судья не может... быть реалистом»<sup>92</sup>.

Гипотетически мы можем представить себе ситуацию, при которой судья, полагая себя реалистом, будет толковать правовые тексты, как *если бы* они действительно не имели никакого объективного смысла. Теория, которая предписывает или позволяет судье проводить такое креативное толкование — это догматический правовой реализм, отличный от научного. Она делает невысказанной связанность суда собственными решениями: если смысл текста — это всегда продукт воли его толкователя, создаваемый *ex nihilo*, то ни первичные источники, ни прецеденты их толкования не могут считаться руководством для судей. В таком случае любой правовой текст — это иллюзорная конструкция; он не препятствует принятию решения, которое суду в новом деле кажется наиболее предпочтительным. В условиях релятивизма и прагматизма, свойственных подобному подходу, критерием «правильного» решения становится согласие аудитории<sup>93</sup>. Упоминание прецедента в таком контексте может выступать лишь одним из риторических приёмов, которым адвокат пользуется для убеждения судьи, а судья — для убеждения общества в том, что та или иная правовая позиция будто бы объективно проистекает из авторитетного текста или, наоборот, противоречит ему. В то же время, поскольку тексты действительно имеют смысл, обоснование решений с помощью ссылок на них, но безо всякой попытки выявить их смысл когнитивно, едва ли будет выглядеть убедительной риторикой. Последовательно безразличный к семантике толкуемого источника догматический правовой реализм абсурден<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Тропер М. Свобода толкования у конституционного судьи // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. СПб.: Юридическая книга, 2012. С. 200.

<sup>92</sup> Тропер М. Реализм и судья конституционного суда // Вестник Гуманитарного университета. 2018. № 2. С. 53.

<sup>93</sup> См.: Антонов М. В. Современная теория права во Франции: реалистический подход к праву в концепции Мишеля Тропера и спор о неореализме в толковании // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. СПб.: Юридическая книга, 2012. С. 331–332; Тимошина Е. В. Методология судебного толкования: генезис и эволюция реалистического подхода // Право и политика. 2017. № 12. С. 1–13.

<sup>94</sup> Критикуя теоретические разработки французского учёного, Пферсманн отмечает, что «нельзя создавать нормы, не создавая при этом высказывания, значениями которых и будут нормы... А совокупность высказываний

Итак, поскольку доктрина прецедента легитимна в рамках лишь *некоторой* теории судебного толкования, то и твёрдую почву она может обрести только после того, как эта теория получит надёжное обоснование и в силу своей обоснованности будет признана предпочтительной. Разрешение одного из «вечных» для науки споров, каковым, похоже, был, есть и будет спор о природе и методах толкования, не входит в задачи нашего исследования. Нам, однако, удалось прояснить очертания теории, которая подразумевается в понятии судебного прецедента. Эта теория, занимая в противоборстве формализма и реализма промежуточное положение, содержит два тезиса: во-первых, реалистический тезис дискреционного толкования, а во-вторых, формалистический тезис текстуального толкования. Их сочетание выражается в понятии замещающего толкования. Доктрина прецедента предполагает признание двойственной природы судебного толкования: оно не может рассматриваться во всех случаях как сугубо аналитическое или дискреционное, поскольку никогда не исключается, что суд сможет установить смысл текста с помощью точных методов или что эти методы окажутся неэффективными. Мы должны теперь более подробно рассмотреть фундаментальную гносеологию подобной умеренной теории.

### 2.3. Базовая структура следования правилу

Выявление общей нормы в процессе толкования означает обращение к общим понятиям. Отсюда вытекает потребность подробно осветить механизм образования общих понятий.

Онтологический реализм позволяет разъяснить данный вопрос очень просто. Платон, как известно, верил в переселение душ, предполагая, что душа человека бессмертна и что после телесной смерти она отправляется в потустороннюю реальность, где как раз и обита-

---

есть не что иное, как текст. Но для разбираемой теории любой текст является неопределённым. Отсюда следует, что нормы вообще не могут существовать» (Пфферсманн О. Против юридического неореализма. С. 280). Для судьи, который придерживается догматического правового реализма и при этом намерен следовать прецеденту, это действительно серьёзная проблема. Чтобы устранить её, он был бы вынужден несколько умерить свои взгляды, используя креативное толкование только в отношении первичного источника, а в отношении прецедентов придерживаясь текстуального толкования. Получается, что догматический правовой реализм приводит судью либо к абсурду, либо к двойным стандартам.

ют эйдосы, которым причастны вещи. Вернувшись на землю и обретя новое тело, душа способна припомнить знание, полученное благодаря загробному знакомству с лошастью вообще, квадратом вообще, добродетелью вообще и т. д., и обнаружить в родственниках друг другу вещах то, что ей и так уже известно (концепция анамнезиса, или «знания как припоминания»)<sup>95</sup>. Общие понятия трактуются как нечто врождённое мышлению, что позволяет, по большому счёту, уйти от вопроса. Если избавиться от мифологических аспектов этой теории и связанной с ними реификации общих понятий, то суть её можно выразить кратко: сходство вещей каким-то образом производно от общего понятия.

Иное решение даёт умеренный номинализм (онтологический концептуализм), который в отношениях между общим понятием и сходством вещей первичным полагает последнее. Исторически сторонники именно этой теории одержали победу в средневековом споре об универсалиях, после чего в Новое время она стала господствующей<sup>96</sup>. Образование общих понятий на основе сходства вещей происходит следующим образом. Вначале мысленно выделяются сходные (общие) признаки. Поскольку вещи составляют множество — логический класс (объём будущего понятия), то их подобие друг другу мыслится как целая сеть отношений сходства<sup>97</sup>. Однако все эти вещи только *относительно* сходны; между ними существуют и различия — особенные признаки, присущие только некоторым членам этого множества, и единичные признаки, которыми обладает только одна вещь. От этих различий необходимо отвлечься, то есть, абстрагироваться. Благодаря этой процедуре класс относительно сходных вещей превращается в класс *неразлично* сходных. В реальности неразлично сходные вещи не существуют, поскольку любая вещь по отношению к другой чем-нибудь да отличается. Отсутствие различий, исходя из этого, должно мыслиться как тождество. Иными словами, все вещи данного класса должны рассматриваться теперь как *одна и та же* вещь. Происходит подстановка, в результате которой прежнее множество объектов заменяется на один общий объект. Этот новый объект и есть общее понятие<sup>98</sup>.

Перед нами триада базовых мыслительных операций, составляющих универсальную схему сведения многого к одному: уста-

---

<sup>95</sup> См.: Платон. Менон. 81d.

<sup>96</sup> См.: Левин Г. Д. Указ. соч. С. 149–150.

<sup>97</sup> См.: Там же. С. 151.

<sup>98</sup> См.: Там же. С. 159–164.

новление сходства — отвлечение от различий — подстановка объекта. Очевидно, что в роли множества объектов могут выступать не только вещи. Это могут быть, например, действия или ситуации, а также, собственно, сами общие объекты (которые будут выступать в качестве видовых понятий по отношению к новому родовому понятию). С момента образования общего понятия любой предикат, который будет приписываться ему как субъекту логического суждения, должен в силу законов силлогистики приписываться также каждому объекту, который входит в его объём. Благодаря этому общие понятия позволяют эффективно аккумулировать и сообщать информацию.

Главный пафос концептуализма состоит в том, что общие понятия активно *конструируются* человеческим сознанием на основе существенных признаков, отобранных в процессе установления сходств и отвлечения от различий. Убеждённый платонист, напротив, полагает, что общие понятия пассивно *воспринимаются* сознанием в качестве готовых объектов, существенные признаки которых — то есть, границы класса, образующего их объём — ещё только предстоит узнать (слово «узнавание» как синонимичное «припоминанию» здесь очень кстати).

Разница между этими подходами рельефно проявляется в способах определения понятий (установления дефиниций). Теория реальных определений предполагает, что определения могут рассматриваться как истинные или ложные; теория номинальных определений эту возможность отрицает<sup>99</sup>. Реальное определение — это результат познания; оно призвано выразить сущность определяемой вещи (отсюда происходит другое имя этой теории — эссенциализм), то есть, дать адекватное описание общего предмета, который мыслится в общем понятии. Как и любое описание некоей объективной реальности, такое определение может оказаться недостоверным. Немалое количество научных дискуссий по поводу содержания понятий, особенно между правоведами, протекают на основе допущения, которое молчаливо разделяют все (или многие) участвующие в них стороны: будто в процессе исследования понятия можно отыскать единственно верное определение, в силу которого иные определения должны считаться ошибочными. С точки зрения альтернативной теории, эти споры — сплошное недоразумение, поскольку любому

---

<sup>99</sup> См.: Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и аналитическая философия. С. 796–803.

понятию можно свободно дать любое определение. Номинальное определение не притязает на истинность; это всего лишь произвольно принятая конвенция, призванная внести ясность в употребление терминов. Такое определение выполняет функцию сокращения: его «нужно читать не слева направо, а справа налево»<sup>100</sup>, то есть, перечисление существенных признаков логически предшествует введению термина, обозначающего понятие.

Теория номинальных определений наиболее уместна и оправдана, когда ближайшей целью исследования выступает, например, «формирование понятийного аппарата для описания существующего права», ибо в этом случае ключевое, если не единственное, ожидание состоит в том, что подобная «понятийная система должна удовлетворять требованиям согласованности понятий между собой и удобства в использовании»<sup>101</sup>. В таком контексте «поиск определения как цель научного исследования» (скажем, определения теоретического понятия права) вполне заслуженно может считаться «фундаментальной методологической ошибкой»<sup>102</sup>. Однако догматическая юриспруденция, а также суды, в отличие от общей теории права, вынуждены устанавливать по преимуществу реальные, а не номинальные определения. Тезис когнитивного толкования, которого юристы и судьи обычно придерживаются в ходе разрешения вопросов права, заставляет их выяснять содержание, как им представляется, *предзаданных* понятий. Существенные признаки класса ситуаций, на который рассчитана общая норма, для толкователя, в отличие от автора толкуемого текста, становятся целью, а не предпосылкой мыслительного процесса. По этой причине неизбежно введение различных концепций в духе онтологического реализма (такова, например, концепция «воли законодателя», обозначающая недоступную непосредственному восприятию вещь в себе). В толковании права их основная функция — поддерживать регулятивную идею объективной истины. Эта истина должна быть сформулирована судом в определении спорного юридического понятия.

Умеренная теория толкования полагает эту задачу решаемой лишь отчасти (или только в некоторых, «простых» делах), поскольку даже самый ясный правовой текст содержит неопределённость. «Сам язык, вечно подвижный развивающийся, мало установивший-

---

<sup>100</sup> Там же. С. 798.

<sup>101</sup> Там же. С. 801.

<sup>102</sup> Там же. С. 799.

ся, с его многообразными правилами словоупотребления, правилами грамматики и синтаксиса, часто спорными, альтернативными или условными, — сам язык является только относительно совершенной формой выражения мысли, обманчивой как для законодателя, так и для судьи»<sup>103</sup>. «Во всех сферах опыта, не только среди правил, существует предел, заложенный в природе языка, для тех указаний, которые общий язык может предоставить»<sup>104</sup>. С помощью чисто лингвистических аргументов, которые «базируются на установленном, *реально существующем словоупотреблении*», зачастую «можно установить только то, что норма размыта или не определена», и «тогда решение можно обосновать только с помощью других аргументов»<sup>105</sup>. Но и специально-юридическое «искусство толкования... само по себе не содержит таких правил, которые бы давали незыблемую опору, служили бы непоколебимым основанием для всех частных выводов, какие должны вытекать из текста»<sup>106</sup>. Каноны толкования хотя и могут уменьшить степень неопределённости, но всё же неспособны устранить её полностью уже хотя бы потому, что «эти каноны сами являются общими правилами по использованию языка и пользуются общими терминами, которые также требуют интерпретации»<sup>107</sup>. Помимо неопределённости содержания канонов существуют проблемы, связанные с неопределённостью их количества, а также иерархии между ними<sup>108</sup>. Всё это приводит к появлению «сложных» дел (англ.: *hard cases*)<sup>109</sup>, в которых достичь решения средствами аналитического толкования невозможно.

Обращаясь к рассмотрению этой ситуации, Г. Кельзен метафорически описывает правовую норму как всего лишь «рамку, внутри которой дано множество возможностей применения», вследствие чего «указанной норме будет соответствовать любой акт, который находится в пределах данной рамки, который наполняет эту рамку тем

---

<sup>103</sup> Демченко Г. В. Указ. соч. С. 111.

<sup>104</sup> Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. с англ.; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб.: Издательство С.-Петербургского университета, 2007. С. 130.

<sup>105</sup> Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс. С. 454.

<sup>106</sup> Демченко Г. В. Указ. соч. С. 112.

<sup>107</sup> Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 130.

<sup>108</sup> См.: Алекси R. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification / transl. by N. MacCormick. New York: Oxford University Press, 2010. P. 3–4.

<sup>109</sup> Термин Р. Дворкина.

или иным возможным смыслом»<sup>110</sup>. Он прямо указывает, что «всегда останется большее или меньшее пространство для усмотрения»<sup>111</sup> и что «осуществляемое правоприменительным органом толкование... создаёт право»<sup>112</sup>. Другую метафору использует Г. Л. А. Харт, предпочитая говорить о дуализме «ядра определённости» и «полутени сомнений», который придаёт правовым нормам «открытую текстуру» (англ.: *open texture*)<sup>113</sup>. Британский правовед тоже констатирует, что если в «сложных» делах «судье надлежит принимать решение и не надлежит... отказываться от отправления правосудия или передавать неурегулированные существующим правом вопросы для решения законодательной власти, он должен использовать своё *усмотрение и создавать* право для данного случая»<sup>114</sup>.

В терминах логики ситуация частичной неопределённости правовой нормы означает, что в процессе реального определения спорных юридических понятий суду удалось когнитивно установить только некоторые существенные признаки «проблемного» класса ситуаций. Дальнейшее уточнение таких неполных дефиниций предполагает, что существенность иных признаков будет устанавливаться через судебское усмотрение. В этой части определение фактически приобретает номинальный характер. Здесь имеет место хотя бы и частичное, но всё же активное конструирование (а не пассивное восприятие) понятий. Оно протекает в соответствии с обозначенной выше универсальной схемой образования понятий, которую будет поучительно рассмотреть через призму теории «открытой текстуры» правовых норм и связанным с ней хрестоматийным «делом о средствах передвижения в парке».

Согласно теории Харта<sup>115</sup>, любая правовая норма предполагает некоторый (хотя бы один) бесспорный пример её применимости —

---

<sup>110</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. С. 424.

<sup>111</sup> Там же. С. 422.

<sup>112</sup> Там же. С. 428.

<sup>113</sup> См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 127.

<sup>114</sup> Hart H. L. A. The Concept of Law. 2nd ed. / with a Postscript ed. by P. A. Bulloch and J. Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994. P. 272 (цит. по: Касаткин С. Н. «Постскрипtum» к «Понятию права» Герберта Л. А. Харта // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. СПб.: Юридическая книга, 2009. С. 753–785, 781).

<sup>115</sup> Считается, что фундаментом этой теории послужила философия «позднего» Л. Витгенштейна. См.: Касаткин С. Н. Проблема следования правилу: Харт и Витгенштейн // Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи). Львів, 2012. С. 256–276. По поводу возражений, выдвинутых против неё, см.: Касаткин С. Н. Проблема нормативных

так называемый ясный, парадигматический случай<sup>116</sup>. Его конституирует глубоко укоренённая в коммуникативной практике или наглядно доказуемая ассоциация терминов и понятий с другими терминами, понятиями, представлениями и восприятиями, что как раз и позволяет находить реальные определения. Если дело, которое рассматривает суд, очевидно похоже на этот ясный случай, то о нём самом тоже можно сказать, что оно является ясным, попадает в сферу семантического ядра толкуемых правоположений. Однако обстоятельства иных ситуаций могут располагаться на периферии значений правового текста, в зоне полутени, где должная степень очевидности отсутствует. Такой случай можно именовать пограничным. Например, если речь идет о применении правила, запрещающего использование средств передвижения в парке, то очевидно, что этот запрет исключает проведение автомобильных гонок. Это будет одна из тех ситуаций, которые конституируют ясный случай применения правила и не требуют со стороны суда особых рассуждений. Ясный случай может быть задан общепринятым употреблением терминов, в которых выражена правовая норма, или непосредственным указанием примера применения нормы, что как раз характерно для прецедента, но вовсе не исключено и для иных правовых текстов. В то же время неочевидно, что установленное правило запрещает передвижение посетителей парка на роликах и самокатах. В ситуации подобной неочевидности суд, по словам Харта, должен «рассмотреть (*как делает тот, кто использует прецедент*)», «в достаточной ли мере» похож настоящий случай на ясный случай в «относящихся к делу» своих аспектах (курсив наш. — *Авт.*)»<sup>117</sup>. Необходимость ответа на этот вопрос вызывает ситуацию судейского усмотрения. Судья «по своему выбору добавляет к ряду случаев [применимости правила] новый случай из-за сходств, которые могут обоснованно защищаться... как релевантные в правовом смысле»<sup>118</sup>. Критерии релевантности, или, попросту говоря, существенности признаков «зависят от

---

оснований судебного решения: концепция правовой неопределённости Г. Харта и её критики // Антропология права: философский та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи). Львів, 2013. С. 220–240.

<sup>116</sup> См.: *Харт Г. Л. А.* Понятие права. С. 132. Существуют также ясные случаи неприменимости, поэтому следует различать позитивно ясные и негативно ясные случаи. Здесь и далее мы говорим о ясных случаях в позитивном смысле, если не указано иное.

<sup>117</sup> Там же. С. 131.

<sup>118</sup> Там же.

многих сложных факторов, пронизывающих правовую систему, и от целей, достижение которых могут приписывать правилу»<sup>119</sup>. В ясном случае цель правовой нормы очевидна. В частности, применительно к уже упомянутым гонкам на автомобилях или мотоциклах можно сразу считать решённым «вопрос о том, что тишину и спокойствие в парке надлежит поддерживать ценой исключения этих вещей во что бы то ни стало»<sup>120</sup>. Но действует ли этот запрет также и в отношении катания детей на игрушечных машинах с электрическим двигателем? Для ответа на этот вопрос само по себе безразлично, каким источником установлена такая норма. Важно, что этот новый случай находится в зоне полутени: возникает неопределённость по поводу того, «следует ли пожертвовать некоторой долей спокойствия в парке ради детей, удовольствие или интерес которых заключается в использовании этих вещей, — или спокойствие должно быть защищено от них»<sup>121</sup>. В пограничном случае мы «решаем вопрос, выбирая между конкурирующими интересами таким образом, который более всего удовлетворяет нас. Поступая таким образом, мы делаем более определённой нашу исходную цель и попутно решаем вопрос о значении общего понятия в отношении к целям данного правила»<sup>122</sup>.

Теория «открытой текстуры» правовых норм — это общая для всех правовых текстов теория следования правилу. Во всех случаях процедура применения правовой нормы состоит из трёх базовых мыслительных операций<sup>123</sup>. Харт не даёт им точного наименования, но как таковые они в его рассуждениях различимы. Это всё те же операции установления сходства, отвлечения от различий и подстановки объекта, которые теперь необходимо рассмотреть подробнее.

1) Установление сходства между ясными и пограничными случаями предполагает проведение сравнительного анализа. Сопоставляя ситуации, мы можем выделить в них некоторые сходные признаки. На этом этапе неважно, насколько поверхностным или глубоким представляется отношение сходства; это момент чистого созерца-

---

<sup>119</sup> Там же.

<sup>120</sup> Там же. С. 132.

<sup>121</sup> Там же. С. 133.

<sup>122</sup> Там же.

<sup>123</sup> Понятие «базовых операций в применении права» (англ.: *basic operations in the application of law*) использует Р. Алекси. Его теория, однако, предполагает, что для применения *разных* по своей природе правовых норм существуют *разные* операции. См.: *Alexy R. Two or Three? // On the Nature of Legal Principles / ed. by M. Borowski. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010. P. 9–18.*

ния, о котором даже нельзя сказать, как именно оно происходит. Две вещи одинаковой формы или окраса кажутся в этих аспектах подобными друг другу, хотя на вопрос о методе установления сходства едва ли возможно дать какой-либо другой ответ, кроме указания, что мы непосредственно воспринимаем и с очевидностью констатируем его фактичность. Разногласия часто возникают, когда речь заходит о степени этого сходства; но что *какое-то* сходство имеется — это суждение, которое невозможно обосновать, но можно только непосредственно убедиться в его истинности, окинув мысленным взором данные собственного чувственного восприятия. Такого рода суждение мы будем именовать *аналогией*, или аналогическим суждением. В литературе аналогия нередко рассматривается как проявление интуиции<sup>124</sup>, но в русском языке точнее было бы говорить об умозрении<sup>125</sup>, подразумевая способность «видеть умом» нечто общее в конкретных объектах, в наличии которой Платон отказывал Диогену Синопскому<sup>126</sup>. Умозрение — это упорядочивающая «деятельность души» (лат.: *actio animae*), о которой пишет, в частности, средневековый философ-концептуалист П. Абеляр, отмечая, что отношение сходства «сознание производит само по себе»<sup>127</sup>, но при этом словно

---

<sup>124</sup> См., например: Brewer S. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy // Harvard Law Review. Vol. 109. 1996. No. 5. P. 964; Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 34. 2014. No. 3. P. 583; Блохин П. Д. Индукция, аналогия, интуиция в конституционно-судебном познании: попытка логико-правового исследования // Журнал конституционного правосудия. 2016. № 2. С. 19–20.

<sup>125</sup> См.: Лебедев С. П. Идеализм: история и логика генезиса. СПб.: Издательство С.-Петербургского университета; Издательство Русской христианской гуманитарной академии, 2008. С. 402–403, 430–431.

<sup>126</sup> Соответствующий эпизод приводит Диоген Лаэртский: «Когда Платон рассуждал об идеях и изобретал названия для “стольности” и “чашности”, Диоген сказал: “А я вот, Платон, стол и чашу вижу, а стольности и чашности не вижу”. А тот: “И понятно: чтобы видеть стол и чашу, у тебя есть глаза, а чтобы видеть стольность и чашность, у тебя нет разума”» (Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. М., 1979. С. 251). В этом отрывке собеседник Платона сознаётся, что наблюдает конкретный объект (вещь), но отрицает существование абстрактных объектов (признаков вещи — её свойств и отношений) и уж тем более не готов всерьёз говорить о существовании общих объектов (которые конструируются сознанием на основе общих признаков, то есть, отношений сходства). Подробнее о понятиях конкретного, абстрактного и общего см.: Левин Г. Д. Указ. соч. С. 8–10, 34–36, 88–90.

<sup>127</sup> Абеляр П. Логика «для начинающих» // Абеляр П. Теологические трактаты / пер. с латыни, коммент., введ. ст., сост. С. С. Неретиной. М.: Канон+РООИ «Реабилитация», 2010. С. 175.

«схватывает» или «постигает» это отношение (как если бы это было ощущение)<sup>128</sup>. Термин «интуиция» в данном случае может несколько ввести в заблуждение. Интуитивные суждения индивида способны представлять ценность для окружающих, даже если соответствующее интуитивное переживание доступно только ему (можно полагаться на людей «с хорошей интуицией»). Аналогическое суждение, напротив, ценно только в том случае, когда оно очевидно для всех, так что каждый, обращаясь к сопоставлению двух объектов, непосредственно «переживает» присутствие сходства между ними. Без этой исходной очевидности, принятой всеми, невозможно «открыть» дискурс по поводу включения объекта в объём спорного понятия, за которым стоит необходимость совершения практического действия (например, принятия судебного решения)<sup>129</sup>. Эта претензия аналогических суждений на общезначимую, интерсубъективную очевидность служит основанием, пожалуй, единственного методологического напутствия (или требования), которое можно обозначить по поводу данной мыслительной операции: судья или сторона должны быть в состоянии ясно указать обнаруженное ими сходство, а поскольку судебное решение имеет форму текста, такое указание должно быть дано посредством описания в речи<sup>130</sup>.

Трудность иногда состоит в том, чтобы суметь выразить видимое сходство в языке, используя при этом слова, которые позволили бы убедиться в наличии сходства максимально широкому кругу

---

<sup>128</sup> См.: Там же. С. 173–174. В этих местах Абеляр использует один и тот же латинский глагол *concipere*, который несёт в себе множество смыслов: «собирать», «принимать», «впитывать», «поглощать», «захватывать», но также «воображать», «представлять», «соображать», «задумывать», «замышлять», «объявлять», «формулировать», а в юридическом смысле, что особенно интересно — «обнаружить в присутствии свидетелей». Этот глагол связан с существительным *conceptus*, от которого происходит термин, обозначающий в европейских языках понятие (англ.: *concept*). См.: Латинско-русский словарь. 2-е изд. / сост. И. Х. Дворецкий. М.: Русский язык, 1976. С. 224.

<sup>129</sup> В этом смысле сходства «важнее» различий, хотя всё сказанное по поводу гносеологического механизма установления сходств касается также и различий, то есть, отсутствия признака, сходного по отношению к признаку другого объекта. Суждение о различии объектов можно именовать *дифференциальным суждением*.

<sup>130</sup> «Существует глубоко укоренённая когнитивная способность распознавать образы сходства между феноменами... И как только возможная аналогия будет осознана, должна быть возможность сформулировать релевантные сходства между ними, т. е., дать им некую общую характеристику» (*Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law. P. 583.*)

членов языкового сообщества (что особенно важно в отношении объектов, недоступных для чувственного восприятия некоторым или даже большинству членов сообщества). В этом отношении язык способен выполнять важную функцию фильтрации действительных сходств и различий: что неизвестно языку и о чём «нельзя говорить», то остаётся в пространстве чистой субъективности и не может быть задействовано в качестве основания для принятия решений. Суд не может основываться на том, что «эта ситуация *чем-то* напоминает другую» или «*чем-то* отличается», не указав точно, в каком именно аспекте он обнаруживает сходство или различие. В противном случае его решение может восприниматься как немотивированное.

Чтобы не предрешать окончательную юридическую квалификацию дела, общие термины, используемые для описания сходств и различий, должны быть нейтральными. Если норма устанавливает, что в парке не могут находиться средства для передвижения, то юридический вопрос как раз и состоит в том, является ли таким средством, например, самокат. В повседневности мы, возможно, легко склонились бы к такой классификации, но в судебном споре именно она становится предметом рефлексии в свете правовой нормы, так что по результатам спора суд может прийти к иному выводу. По этой причине словесная форма, в которой высказывается аналогическое суждение, должна быть столь же бесспорной, сколь очевидно и само сходство. Можно, в частности, указать, что самокат, как и автомобиль (который выполняет здесь функцию ясного случая), имеет несколько колёс и используется для перевозки людей. Достаточно ли этих сходных признаков, чтобы посчитать запрет применимым, или различия в таких параметрах, как механизм приведения в движение и максимальная конструктивная скорость, изменяют положение дел, не позволяя считать самокат «средством передвижения» по смыслу этой нормы, — вопрос, который судье предстоит рассмотреть на этапе отвлечения от различий.

Вероятны случаи, когда сомневаться в принадлежности объекта к определённому логическому классу почти невозможно. Очевидно, например, что карета скорой помощи — это средство передвижения, поэтому здесь, на первый взгляд, вообще нет нужды добиваться нейтральности аналогического суждения. Собственно, это и не пограничный, а вполне ясный случай, если иметь в виду только словесный смысл правового текста. Однако столь же очевидно, что в ситуации, когда необходимо срочно оказать медицинскую помощь посетителю парка, положение дел будет совершенно иным, нежели

в случае обычного проезда через парк из соображений удобства. С точки зрения ценностей, ради защиты которых устанавливаются конкретные правила, данный запрет было бы целесообразнее теперь проигнорировать. Это типичный конфликт канонов толкования (в приведённом примере — грамматического и телеологического). В результате суд вновь имеет дело с пограничным случаем. Отдавая предпочтение телеологическому истолкованию и, таким образом, отказываясь применять запрет, он может выразить свой выбор по-разному. Суд может согласиться, что карета скорой помощи — это средство передвижения, и при этом заявить, что он устанавливает исключение из правила. Но возможна и другая формулировка: отметив сходство по отношению к ясному случаю в каких-то нейтральных терминах, он может сделать вывод, что карету скорой помощи в таких обстоятельствах нельзя считать средством передвижения. Второй вариант методологически представляется более последовательным, но иногда он может приводить к утверждениям, которые неискущённому наблюдателю покажутся курьёзными<sup>131</sup>.

2) Отвлечение от различий означает, что общие признаки ясных и пограничных случаев объявляются существенными, а их особенные и единичные признаки — несущественными. Понятие существенности добавляет к чистому созерцанию момент оценки. Когда новое дело представляет собой ещё один ясный случай, то оценочные суждения могут остаться невысказанными. На самом деле, даже выбирая сходства, на основе которых можно убедительно настаивать на применении нормы, суд уже подразумевает оценку, но в ясном случае просто не высказывает её *expressis verbis*. Подавляющее большинство признаков никогда не будут упомянуты в судебном решении или не получат в нём особого комментария, поскольку их существенность или несущественность слишком очевидна. Породить сомнение могут только *значимые* различия, существенность которых возбуждает спор. Если их значимость превышает значимость сходств, то они становятся *значительными*, и тогда правовая

---

<sup>131</sup> Пример такого курьёза приводит Л. Л. Фуллер: «Кто-либо может представить себе такой ход рассуждения: «Согласно этому статуту запрещена продажа абсента. В чем заключается цель данного акта? В охране здоровья. Теперь... всем известно, что абсент доброкачественный, здоровый и полезный напиток. А значит, интерпретируя статут в свете его целей, я на его основании предписываю общую продажу и потребление этого самого полезного для здоровья напитка, абсента»» (Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву: Ответ профессору Харту // Известия вузов. Правоведение. 2005. № 6. С. 157).

норма применяться не будет. Отсутствие различий, признанных значительными, для суда будет существенным признаком класса ситуаций, на который она рассчитана.

В литературе уже отмечался оценочный характер суждений о существенности сходств и различий<sup>132</sup>. Но как происходит эта оценка? В какой процедуре осуществляется судебское усмотрение? Гипотетически это можно делать откровенно наугад и без аргументации (то есть, произвольно). Однако приведённые выше обширные цитаты из сочинения Харта подразумевают иной ответ: в ситуации правовой неопределённости существенность сходств и различий между ясными и пограничными случаями суду надлежит установить с помощью процедуры, известной в юриспруденции как **взвешивание** интересов (ценностей, целей и т. п.), которые находят юридическое признание в правовых принципах как более фундаментальных норм, чем обсуждаемое конкретное правило<sup>133</sup>. Каждый значимый признак выделяется своим воздействием на интересы, защищаемые принципами. Указать на эту связь между признаками и принципами — это значит сформулировать аргумент в пользу одной из сторон спора. Взвешивание интересов — это оценка юридической убедительности аргументов.

Когда в ситуацию вовлечены сразу несколько принципов, они могут либо усилить одну и ту же правовую позицию, либо, наоборот, вступать в конкуренцию друг с другом. Если первичные источники права не указывают достаточно ясно, какова иерархия принципов для данного случая, то ситуация правовой неопределённости сохраняется. Восполняя эту неопределённость, суд реализует своё усмотрение в форме утверждения наподобие: «принцип  $P_1$  при данных обстоятельствах более важен, чем принцип  $P_2$ ». Высказывание и обоснование такого суждения об относительной важности принципа (то есть, большей важности не абстрактно, а именно при данных обстоятельствах) принято также именовать *балансированием* принципов. Понятие баланса является ключевым для доктрины пропорциональности — основополагающей доктрины современного конституционного и международного права. Если рассматривать

---

<sup>132</sup> См., например: *Блохин П. Д.* Обоснование по аналогии в конституционно-правовых спорах // *Аргументация в праве и морали: коллективная монография* / под ред. Е. Н. Лисанюк. СПб.: Алеф Пресс, 2018. С. 212–224, 215.

<sup>133</sup> О различии принципов и правил в современной теории права см. также: *Алекси Р.* О структуре принципов права // *Российское правосудие*. 2017. № 3 (131). С. 19–34.

конкуренцию принципов как коллизию правовых норм<sup>134</sup>, то можно сделать вывод, что судебными прецедентами создаются коллизионные нормы, которые определяют, при каких обстоятельствах в пользу какого из конкурирующих принципов должно быть принято судебное решение в будущем деле<sup>135</sup>.

Например, существенность сходства между случаями въезда в парк на автомобиле и на мотоцикле можно обосновать с помощью указания, что эти объекты являются: а) шумными, б) опасными для жизни посетителей парка, в) загрязняющими атмосферу. Их использование посетителями одинаково (или почти одинаково) серьёзно затрагивает интересы спокойствия, безопасности и экологического благополучия. Напротив, велосипеды и самокаты чрезмерных опасностей или неудобств с точки зрения этих интересов обычно не вызывают, поэтому вмешательство в свободу передвижения и отдыха лишается своего оправдания. Суд, соответственно, распространит действие правовой нормы на случай с мотоциклом, но откажется это сделать в случаях с велосипедом и самокатом. В процессе оценки сходств и различий суд на основе разных принципов (свободы, безопасности и т.д.) должен выяснить, какое решение причинит меньше вреда — применение запрета или отказ от его применения (дозволение). Чем больший вес имеют аргументы в пользу отклонения от правовой нормы, тем меньшее значение будет иметь аналогия с ясным случаем. Обстоятельства дела получают оценку в сопоставлении с балансом, установленным для ясного случая, так что если принять вес сходных признаков за константу, то решение будет зависеть именно от веса различий, — они могут изменить баланс в противоположную сторону. На определённом этапе количество переходит в качество: значимые различия становятся значительными, перевешивать начинает противоположная чаша весов, баланс принципов изменяется, и тогда суд принимает решение, противоположное норме. В этом, к слову, состоит несложная тайна так называемой техники проведения различий (англ.: *distinguishing*), которая

---

<sup>134</sup> См. об этом: Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 14. Право. 2015. № 3. С. 19.

<sup>135</sup> Подробнее о соотношении доктрины прецедента и доктрины пропорциональности в рамках методологии принятия судебных решений см. § 3 главы 2.

применяется в ситуации, когда неопределённость присуща норме судебного прецедента<sup>136</sup>.

3) Подстановка объекта — это сугубо механическая мыслительная операция, завершающая процесс конструирования понятий. Тем не менее, она очень важна, поскольку на ней строится *дедукция*, позволяющая сформулировать «судебный силлогизм». Как только пограничный случай вслед за ясным случаем включён в объём спорного понятия, описание конкретного объекта можно (логически необходимо!) подставить в соответствующем нормативном суждении на место общего объекта. Так суд находит искомое решение:

В случае А должно быть принято решение В.

Конкретный случай  $a_1$  является случаем А.

Конкретное решение  $b_1$  является решением В.

В случае  $a_1$  должно быть принято решение  $b_1$ .

С помощью мыслительных операций аналогии и взвешивания судья добывает посылки «судебного силлогизма». В результате принятого решения пограничный случай дополняет собой (на будущее) ряд уже известных ясных случаев применимости правовой нормы и, соответственно, может служить образцом для принятия новых решений. Вопрос о том, *должен* ли он служить таким образцом, требует исследования нормативных оснований доктрины прецедента.

### § 3. Этические основания

В области морали вопрос о нормативной силе судебных решений можно переформулировать следующим образом: обязан ли моральный агент в одинаковых случаях одобрять одинаковые решения (англ.: *treat like cases alike*) или он вправе определять свою точку зрения *ad hoc*, не заботясь о том, чтобы оставаться последовательным? Многие выдающиеся мыслители демонстрируют в этом вопросе необычное для философских дебатов единодушие. Разными путями они приходят к одному и тому же выводу. Наиболее влиятельный философ-моралист, И. Кант, следы которого, как отмечает Р. Познер, можно обнаружить в современной этике повсюду<sup>137</sup>, даёт ответ

---

<sup>136</sup> О различных аспектах этой техники см. § 2 главы 3.

<sup>137</sup> См.: Posner R. A. The Problematics of Moral and Legal Theory // Harvard Law Review. Vol. 111. 1998. No. 7. P. 1637–1717, 1664.

в первой формуле категорического императива: «*поступай только согласно такой максиме, руководствуясь которой ты в то же время можешь пожелать, чтобы она стала всеобщим законом*»<sup>138</sup>. Максима — это индивидуальная норма; всеобщий закон — это общая норма. Категорический императив, таким образом, требует, чтобы правильность решения в конкретном случае проверялась с точки зрения его приемлемости как образца для аналогичных случаев<sup>139</sup>.

Учению Канта часто противопоставляют утилитаризм, который, тем не менее, тоже оказался восприимчив к идее законосообразности. Последователь И. Бентама, Д. С. Милль, называет «странным» представление, будто признание полезности («наибольшего счастья для наибольшего числа людей») в качестве первичного принципа несовместимо с допущением вторичных принципов; он не считает правильным «игнорировать промежуточные обобщения полностью и пытаться поверять каждое отдельное действие непосредственно с помощью первичного принципа»<sup>140</sup>, то есть, напрямую оценивать пользу и вред конкретного решения, а не общей нормы, из которой оно должно проистекать. Отсюда возникла почва для разногласия между сторонниками двух течений: утилитаризма действия (англ.: *act utilitarianism*) и утилитаризма правила (англ.: *rule utilitarianism*)<sup>141</sup>.

Среди ключевых проблем, которые продолжали обсуждаться философией в XX веке, были проблемы экспликации таких понятий, как справедливость и рациональность. Соответствующие дискуссии представляют интерес и для юристов, поскольку даже если первичный источник права содержит неопределённость, то всё же можно

---

<sup>138</sup> Кант И. Основы метафизики нравственности // Кант И. Сочинения: в 6 т. Т. 4. Ч. 1. М.: Мысль, 1965. С. 260.

<sup>139</sup> В учебной литературе категорический императив иногда предлагается к усвоению именно через идею прецедента. Ср.: «Этот закон можно изложить так: “Сомневаясь в том, совершать ли тот или иной поступок, представь, что ты создаёшь прецедент, дающий право всякому поступать так же. Если такая перспектива тебя устраивает, — действуй, если нет, — воздержись”» (Линский Б. И., Марков Б. В. Философия: учебник для бакалавров. М.: Издательство Юрайт, 2012. С. 70).

<sup>140</sup> Mill J. S. Utilitarianism // Collected Works of John Stuart Mill, Vol. 10: Essays on Ethics, Religion and Society / ed. by J. M. Robison. Toronto: University of Toronto Press, 1969. P. 224. См. также: Милль Д. С. Утилитаризм / пер. с англ.; предисл. А. С. Земерова. Ростов-на-Дону: Донской издательский дом, 2013. С. 101.

<sup>141</sup> См.: Хайек Ф. Право, законодательство и свобода: современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. М.: ИРИСЭН, 2006. С. 185–191, 541 (сноска 16).

настаивать, чтобы суд, реализуя своё усмотрение, выбрал наиболее справедливое решение или чтобы он, во всяком случае, рационально аргументировал свой выбор. Бельгийский философ Х. Перельман, исследуя эти понятия, приходит к убеждению, что в формальном смысле справедливость требует равного обращения с одинаковыми ситуациями (иначе говоря, поступок справедлив, если он соответствует некоторой общей норме)<sup>142</sup>. Подчёркивая в связи с этим, что в аргументации, которая претендует быть рациональной, прецедент играет важнейшую роль<sup>143</sup>, он объясняет правило формальной справедливости как производное от принципа инерции<sup>144</sup>, согласно которому апелляция к существующей практике не требует обоснования, но обоснованным должно быть отступление от этой практики<sup>145</sup>.

Обобщая концепции, которые в рамках теории аргументации были выдвинуты Х. Перельманом, Р. Хэйром, Ю. Хабермасом, К. Байером и другими учёными, современный немецкий философ права и конституционалист, Р. Алекси, формулирует целый ряд правил рационального дискурса<sup>146</sup>, в число которых он включает *принцип универсализуемости* (некоторые авторы используют понятие генерализуемости). В силу этого принципа каждый участник дискурса

---

<sup>142</sup> См.: Перельман Х. Справедливость // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2012. С. 627–676, 656–663.

<sup>143</sup> См.: Perelman Ch. The Social Contexts of Argumentation // Perelman Ch. The Idea of Justice and the Problem of Argumentation / transl. by J. Petrie; with an introduction by H. L. A. Hart. London; New York: Routledge & Kegan Paul; The Humanities Press, 1963. P. 157.

<sup>144</sup> См.: Perelman Ch., Olbrechts-Tyteca L. The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation / transl. by J. Wilkinson, P. Weaver. Notre Dame, Indiana; London: University of Notre Dame Press, 1971. P. 218–219.

<sup>145</sup> См.: Ibid. P. 105 ff. На русском языке см. также: Перельман Х., Олбрехт-Тытека Л. Из книги «Новая риторика: трактат об аргументации» // Язык и моделирование социального взаимодействия: переводы / сост. В. М. Сергеева и П. Б. Паршина; под общ. ред. В. В. Петровой. М.: Прогресс, 1987. С. 213; Перельман Х. Три аспекта справедливости // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 2. С. 214.

<sup>146</sup> Эти правила имеют в основном очень общий, чисто процедурный и недостижимо идеальный характер, поэтому сами по себе они вовсе не гарантируют получение однозначного ответа на поставленный в деле вопрос права. См.: Белов С. А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 5. С. 224–236. По поводу различных трактовок понятия рациональности см.: Белов С. А. Разумность и рациональность в конституционном праве // Российский юридический журнал. 2017. № 4 (115). С. 9–22.

«может высказывать только те ценностные суждения или суждения долженствования в конкретном случае, которые он или она готов(а) высказать в тех же терминах для каждого случая, похожего на данный случай во всех релевантных аспектах»<sup>147</sup>. Принцип универсализуемости недвусмысленно свидетельствует в пользу доктрины прецедента<sup>148</sup>, что позволяет рассматривать его в качестве метаюридического основания данной доктрины<sup>149</sup>. В ходе рационального дискурса поддерживается свобода критики, так что любое утверждение можно проблематизировать<sup>150</sup>, поэтому пересмотр прецедентов не исключается, но бремя аргументации возлагается на тех, кто настаивает на пересмотре<sup>151</sup>.

Теория дискурса продолжает кантианскую традицию<sup>152</sup>. Существуют также взгляды, прямо противоположные этой традиции. Помимо утилитаризма действия, такова, например, концепция морального партикуляризма, которая ставит под сомнение возможность и необходимость установления универсальных моральных принципов<sup>153</sup>. Здесь достаточно отметить, что доктрина прецедента имеет основания в некоторых этических теориях, но может оспариваться с позиции других теорий. Однако даже если считать её хорошо обоснованной в философском смысле, то отсюда ещё не следует, что она представляет собой нечто большее, нежели практическое приложение избранной кем-то философии. В отсутствие юридических оснований следование прошлым решениям способно стать своего рода «обыкновением правоприменительной практики», но это не наделяет их статусом источника права.

---

<sup>147</sup> Alexy R. A Theory of Legal Argumentation. P. 190.

<sup>148</sup> См.: Ibid. P. 275–278.

<sup>149</sup> По поводу обоснования этого принципа см.: Ibid. P. 65–78, 95–98, 115–119, 162–164, 171–173, 188–190.

<sup>150</sup> См.: Ibid. P. 191–195.

<sup>151</sup> См.: Ibid. P. 278–279.

<sup>152</sup> См.: Alexy R. My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason // The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law / ed. by L. J. Wintgens. Dordrecht; Boston: Springer Netherlands, 1999. P. 29.

<sup>153</sup> Подробнее см.: Dancy J. Ethics without Principles. Oxford: Clarendon Press, 2004; *Idem*. Moral Particularism // The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition) / ed. by E. N. Zalta. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/moral-particularism/> (дата обращения: 01.12.2020).

## § 4. Юридические основания<sup>154</sup>

Доктрина прецедента юридически необходима только в том случае, если этого требует право. Вся трудность заключается в том, чтобы установить содержание права. В этом пункте возникает логический круг: чтобы истолковать право, нужно принять некоторую методологию толкования, но чтобы определить, какая методология юридически правильна, нужно сначала юридически правильно истолковать право. Выход состоит в том, чтобы принять методологию исходя из метаюридических соображений (в связи с чем догматические теории толкования рассматриваются некоторыми учёными в качестве «идеологий» толкования). Однако наше исследование, как было отмечено выше, не имеет цели разрешить спор о природе и методах толкования. Отсюда вытекает и невозможность дать окончательный ответ на вопрос о юридической обоснованности доктрины прецедента — как с точки зрения конституционного права, так и с точки зрения международного права.

Тем не менее, в пределах ценностно нейтрального научного анализа всё ещё можно попытаться зафиксировать точки разногласий, а также выявить уязвимости и бреши в аргументах сторон (проистекающие, разумеется, из применения тех или иных канонov толкования). Это позволит вести догматическую дискуссию о судебном прецеденте более осмысленно.

Доктрина прецедента — это лишь одна из трёх возможных доктрин судебного нормотворчества. Классификация видов толкования логически допускает только две альтернативы. Первая из них, *формалистическая*, предполагает, что суд не располагает усмотрением, поэтому он способен создавать только конкретные нормы, аналитически выводимые из общих норм, установленных первичным источником права. В этой доктрине потребность в соблюдении прецедентов отсутствует объективно, поскольку в одинаковых делах аналитическое толкование всегда приводит к одинаковому результату. Вторая альтернатива, *реалистическая*, допускает судебское усмотрение, но точно так же наделяет судебное решение только функцией конкретного нормотворчества. Это приводит к тому, что в одинаковых делах решения в принципе могут оказаться разными.

---

<sup>154</sup> Материалы данного параграфа, в особенности параграфа 4.3, были ранее опубликованы в статье: Манжосов С. А. Проблема судебного правотворчества в материалах Конституционного совещания // Конституционное и муниципальное право. 2020. № 12. С. 69–72.

С точки зрения умеренной теории толкования, формалистическая альтернатива фактически возможна только при допущении доктрины *non liquet* (отказа суда от разрешения дела в ситуации неустранимых сомнений в толковании). Ни в конституционном, ни в международном праве эта доктрина признания не получила. Существует, следовательно, только одна настоящая альтернатива — реалистическая, в которой допускается судебское усмотрение, но отрицается обязанность суда все одинаковые дела решать одинаково.

Наиболее сильным доводом в пользу доктрины прецедента принято считать принцип правовой определённости. В континентальной юриспруденции основные возражения, в свою очередь, связывают с принципами разделения властей и независимости судей. Характерно, что коллизию этих принципов усматривают не только оппоненты, но и некоторые сторонники этой доктрины. Так, в своём известном выступлении А. А. Иванов, признавая справедливость подобной критики, вынужден в ответ прибегать к различным допущениям и оценкам: по его мнению, «прецедент намного более удобен и полезен, нежели принятие законов парламентом», а «принцип правовой определённости — более высокая ценность, чем независимость судьи»<sup>155</sup>. В действительности ситуация, как будет показано далее, выглядит гораздо более проблематичной, поскольку существует не только внешняя конкуренция *между* этими принципами, но и конфликт интерпретаций *внутри* каждого из них в отдельности. Как содержание, так и соотношение правовых принципов в данном случае далеки от очевидности, а значит, и сам этот случай (то есть, вопрос о нормативной силе судебных решений) располагается в зоне полутени, где выбор принадлежит не *праву* как таковому, а *юриспруденции* как практике его толкования.

#### 4.1. Правовая определённость

Восполняя неясности и разрешая коллизии правовых норм, которые содержатся в первичных источниках права, судебный прецедент, если судьи добросовестно соблюдают его, способен повысить общий уровень предсказуемости правопорядка. Однако попытка задействовать принцип правовой определённости в обосновании доктрины прецедента встречает несколько затруднений, не все из которых имеют однозначное решение.

<sup>155</sup> Иванов А. А. Речь о прецеденте // Право: Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 3–11, 8.

Прежде всего, не вполне ясны юридические основания этого принципа. В конституциях и в международных договорах, разумеется, без труда можно найти правила, проистекающие из потребности обеспечить правовую определённость (например, запрет обратной силы уголовного закона). Это важная ценность, которая во многих областях права законодателем из виду не упускается. Но должна ли эта *ценность* рассматриваться как правовой *принцип*, то есть, в качестве самостоятельной нормы, которой суду надлежит руководствоваться даже за пределами толкования и применения очевидно продиктованных ею правил? Чтобы ответить на этот вопрос утвердительно, следует попытаться вывести требование правовой определённости из какого-нибудь правового принципа, действительность которого не вызывает сомнений. Таким родовым, первичным принципом сегодня считается *верховенство права* (англ.: *rule of law*)<sup>156</sup>. Верховный суд США, более того, напрямую возводит доктрину прецедента именно к этому принципу, подчёркивая, что верховенство права в значительной степени зависит от соблюдения этой доктрины и что для верховенства права она представляет фундаментальную важность<sup>157</sup>. Это утверждение требует доказательства. Мы вправе усомниться: действительно ли понятие верховенства права подразумевает, во-первых, правовую определённость как цель и, во-вторых, доктрину прецедента как средство?

Английский правовед А. В. Дайси, с именем которого связывают решающий этап в становлении верховенства права как юридического понятия<sup>158</sup>, выделял три основных значения этого термина<sup>159</sup>. Первое из них — это *отсутствие государственного произвола*. Если понимать данное требование широко, то обоснование доктрины прецедента видится довольно очевидным: способствуя правовой определённости, эта доктрина сокращает пространство для судебного усмотрения. Ещё в конце XVIII века один из отцов-основателей США, А. Гамильтон, отмечал: «для того чтобы избежать произ-

---

<sup>156</sup> См.: *Нешатаева Т.* Судебное нормотворчество и развитие права // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 6. С. 153–163, 154.

<sup>157</sup> См.: *USSC. Welch v. Texas Department of Highways and Public Transportation*, 483 U.S. 468, 478–479, 494 (1987).

<sup>158</sup> См.: *Козлихин И. Ю.* Право и политика // *Козлихин И. Ю.* Избранные труды. СПб.: Издательство «Юридический центр-Пресс», 2012. С. 116.

<sup>159</sup> См.: *Дайси А. В.* Основы государственного права Англии: Введение в изучение английской конституции / под ред. П. Г. Виноградова; пер. с 6-го англ. изд. О. В. Полторацкого. М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1905. С. 209–228.

вольных решений в судах, необходимо, чтобы их связывали жёсткие правила и прецеденты»<sup>160</sup>. Формирование прецедентного права, по словам Д. Салмонда, «подразумевает постепенное устранение той судебской свободы, которой оно обязано своим происхождением. В любой системе, в которой прецеденты обязательны, суды заняты тем, что куют кандалы для своих собственных ног»<sup>161</sup>. Но Дайси не формулирует эту идею, поскольку в качестве государственного провозглашения он имеет в виду по преимуществу провозглашение исполнительной власти, а не судебское усмотрение.

Второе значение термина «верховенство права» — это *равенство перед законом и судом*. Сегодня это самостоятельный правовой принцип, закреплённый во многих конституциях и международных договорах, в том числе в части 1 статьи 19 Конституции РФ. Именно со ссылкой на эту норму Конституционный Суд РФ обосновал требование правовой определённости, осудив не только неясное законодательство, но и вытекающую из него противоречивую судебную практику, то есть, ситуацию, когда суды при юридически сходных обстоятельствах разрешают дела по-разному, что влечёт для граждан неодинаковые правовые последствия<sup>162</sup>. Принцип равенства всех перед законом и судом, безусловно, созвучен требованию «одинаковые дела решать одинаково». Однако эти понятия совсем не тождественны. Когда в 2015 году Верховный суд США признал запрет однополых браков неконституционным<sup>163</sup>, он принял во внимание прецедент 1967 года, в котором такая же судьба постигла запрет межрасовых браков<sup>164</sup>. В обоих случаях суд исходил из того, что право на частную жизнь гарантирует совершеннолетним дееспособным лицам возможность по взаимному согласию вступать в брак, приобретая связанные с этим права и обязанности супругов. Прежде, в 1972 году, уже располагая прецедентом 1967 года, он отказался аннулировать запрет однополых браков<sup>165</sup>. Было ли это на-

---

<sup>160</sup> Гамильтон А. Федералист № 78 // Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея / пер. с англ.; под общ. ред., с предисл. Н. Н. Яковлева, коммент. О. Л. Степановой. М.: Издательская группа «Прогресс» — «Литера», 1993. С. 509.

<sup>161</sup> Salmond J. Jurisprudence / ed. by C. A. W. Manning. 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 1930. P. 200.

<sup>162</sup> См.: пункт 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 года № 3-П // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1708.

<sup>163</sup> См.: USSC. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>164</sup> См.: USSC. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

<sup>165</sup> См.: USSC. *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

рушением «равенства дел»? Вполне возможно, что это так, если полагать, что для юридического признания фактически существующей семейной пары пол не имеет значения точно так же, как и раса. Здесь возникает повод и для обвинения в нарушении «равенства лиц», если сопоставить положение однополых и разнополых семейных пар. Но можно ли утверждать, что «равенство лиц» нарушает сама по себе разница оценок, проявленная судом в отношении признака расы в решении 1967 года и признака пола в решении 1972 года? Предположим, человек стремится вступить в брак с человеком такого же пола, но другой расы. Тот факт, что один признак считается существенным, а другой — несущественным, не говорит о нарушении «равенства лиц», поскольку иначе пришлось бы сделать вывод, что этот человек неравен по отношению к самому себе. В этом смысле «равенство лиц» представляет собой более узкое понятие, чем «равенство дел»: первое подразумевается во втором, но отнюдь не исчерпывает его объём. Принцип равенства всех перед законом и судом позволяет обосновать доктрину прецедента только частично. Что касается Дайси, то в своей иллюстрации этого принципа он и вовсе не требует ничего большего, кроме как подчинения всех сословий и классов (а также должностных лиц) общегражданским законам и юрисдикции общей судебной системы.

Третье значение, наиболее специфическое, подразумевает *судебное происхождение конституции*, которая в Англии «не была учреждена, но выросла»<sup>166</sup>. Дайси обращает внимание, что общие принципы английской конституции «не были созданы сразу и являются результатом не законодательства в обычном смысле слова, а тех состязаний, которые велись в судах из-за прав отдельных лиц», и что она суть «конституция, созданная судебными решениями (англ.: *judge-made constitution*) и имеет все отличительные черты — как дурные, так и хорошие, — свойственные праву, выработанному путём судебной практики (англ.: *judge-made law*)»<sup>167</sup>. Но судебное правотворчество — это ещё не доктрина прецедента. Оно может принимать и иные формы, такие как доктрина *jurisprudence constante*. И даже если в качестве инструмента, обеспечивающего постоянство неписаной конституции, рассматривать только принцип *stare decisis*, то и в этом случае неясно, должен ли этот принцип действовать не только в вертикальном (для нижестоящих инстанций), но и

---

<sup>166</sup> Дайси А. В. Указ. соч. С. 219.

<sup>167</sup> Там же. С. 220.

в горизонтальном аспекте, то есть, обязан ли высший суд соблюдать собственные прецеденты.

Авторы, которые после Дайси внесли, по общему признанию, наиболее серьёзный вклад в развитие доктрины верховенства права, затрагивали вопрос о прецеденте лишь косвенно. Оставив подобного рода частности в стороне, они сосредоточили основные усилия на прояснении смысла, который в контексте этой идеи должен придаваться термину «право».

Австрийский философ и экономист Ф. А. Хайек отмечает, что право в истинном смысле слова, который подразумевается в таком выражении, как «верховенство права», и который издавна имела в виду политическая философия — это правила, возникающие, подобно обычному праву, в ходе судебных разбирательств путём формулирования сложившейся до этого практики, а не изобретённые однажды правителем; последние смогут приобрести характерные свойства права только в том случае, если они будут созданы по образцу первых<sup>168</sup>. Предположение более чем правдоподобное, если припомнить, что неписаное право «старше» писаного и ещё несколько столетий назад было в Европе господствующей формой права<sup>169</sup>. Это не единственный резон: симпатии Хайека на стороне судебного, а не законодательного правотворчества ещё и потому, что спонтанный, стихийно сложившийся порядок он считает более благоприятным для свободы индивида, нежели организованный порядок, устроенный согласно принятому плану<sup>170</sup>. Всё это можно считать развитием третьего значения верховенства права по Дайси. Но какая форма судебного правотворчества более предпочтительна и в какой степени высший суд связан собственными решениями? Так же, как и Дайси, Хайек нигде не высказывается явно в пользу принципа *stare decisis*. Тем не менее, он исходит из того, что в прежние времена соблюдаемый всеми порядок действий приводил к формированию обычая, который создавал основания для ожиданий, а функция судьи состояла в том, чтобы защищать обоснованные ожидания и тем самым под-

---

<sup>168</sup> См.: Хайек Ф. А. Указ. соч. С. 104–105.

<sup>169</sup> См.: Там же. С. 91–104. Надо сказать, что графоцентризм как мировоззрение, которое отдаёт преимущество письменной речи перед устной, с древности был характерной чертой восточных, а не западных культур. См.: Разуваев Н. В. Эволюция государства: социально-антропологический и юридический аспекты: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2016. С. 193–194.

<sup>170</sup> Подробнее см.: Козлихин И. Ю. Указ. соч. С. 117–134.

держивать существующий порядок действий<sup>171</sup>. Закономерный вывод состоит в том, что «судья не выполняет своей функции, если его решения идут вразрез с обоснованными ожиданиями, сформированными прежними судебными решениями», и что по этой причине было бы «нежелательно, чтобы направленность судебных решений менялась после того, как оказалось, что они порождают нежелательные последствия или совершенно ошибочны»<sup>172</sup>. В свете принципа защиты легитимных ожиданий, синонимичного принципу правовой определённости, в вопросах корректировки судебной практики закон представляется более уместным средством, чем пересмотр этой практики непосредственно в суде. Однако пересмотр в принципе возможен, если речь идёт не о ревизии целых разделов правовой системы, а только о постепенном изменении отдельных правил<sup>173</sup>.

Предложенная Хайеком концепция права принимает историческую — и в этом смысле эмпирическую — точку зрения, находя истоки представлений о праве и его верховенстве в эпохе «до законодательства». Методологически иная, аналитическая точка зрения была разработана Л. Л. Фуллером, который попытался выяснить *conditio sine qua non* любого права, будь то писаного или неписаного, исходя из самой идеи правового регулирования. Его знаменитые восемь требований «внутренней морали права», или принципы легальности, позволяют установить между понятием права и принципом правовой определённости важнейшую концептуальную связь, которую склонны признавать даже оппоненты Фуллера — позитивисты<sup>174</sup>. Рассматривая право в качестве целеположенной деятельности, а именно как «предприятие (англ.: *enterprise*), направленное на подчинение поведения человека руководству правил»<sup>175</sup>, учёный показывает, что успех этого предприятия решающим образом зависит от того, соответствуют ли правовые нормы требованиям 1) всеобщности, 2) обнародования, 3) запрета обратной силы, 4) ясности, 5) непротиворечивости, 6) выполнимости, 7) стабильности, 8) со-

---

<sup>171</sup> См.: Хайек Ф. А. Указ. соч. С. 113–141.

<sup>172</sup> Там же. С. 107–108.

<sup>173</sup> См.: Там же. С. 108.

<sup>174</sup> См.: Фуллер Л. Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой под ред. А. Курьева. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 47–116; Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 208–209; Raz J. The Rule of Law and Its Virtue // Raz J. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2009. P. 210–229. Подробнее см.: Козлихин И. Ю. Указ. соч. С. 71–82, 92–104.

<sup>175</sup> Фуллер Л. Л. Мораль права. С. 93.

блюдения в практике официальных властей. Все эти императивы (вероятно, кроме требования выполнимости) выражают различные аспекты правовой определённости. Исходя из цели, присущей праву, «полный провал... на любом из этих восьми направлений, означает не просто плохую правовую систему, а ведёт к тому, что вообще нельзя назвать правовой системой»<sup>176</sup>. Однако в рассуждениях американского правоведа эти требования ни по отдельности, ни в совокупности не доказывают необходимость доктрины прецедента. Комментируя требование всеобщности, Фуллер подчёркивает, что никоим образом не намерен утверждать, будто каждый акт публичной власти, имеющий законную силу, «как, например, постановление суда, направленное против конкретного ответчика, должен принимать форму установления общей нормы»<sup>177</sup>. Это можно объяснить несколькими причинами.

Первое объяснение сводится к тому, что в концепции права, предложенной Фуллером, требование всеобщности, как и остальные принципы легальности, производно от правотворческого целеполагания. Если суд придерживается практики разрешения дел *ad hoc*, то его предприятие по подчинению людей руководству правил окажется провальным. Но где нет цели, там бессмысленно выдвигать упрёк в неэффективности средства. Если суд вовсе и не пытался создать право, то ни о каком провале для него не может быть и речи: некое *предприятие* может считаться провальным только в том случае, если оно было *предпринято*.

Принцип верховенства права, впрочем, суть нечто большее, нежели «внутренняя мораль права». Он имеет вид не гипотетического, а категорического императива, ибо это не просто рецепт по созданию права, но предписание, чтобы право действительно было создано. В реальности, однако, некоторые общие нормы *уже существуют* благодаря первичным источникам права, которые суд обязан применять. Отсюда проистекает второе объяснение, которое базируется на противопоставлении морали долга и морали стремления. В терминологии Фуллера мораль долга подразумевает требования, задающие минимально необходимый уровень морального соответствия, а мораль стремления — требования максимальной реализации возможностей, определяющие уровень морального совершенства. Иными словами, «если мораль стремления начинает

---

<sup>176</sup> Там же. С. 53.

<sup>177</sup> Там же. С. 64.

с вершины человеческих достижений, то мораль долга начинается с их фундамента»<sup>178</sup>. Требования «внутренней морали права» охватывают оба этих полюса воображаемой моральной шкалы<sup>179</sup>. Можно сказать, что есть некий минимальный уровень правовой определённости, достигнув которого нормативная система приобретает статус «права». Дальнейшее повышение этой определённости будет продиктовано похвальным стремлением создать «хорошее» или даже «наилучшее право». Но на этом пути к совершенству неизбежно возникают преграды, поскольку принципы легальности — например, требование стабильности — могут вступать в конфликт с другими критериями хорошего права, такими как адекватность меняющимся обстоятельствам и изменениям в сознании людей<sup>180</sup>. Здесь «приходится выбирать средний курс между слишком частыми изменениями и неизменностью», что, в свою очередь, вызывает «необходимость в чём-то вроде экономического расчёта»<sup>181</sup>. В процессе правотворчества, как и в любом ином «человеческом устремлении на длинном пути, ведущем из пучины полного неуспеха к высотам человеческого совершенства, мы неизменно будем сталкиваться с проблемой нахождения баланса в некоторой точке»<sup>182</sup>. Если, таким образом, минимальный уровень правовой определённости уже обеспечен с помощью первичных источников права, то есть, *какое-то* право уже существует, то обоснование доктрины прецедента, нацеленной на повышение этой определённости, становится вопросом конструирования хорошего права, а значит, по мнению Фуллера, балансирования конкурирующих ценностей. Этот баланс может установиться не в пользу доктрины прецедента.

Рассуждая от обратного, стоит признать, что судебное правотворчество незаменимо в том случае, когда попытка создать право иным путём потерпела крах или даже не предпринималась. Без общих норм, исключительно на основе решений *ad hoc*, поведением людей в обществе управлять невозможно. Любая действующая система социального контроля практически обречена выполнять требование всеобщности, хотя бы и с помощью решений по конкретным делам. Люди способны — а в отсутствие иного права просто вынуждены — путём обобщения распознавать правило, «даже

---

<sup>178</sup> Там же. С. 15.

<sup>179</sup> См.: Там же. С. 56–57.

<sup>180</sup> См.: Там же. С. 60.

<sup>181</sup> Там же.

<sup>182</sup> Там же. С. 61.

если те, кто обладает властью отдавать приказы, не имеют желания устанавливать общие нормы»<sup>183</sup>. Но это всё ещё не даёт решающего довода в пользу доктрины прецедента. Хотя в подобных условиях высший суд, исходя из принципа верховенства права, обязан создавать общие нормы и проводить их в жизнь (иначе никакого права не существовало бы), он по-прежнему свободен изменять их, если это не приводит к катастрофе с точки зрения требований стабильности и соблюдения в практике официальных властей. Такой катастрофы легко избежать, если изменения будут, как правило, проводиться открыто и не слишком часто. Более строгую доктрину, которая принята сегодня в странах англосаксонского права, можно обосновать только с точки зрения стремления к лучшему праву, но не с точки зрения долга создать хоть какое-то право.

Сказанное подтверждает, что верховенство права и правовая определённость — это нормы, которые по своей природе являются принципами, а не правилами. Они могут быть реализованы в большей или меньшей степени в зависимости от фактических и юридических возможностей. При этом, как и любые нормы, эти принципы устанавливают рамку, задающую диапазон значений. Доктрина прецедента находится внутри этой рамки, но то же самое следует сказать и об отрицании этой доктрины. Её эксплицитное признание в качестве требования, которое вытекает из принципа верховенства права и которое должно соблюдаться высшим судом в практике толкования писаной конституции — это результат позднейшей и при этом ещё не завершённой рационализации.

Попытку восполнить пробел в аргументации Верховного суда США и реконструировать шаг за шагом обоснование принципа *stare decisis* предпринимает современный исследователь Д. Уолдрон. В качестве отправной точки для рассуждений он использует первое значение верховенства права по Дайси, понимая отсутствие государственного произвола как состояние, при котором государственная власть осуществляется должностными лицами не исходя из их собственных предпочтений или идеологии, а на основе и в пределах установленных правил<sup>184</sup>. Это позволяет высказать последовательный ряд аргументов. Во-первых, поскольку подчиняться праву — это значит выводить конкретные решения из некоторой общей

---

<sup>183</sup> Там же. С. 64.

<sup>184</sup> См.: Waldron J. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach // Michigan Law Review. Vol. 111. 2012. No. 1. P. 1–31, 3.

нормы, судья обязан во всяком деле, когда решение не диктуется существующим правом непосредственно, установить и сформулировать общую норму и использовать её, как если бы она была правом, в качестве основания для решения по делу<sup>185</sup>. Во-вторых, эти усилия будут напрасными, если никто не станет применять эту общую норму в аналогичных делах, поэтому в новом деле ответственный судья, будучи должностным лицом суда, который провозгласил эту общую норму, тоже обязан поступить так, как если бы она была правом. В противном случае вместо института, который разрешает дела на общей основе, суд оказался бы институциональным прикрытием для индивидов, которые занимаются вынесением партикулярных определений по конкретным делам<sup>186</sup>. В-третьих, принцип верховенства права не означает, что право должно оставаться неизменным, но он требует, чтобы изменения были не слишком частыми, поскольку в противном случае право станет непредсказуемым, люди не смогут им руководствоваться, а установить общие нормы и действовать на их основе окажется невозможным<sup>187</sup>. Верность праву, таким образом, подразумевает три аргумента в пользу доктрины прецедента: аргумент всеобщности, аргумент институциональной ответственности и аргумент постоянства<sup>188</sup>. Последний из них, замыкая эту цепь, в конечном счёте апеллирует к требованию стабильности, но, как было показано выше при рассмотрении концепции Фуллера, это не помогает обосновать необходимость более конкретных правил пересмотра прецедентов. К этому не стремится и Уолдрон, замечая только, что в отношении судебного правотворчества потребность в постоянстве ощущается сильнее, чем в отношении законодательства, поскольку во втором случае изменениям препятствует сам процесс, громоздкий и трудный для мобилизации, в то время как в первом случае решения принимаются каждый день, и каждое из них способно изменить право<sup>189</sup>.

Если рассматривать доктрину прецедента как один из элементов — может быть, не самый необходимый, но всё-таки весьма желательный элемент — политического идеала, который диктуется принципом верховенства права, то в этом случае судьба прецедента за пределами стран англосаксонской правовой семьи зависит

---

<sup>185</sup> См.: Ibid. P. 18–21.

<sup>186</sup> См.: Ibid. P. 22–24.

<sup>187</sup> См.: Ibid. P. 27–31.

<sup>188</sup> См.: Ibid. P. 31.

<sup>189</sup> См.: Ibid. P. 28.

от того, насколько универсальным следует считать этот принцип. В этом плане тоже есть немало сложностей. Хотя верховенство права упоминается в преамбуле Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и некоторых других международных договорах, этот принцип всё-таки не входит в число основных принципов международного права, перечисленных в Уставе ООН, Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН<sup>190</sup>, и Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 года<sup>191</sup>. Не упоминается он и в конституциях многих стран, в том числе в Конституции РФ. Преодолевая это затруднение, Конституционный Суд РФ полагает возможным рассматривать верховенство права как неотъемлемый элемент правового государства<sup>192</sup>. Сходство между этими концепциями действительно имеется. Развитие континентального принципа правового государства (нем.: *Rechtsstaat*) исторически имело целью «устранить суверена» как фигуру, стоящую «вне нормально действующего правопорядка»<sup>193</sup>. Теоретики, стоявшие у истоков этой идеи (Р. фон Моль и др.), исходили из предпосылки, что «решение в правовом смысле должно быть полностью производным от содержания нормы»<sup>194</sup>. Хотя из общего правила возможно установить исключение, само это исключение тоже должно иметь общенормативный характер. Исключения в узком смысле слова, то есть, решения *ad hoc*, не вытекающие из какой-либо общей нормы, недопустимы. Правовое государство имеет цель «покончить с экстремальными исключительными случаями»<sup>195</sup>, предотвратить «непосредственное вмешательство суверена в действующий правопорядок», подобно тому как рационализм Просвещения «из-

---

<sup>190</sup> Принята резолюцией 2625(XXV) Генеральной Ассамблеи ООН 24 октября 1970 года.

<sup>191</sup> О трудностях восприятия принципа верховенства права на международном уровне см.: Паломбелла Д. Верховенство права за рамками государства: неудачи, ожидаемые достижения и теория // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 2 (75). С. 70–89.

<sup>192</sup> См.: абзац первый пункта 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 года № 1-П // СЗ РФ. 2010. № 6. Ст. 699.

<sup>193</sup> Шмитт К. Политическая теология // Шмитт К. Понятие политического / пер. с нем. А. Ф. Филиппова. СПб.: Наука, 2016. С. 10.

<sup>194</sup> Там же. С. 9.

<sup>195</sup> Там же. С. 10.

гоняет чудо из мира и... отклоняет содержащееся в понятии чуда нарушение законов природы»<sup>196</sup>, стремясь любой феномен объяснить действием таких законов. В этом предприятии доктрина прецедента как инструмент самоограничения судей и, как следствие, всего государства кажется более чем уместной. Однако на континенте, в противоположность концепции Хайека, парадигматическим случаем для термина «право» уже давно считается не обычай, а закон: «требуя связать государство правом, эта идея (правового государства. — *Авт.*) государству же и вручает прерогативу излагать право, причем не в актах правосудия, а в нормативных предписаниях политической и административной власти»<sup>197</sup>. Доктрина прецедента, наделяя нормативной силой судебное решение, в котором толкуется нормативный правовой акт, создаёт предпосылки для конкуренции между этими источниками — конкуренции совершенно недопустимой, ибо это противоречит верховенству конституции и закона (часть 2 статьи 4 Конституции РФ). В современных условиях, когда законотворчество повсеместно достигло невиданных ранее масштабов, а конституция, как правило, имеет вид «основного закона», проблема этой конкуренции приобрела остроту и в рамках принципа верховенства права. Восьмая заповедь «внутренней морали права», требуя соблюдения правовых норм в практике официальных властей, подразумевает, в том числе, согласованность между актом судебной власти и статутным правом<sup>198</sup>. До тех пор, пока судебный прецедент всего лишь «заполняет пустоты», он приносит пользу, поскольку повышает правовую определённость; но если нормативную силу приобретает допущенная в толковании явная ошибка, а тем более злой умысел, то это способствует нарушению права вновь и вновь. Следовательно, «даже если бы верховенство права было единственной ценностью, которая имеет значение, чрезмерная приверженность ошибочным прецедентам была бы причиной для тревоги»<sup>199</sup>. Для доктрины прецедента возникает сложная ситуация: она должна быть достаточно жёсткой, чтобы постепенно вытеснять судебное

---

<sup>196</sup> Там же. С. 34. Подробнее о развитии идеи правового государства в европейской и в особенности немецкой юриспруденции см.: *Schmitt C. Constitutional Theory* / transl. and ed. by J. Seitzer; with foreword by E. Kennedy. Durham; London: Duke University Press, 2008. P. 169–196.

<sup>197</sup> *Арановский К. В., Князев С. Д.* Указ. соч. С. 59.

<sup>198</sup> См.: *Фуллер Л. Л.* Мораль права. С. 102.

<sup>199</sup> *Kozel R. J.* The Rule of Law and the Perils of Precedent // *Michigan Law Review First Impressions*. 2012. Vol. 111. P. 37–45, 38.

усмотрение, и при этом достаточно гибкой, чтобы позволить суду восстановить, в случае чего, действие поправленной нормы. Есть основания полагать, что за последние десятилетия англосаксонское право сумело выработать такой сбалансированный подход<sup>200</sup>; однако тот факт, что очень долгое время найти баланс не удавалось, едва ли мог сделать доктрину прецедента привлекательной для заимствования в других правовых культурах и на международном уровне.

## 4.2. Разделение властей

По мнению многих представителей континентальной юриспруденции, признание судебного решения источником права означало бы, что суды при рассмотрении конкретных дел фактически будут осуществлять не только судебную, но и законодательную власть, нарушая тем самым принцип разделения властей, получивший своё классическое изложение в сочинениях Ш. Л. Монтескье<sup>201</sup>. В действительности такой ход мысли на страницах его бессмертного трактата «О духе законов» как раз и не прослеживается. Развитая им теория, кроме того, совершенно не касалась конституционного правосудия, а также содержала весьма заметные исследовательские промахи.

Нельзя не признать, что в вопросах толкования права явное предпочтение Монтескье отдавал концепции радикального формализма, не оставляющей места судейскому усмотрению, а значит, и прецедентному праву. Настаивая, что в судебных решениях «должна царить неизменность, так чтобы они всегда были лишь точным применением текста закона», он отвергал дискреционное толкование: ведь если бы в решениях «выражалось лишь частное мнение судьи, то людям пришлось бы жить в обществе, не имея определённого понятия об обязанностях, налагаемых на них этим обществом»<sup>202</sup>. Отсюда вытекает его знаменитое утверждение, что судьи — это «не более как уста, произносящие слова закона»<sup>203</sup>. Поскольку толкование, по его версии — это сугубо когнитивная деятельность, можно сказать, что из трёх властей «судебная в известном смысле вовсе не является властью»<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup> Подробнее см. главу 3.

<sup>201</sup> См.: *Youngs R. English, French & German Comparative Law*. 3rd ed. New York: Routledge, 2014. P.75.

<sup>202</sup> *Монтескье Ш. Л. О духе законов*. М.: Мысль, 1999. С. 140.

<sup>203</sup> Там же. С. 145.

<sup>204</sup> Там же. С. 142.

Тем не менее, апелляция к авторитету Монтескье встречает ряд серьёзных трудностей. Этому есть несколько причин.

1. Теория Монтескье имеет в своей основе неадекватную эмпирическую базу, которой он, между тем, придавал самое серьёзное значение. Из его насмешки в адрес «Океании» Д. Гаррингтона видно, что стезя сочинителя утопий его не привлекала<sup>205</sup>. Рекомендую разделение властей как такой тип государственного устройства, который позволяет пресечь злоупотребления властью и тем самым обеспечить политическую свободу граждан<sup>206</sup>, он рассчитывал «обнаружить» эту свободу в конституции реально существующего государства, «увидеть её там, где она есть» и где «она уже найдена»<sup>207</sup>. Таким государством он считает Англию, поскольку для него именно англичане — это тот единственный «народ, непосредственным предметом государственного устройства которого является политическая свобода»<sup>208</sup>. В результате свою «трёхчастную» схему он во всех деталях излагает под видом описания общих начал английского правопорядка, в главе, специально посвящённой государственному устройству Англии.

В этом есть удивительный исторический парадокс: теория, возведённая французом на почве английской конституции, была во Франции и в целом на континенте истолкована как бескомпромиссное отрицание судебного правотворчества — феномена, который сегодня принято считать отличительной особенностью англосаксонской правовой семьи и о котором Дайси позднее напишет как об одной из ключевых предпосылок установления в Англии верховенства права. На этом фоне выделяется оглушительное молчание самого Монтескье, которому понятие *common law* как будто бы незнакомо<sup>209</sup>. Неизвестно, какой была бы его теория, будь он чуть лучше осведомлён о роли судей в развитии английского права, но факт остаётся фактом: третируя Гаррингтона, он и сам сочинил ещё одну утопию, поскольку описал в буквальном смысле «место, которого нет» — Англию, в которой право создаётся парламентом, но не судами.

2. Провозглашая формализм в судебном толковании, Монтескье не уточняет методологию, с помощью которой суд мог бы избавиться от необходимости применять своё усмотрение. Периодически он

---

<sup>205</sup> См.: Там же. С. 148.

<sup>206</sup> См.: Там же. С. 136–138.

<sup>207</sup> Там же. С. 138.

<sup>208</sup> Там же. С. 138.

<sup>209</sup> Подробнее см.: *Claus L. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation* // *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 25. 2005. No. 3. P. 431–433.

говорит о том, что судья не должен отступать от «буквы закона»<sup>210</sup>, но не объясняет, как именно следует преодолевать неопределённость, которая объективная присуща этой «букве». Вероятно, его слова вообще не следовало воспринимать как безусловное правило. В том же месте он замечает, что «чем более правление приближается к республиканскому, тем определеннее и точнее становится способ отправления правосудия»<sup>211</sup>; это заставляет предположить, что формалистический идеал Монтескье — это принцип, а не правило, который может быть реализован в большей или меньшей степени.

3. Теория Монтескье вообще не была рассчитана на конституционное правосудие. В середине XVIII века писаная конституция и судебный конституционный контроль могли быть предметом разве что просветительских мечтаний, но не сравнительного исследования жизни различных народов, имевшего цель объяснить «бесконечное разнообразие их законов и нравов»<sup>212</sup>. Как следствие, за пределами этого исследования должны были остаться ключевые свойства писаной конституции, которые отличают её от обычных законов — «жесткость» формы, не позволяющая оперативно изменять её букву, а также повышенная абстрактность её содержания. Именно эти особенности часто используются как аргументы против формализма в конституционном толковании. Точно так же и сама функция правосудия сводится у Монтескье к судебным разбирательствам по гражданским и уголовным делам: для него судебная власть — это власть, которая «карает преступления и разрешает столкновения частных лиц»<sup>213</sup>. Никакого другого правосудия он попросту не знал. Согласно данному определению, конституционный суд, в задачи которого входят только нормоконтроль, разрешение споров о компетенции и абстрактное толкование конституции, к судебной власти относится только номинально. Метафора «негативного законодателя» внезапно оказывается более точной характеристикой, чем формальное наименование подобного органа, поскольку он занимается только тем, что «исправляет или отменяет существующие законы», а в некотором смысле также «создаёт законы, временные или постоянные»<sup>214</sup>, но ни в коем случае не принимает решения по конкретным гражданским или уголовным делам.

---

<sup>210</sup> Монтескье Ш. Л. Указ. соч. С. 73.

<sup>211</sup> Там же.

<sup>212</sup> Там же. С. 7.

<sup>213</sup> Там же. С. 138.

<sup>214</sup> Там же.

4. Существует известная двусмысленность в самом понятии разделения властей. С одной стороны, этот принцип требует разграничения функций нормотворчества, управления и правосудия: «всё погибло бы, если бы в одном и том же лице или учреждении... были соединены эти три власти»<sup>215</sup>. С другой стороны, этот же принцип требует установления системы сдержек и противовесов: «надо уметь комбинировать власти, регулировать их, умерять, приводить их в действие, подбавлять, так сказать, балласту одной, чтобы она могла уравновешивать другую»<sup>216</sup>. По общему правилу, равновесие властных институтов наилучшим образом достигается за счёт разграничения трёх властных функций. Однако Монтескье вполне допускал исключения из этого правила, считая полезным, в частности, наделить исполнительную власть правом вето в отношении законодательных решений, причём в его конструкции это право предстаёт абсолютным и дискреционным<sup>217</sup>. Но тогда нет никакой проблемы и в том, чтобы наделить похожим правом судебную власть. Это констатирует и Монтескье, высказывая гипотезу, что в Древнем Риме судебское вето могло бы способствовать сохранению республиканской формы правления<sup>218</sup>. По сути, предварительный конституционный контроль законов — это и есть право вето, хотя бы и не названное таковым.

Другой пример отступления от вышеупомянутого общего правила — это право помилования, которое Монтескье относит к судебным полномочиям, но предлагать наделить им верхнюю палату парламента. Оно тоже получает абсолютный и дискреционный характер, а по своему предназначению напоминает последующий конституционный контроль законов, поскольку в некотором смысле оба этих полномочия призваны «умерять закон для блага самого же закона»<sup>219</sup>.

В реальности полномочие судебной власти лишать законы юридической силы может показаться даже менее угрожающим, чем те «исключительные» полномочия, о которых пишет Монтескье. Во многих случаях это право относительно, поскольку решения конституционного суда могут быть преодолены с помощью конституционных поправок. Менее дискреционным оно становится за счёт соблюдения различных методологических принципов, к числу которых относится принцип *stare decisis*.

---

<sup>215</sup> Там же. С. 139.

<sup>216</sup> Там же. С. 63.

<sup>217</sup> См.: Там же. С. 144–146.

<sup>218</sup> См.: Там же. С. 146.

<sup>219</sup> Там же. С. 145.

С точки зрения многих противников доктрины прецедента, она только усугубляет смешение судебной и законодательной функций, «канонизируя» плоды судейского усмотрения и наделяя судебные решения статусом источника права. Но именно этот аргумент Монтескье нигде и не использует. Как раз наоборот: чего точно нельзя обнаружить в его сочинении, так это апологии судебного нормотворчества, осуществляемого *ad hoc*, от дела к делу и безо всякой оглядки на прошлые решения.

Мотивируя необходимость отделения судебной власти от законодательной, Монтескье подчёркивает, что в противном случае «жизнь и свобода граждан окажутся во власти произвола, ибо судья будет законодателем»<sup>220</sup>. Наибольшей степени такой произвол судьи-законодателя достигает как раз в условиях ничем не стеснённой свободы судебного нормотворчества, располагая которой судья в любом конкретном деле может изменить выработанные им правила с такой же лёгкостью, с какой законодатель изменяет законы. Доктрина прецедента ограничивает эту свободу, не позволяя судье как ни в чём не бывало «менять правила во время игры». Она создаёт нечто вроде «межвременных» сдержек и противовесов, обеспечивающих распределение власти между судьями, которые осуществляют её в разные моменты времени<sup>221</sup>. Формально благословляя судебное нормотворчество, доктрина прецедента одновременно заключает его в рамки, неизвестные нормотворчеству законодателя.

Монтескье вполне осознавал пользу подобной доктрины. Повод уточнить свою позицию появляется у него чуть раньше, когда он рассматривает различные виды правления в их отношении к правосудию. Согласно его классификации, существуют два умеренных вида правления — монархия и республика, где законы отличаются сложностью и где по этой причине нужны суды<sup>222</sup>, а также один неумеренный — деспотия, где объективно «нет никакого повода для деятельности законодателя или судьи»<sup>223</sup> и где законы чрезвычайно просты<sup>224</sup>. Радикальный формализм он связывает с природой республиканского правления, которая «требует, чтобы судья не отступал от буквы закона» (такой представлялась ему Англия); в деспотиче-

---

<sup>220</sup> Там же. С. 138.

<sup>221</sup> См.: Beck R. Transtemporal Separation of Powers in the Law of Precedent // Notre Dame Law Review. Vol. 87. 2012. No. 4. P. 1407.

<sup>222</sup> См.: Монтескье III. Л. Указ. соч. С. 70.

<sup>223</sup> Там же. С. 71.

<sup>224</sup> См.: Там же. С. 73.

ских государствах, по большей части, вообще «нет закона», поэтому «там сам судья — закон»; но промежуточное положение между республикой и деспотией занимает монархия, где «есть законы, и если они ясны, то судья руководится ими, а если нет, то он старается уразуметь их дух»<sup>225</sup>. Здесь Монтескье замечает, что в монархических государствах судебные решения закономерно «становятся предметом изучения юриспруденции», ибо в них «иногда встречаются противоречия», источником которых, если отбросить ошибки или злой умысел, служит судейское усмотрение: противоречия возникают «вследствие того, что сменявшие друг друга судьи не все были одинакового мнения»<sup>226</sup>. В данном случае творческие разногласия судей — это «неизбежное зло, которое законодатель от времени до времени исправляет, как нечто противное духу умеренного образа правления, так как деятельность судов должна быть обусловлена природой государственного устройства, а не противоречиями и неопределённостью законов»<sup>227</sup>. Но поскольку эту неопределённость полностью устранить нельзя даже при энергичном содействии законодателя, то сама собой напрашивается мысль найти последнее средство внутри судебной власти: решения суда, как отчётливо настаивает Монтескье, нужно «хранить и изучать для того, *чтобы суд действовал сегодня так же, как он действовал вчера* (курсив наш. — Авт.), и чтобы собственность и жизнь граждан были столь же прочно и определённо обеспечены, как и само государственное устройство»<sup>228</sup>. Французский философ, таким образом, вполне мог бы одобрить доктрину прецедента, если бы он уделил больше внимания проблема судейского усмотрения.

Любопытно, что в России принцип разделения властей в качестве возражения против судебного правотворчества в ходе Конституционного совещания, где эта проблема обсуждалась, почти не использовался. Ссылка на него прозвучала только при разработке статьи о компетенции Конституционного Суда РФ, когда Л. М. Жаркова выступила против его наделения полномочием давать толкование Конституции<sup>229</sup>. Рабочая комиссия это возражение отвергла.

---

<sup>225</sup> Там же. С. 73.

<sup>226</sup> Там же. С. 71.

<sup>227</sup> Там же.

<sup>228</sup> Там же. С. 70.

<sup>229</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 18: Заседания 8 сентября — 21 октября 1993 г. / под общ. ред. С. А. Филатова, В. С. Черномырдина, С. М. Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1996. С. 357–358.

### 4.3. Независимость судей

В отличие от принципов верховенства права и разделения властей, принцип независимости судей не имеет своего литературного канона. Мысль о том, что судьи должны быть независимы, представляется настолько очевидной, что она, можно сказать, подразумевается в самом понятии правосудия и потому не требует особых теоретических доказательств. Но как далеко простирается судейская независимость? С точки зрения позитивного права, она не может считаться абсолютной: судьи обязаны при разрешении споров применять правовые нормы, а значит, их решения зависят, по меньшей мере, от содержания источников права. Вопрос заключается в том, какие тексты и практики следует считать источниками права. Если судебный прецедент нельзя считать таким источником, то его обязательность нарушает независимость судей, а если можно или даже необходимо, то никакого нарушения нет. Сам по себе этот принцип, стало быть, не позволяет заключить, что доктрина прецедента невозможна, ибо вопрос о его нарушении *логически вторичен* по отношению к первичному вопросу об источниках права, который предполагалось решить с помощью этого принципа.

Абсолютная независимость в выборе нормативных оснований для принятия решений в принципе доступна только такому суду, который уполномочен решать дела *ex aequo et bono*, чего нельзя сказать ни об одном национальном суде и что на практике почти никогда не допускается и в международном правосудии. Свободу высшего суда от соблюдения собственных правовых позиций, что немало важно, не упоминает ни один международный документ, специально посвящённый гарантиям судейской независимости. О ней одинаково умалчивают, например, Основные принципы независимости судебных органов<sup>230</sup>, Бангалорские принципы поведения судей<sup>231</sup>, Европейская хартия о статуте для судей<sup>232</sup>, а также Рекомендация

---

<sup>230</sup> Приняты на седьмом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, проходившем в Милане с 26 августа по 6 сентября 1985 года, и одобрены резолюцией 40/32 Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 года.

<sup>231</sup> Разработаны в ходе второго совещания Судейской группы по вопросу об укреплении честности и неподкупности судебных органов, проведённом в 2001 году в Бангалоре, и одобрены резолюцией 2006/23 Экономического и Социального Совета ООН от 27 июля 2006 года.

<sup>232</sup> Принята участниками многосторонней встречи, организованной Советом Европы и проходившей в Страсбурге с 8 по 10 июля 1998 года.

СМ/Rec(2010)12 Комитета министров Совета Европы «О судьях: независимость, эффективность и ответственность» (принята 17 ноября 2010 года). Последняя в некоторой степени затрагивает отношения между разными звеньями судебной системы, подчёркивая, что иерархическая организация судебной власти не должна подрывать независимость отдельного судьи (пункт 22) и что вышестоящие суды не должны давать судьям указаний относительно того, какие решения следует принимать в конкретных делах (пункт 23). Но это не исключает доктрину прецедента даже в её вертикальном аспекте: как сказано в пояснительном меморандуме к Рекомендации, эти правила не направлены против функций апелляционных судов по обеспечению юридической последовательности и уточнению существующей судебной практики (пункт 31)<sup>233</sup>. Юристы стран англосаксонского права, наоборот, полагают, что она укрепляет самостоятельность судов в отношениях с другими ветвями власти, а значит, способствует независимости судей. Даже будучи скептиком по отношению к этой доктрине, А. Скалиа вынужден был признавать, что в условиях демократии шансы «хрупких мужчин и женщин» в мантиях выполнить свой «неблагодарный» судейский долг и выстоять в противостоянии с волей народа, выражаемой через политические органы власти или в виде общественного мнения, «существенно повышаются, если они могут укрыться за прочным щитом твёрдого, ясного принципа, чётко сформулированного в предшествующих делах»<sup>234</sup>. Похожее мнение высказывает Н. Даксбери, предполагая, что судья, который следует прецеденту, с большей вероятностью сможет выдержать давление извне, «потому что его решение соотносится с выводами других судей, которые рассматривали такую же проблему, вследствие чего решение несёт на себе, так сказать, неясную печать одобрения»<sup>235</sup>.

На чём же основано распространённое в странах романо-германского права воззрение, будто принцип *stare decisis* — во всяком

---

<sup>233</sup> См.: Judges: independence, efficiency and responsibilities. Recommendation CM/Rec(2010)12 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010 and explanatory memorandum / Council of Europe. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011. URL: <https://rm.coe.int/16807096c1> (дата обращения: 01.12.2020).

<sup>234</sup> Scalia A. The Rule of Law as a Law of Rules // University of Chicago Law Review. Vol. 56. 1989. No. 4. P. 1175–1188, 1180.

<sup>235</sup> Duxbury N. The Nature and Authority of Precedent. New York: Cambridge University Press, 2008. P. 158.

случае, если он не получил ясно выраженной санкции законодателя — нарушает судебскую независимость? Основным аргументом в пользу этого взгляда обычно служит не сам по себе принцип независимости судей, а сопровождающий его в конституциях многих государств принцип подчинения судей только закону<sup>236</sup>. Первоисточником формулировки, объединяющей эти принципы, следует считать, по всей видимости, положение статьи 102 Веймарской Конституции, которая установила, что «судьи независимы и подчиняются только закону». Она, в свою очередь, почти дословно повторяла статью 1 имперского Закона о судеустройстве от 27 января 1877 года (отличие было в том, что прежде речь шла о *судах*, а не о *судьях*). До того, как был принят этот закон, ни Конституция Германской империи от 4 мая 1871 года, ни конституции немецких государств, в том числе Пруссии, не содержали оговорки о подчинении только закону, хотя принцип независимости судов некоторым из них был уже известен. Само понятие и риторика последнего были переняты немцами в первой половине XIX века от французов, которые были под впечатлением от сочинений отцов-основателей США (в особенности, разумеется, «Федералиста», где о независимости судебной власти в нескольких очерках рассуждает Гамильтон)<sup>237</sup>.

В отечественном праве эта классическая формулировка впервые появляется в статье 112 «сталинской» Конституции СССР 1936 года. Такое же положение вошло позднее в часть 1 статьи 155 Конституции СССР 1977 года и часть 1 статьи 167 Конституции РСФСР 1978 года. Тот факт, что часть 1 статьи 120 Конституции РФ в целом

---

<sup>236</sup> См.: *Baccaglini L., Di Paolo G., Cortese F.* The Value of Judicial Precedent in the Italian Legal System // *Civil Procedure Review*. Vol. 7. 2016. No. 1. P. 3–62, 4; *Dean M.* Japanese Legal System. 2nd ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. P. 136; *Emmert F.* Independence of Judges — A Concept Often Misunderstood in Central and Eastern Europe // *European Journal of Law Reform*. Vol. 3. 2001. No. 4. P. 405–410; *Kühn Z.* Op. cit. P. 558; *Morawski L., Zirk-Sadowski M.* Precedent in Poland // *Interpreting Precedents: A Comparative Study* / ed. by N. MacCormick and R. S. Summers. New York: Routledge, 1997. P. 219–258, 232–233; *Seibert-Fohr A.* Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany // *Recent Trends in German and European Constitutional Law: German Reports Presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law, Utrecht, 16 to 22 July 2006* / ed. by E. Riedel, R. Wolfrum. Heidelberg: Springer, 2006. P. 267–287, 273.

<sup>237</sup> Подробнее см.: *Chisholm N.* The Faces of Judicial Independence: Democratic versus Bureaucratic Accountability in Judicial Selection, Training, and Promotion in South Korea and Taiwan // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 62. 2014. No. 4. P. 893–950, 897–900.

воспроизводит аналогичный словесный ряд, характеризуется в зарубежной литературе как неудачный выбор, поскольку ранее «это не помогло защитить советских судей от давления [на них с целью заставить их] соответствовать пожеланиям Коммунистической партии»<sup>238</sup>. В советской юриспруденции действительно считалось, что партия вправе с помощью своих директив осуществлять руководство судебной деятельностью и что это не нарушает судебскую независимость, если эти «директивы не содержат какого-либо предписания судам относительно решения отдельных судебных дел, но имеют общий характер, давая судьям политическую ориентацию для рассмотрения определённой категории дел, помогая правильно уяснить политический смысл определённого юридического закона и правильно применять его на практике»<sup>239</sup>. Эта идея восходит непосредственно к В.И. Ленину, который настаивал, что «законность не может быть калужская и казанская, а должна быть единая всероссийская»<sup>240</sup>, поэтому центральные органы государственной власти должны «противостоять местным влияниям... и устанавливать действительно единообразное применение законности во всей республике»<sup>241</sup>, но при условии, что их возможные ошибки «исправляются тут же на месте немедленно теми партийными органами, которые устанавливают вообще все основные понятия и все основные правила для всей... партийной и советской работы в республике»<sup>242</sup>. Об этой «руководящей и направляющей» роли партийных структур Конституционный Суд РФ позднее напишет, что они фактически «присвоили государственно-властные полномочия и активно их реализовывали, препятствуя нормальной деятельности конституционных органов власти»<sup>243</sup>. Новая российская Конституция, если следовать исторической логике её принятия, должна была раз и навсегда исключить возврат к этой практике, равно как и ко многим

---

<sup>238</sup> *Henderson J.* The Constitution of the Russian Federation: A Contextual Analysis. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011. P. 197.

<sup>239</sup> *Петренко В. М.* Независимость советских судей и подчинение их только закону: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1953. С. 7.

<sup>240</sup> *Ленин В. И.* О двойном подчинении и законности // *Ленин В. И.* Полное собрание сочинений. Т. 45: Март 1922 — март 1923. 5-е изд. / Институт марксизма-ленинизма при ЦК КПСС. М.: Издательство политической литературы, 1970. С. 198.

<sup>241</sup> Там же. С. 200.

<sup>242</sup> Там же. С. 200–201.

<sup>243</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 30 ноября 1992 года № 9-П // СЗ РФ. 1993. № 11. Ст. 400.

другим проявлениям советской государственно-правовой традиции, а значит, принцип подчинения судей только закону, несмотря на довольно явное заимствование «сталинской» формулировки, требует своего переосмысления. Учитывая этот разрыв преемственности, найти новую точку опоры в установлении объективного содержания этого принципа (то есть, дать ему реальное, а не номинальное определение) становится особенно сложно<sup>244</sup>.

Итак, вопрос состоит в следующем: допускает ли эксклюзивное подчинение судей Конституции и федеральному закону обязанность высшего суда соблюдать собственные прецеденты? Ключевое значение для ответа на этот вопрос имеет понятия подчинения, которое нигде более в Конституции не фигурирует. К сожалению, никакой общей позитивной концепции на этот счёт в материалах Конституционного совещания обнаружить не удаётся. Можно указать только отдельные смыслы и феномены, которые эта норма была призвана исключить.

«Президентский» проект Конституции (также известный как «проект С.С. Алексеева — С.М. Шахрая»), представленный ответственности Б.Н. Ельциным 29 апреля 1993 года и послуживший основой для разработки окончательной редакции Конституции, в части 1 статьи 117 устанавливал, что «судьи независимы и подчиняются только Конституции и закону»<sup>245</sup>. Несколькими отступая от советской традиции, эта формулировка принципа независимости судей впервые «подчиняла» их не только закону, но и Конституции, что вызвало дискуссию среди участников Конституционного совещания. На заседании группы представителей федеральных органов государственной власти эксперт А.Б. Венгеров предложил вернуться к прежней формулировке, руководствуясь тем, что Конституция и так входит в понятие закона, которое в данном случае употребляется в широком смысле, обозначая весь массив права, а не только закон как нормативный правовой акт, принятый в законодательной

---

<sup>244</sup> Это не единственный пример заимствования «буквы» советских конституций, который можно встретить в Конституции РФ в условиях, казалось бы, полного отрицания их «духа» авторами этого документа. Во многих других случаях подобное противоречие порождает ничуть не меньшие трудности в установлении смысла конституционных норм. Подробнее см.: Белов С. Ценности российской Конституции в тексте и в практике её толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4 (131). С. 68–83.

<sup>245</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 1: 29 апреля — 4 июня 1993 г. / под общ. ред. С.А. Филатова, В.С. Черномырдина, С.М. Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1995. С. 42.

процедуре. При такой трактовке эта норма означала бы, что судьи подчиняются только праву, но эксклюзивная роль каких-либо отдельных источников права из неё не вытекала бы. Ровно противоположную позицию высказал И. И. Лукашук, который предположил, что в этой статье речь идёт именно о том, какое право должно применяться судом. Будучи юристом-международником, он считал нужным упомянуть в ней, что суд применяет ещё и нормы международного права. Большинство присутствующих, между тем, не высказало вообще никакой позиции по поводу генерального значения обсуждаемой нормы. Председательствующий на заседании А. М. Яковлев мимоходом возразил А. Б. Венгеру, что закон и право — это не одно и то же. Другой участник обсуждения, А. А. Котенков, был, напротив, склонен согласиться с широким пониманием слова «закон». Однако в дальнейшем их общая позиция, которую первым высказал Ю. А. Рыжов, свелась к тому, что в этой норме принципиально важно упомянуть Конституцию, дабы подчеркнуть её значение как высшего закона, имеющего прямое действие и стоящего над законами в узком смысле этого слова. Кроме того, как отметил А. М. Яковлев, «президентский» проект в этой части почти совпадал с первым предложением части 1 статьи 105 «парламентского» проекта («судьи независимы и подчиняются Конституции РФ и закону»<sup>246</sup>), в связи с чем изменение формулировки было политически нецелесообразно: работа Конституционного совещания была призвана преодолеть разногласия между Президентом и Верховным Советом, а не породить новые. По совокупности этих причин поправка А. Б. Венгерова была отклонена. Вместе с ней было проигнорировано предложение, которое выдвигал И. И. Лукашук<sup>247</sup>.

Обсуждение части 1 статьи 117 «президентского» проекта, прошедшее вскоре на заседании рабочей комиссии, было коротким и вновь оставило формулировку нетронутой, но обозначило в ней некоторые проблемные аспекты. Главные замечания происходили от председательствующего, С. А. Филатова, руководителя Администрации Президента. Во-первых, он обратил внимание, что в проекте не сказано, о какой конкретно Конституции идёт речь, из чего

---

<sup>246</sup> См.: Из истории создания Конституции Российской Федерации. Том 4: 1993 год. Книга вторая: май — июнь 1993 года / под общ. ред. О. Г. Румянцева. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 115.

<sup>247</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 9: 15 июня 1993 г. / под общ. ред. С. А. Филатова, В. С. Черномырдина, С. М. Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1995. С. 78–82.

следовало, что в таком виде эта норма подразумевает не только федеральную Конституцию, но и конституции республик. Во-вторых, когда Б.Н.Топорнин задал вопрос, почему нельзя сказать просто «закону», как это было в Конституции РСФСР 1978 года, председательствующий пояснил, что новая Конституция, в отличие от прежней, не будет называться Основным Законом. То есть, если бы сохранилась советская формулировка, то это могло быть воспринято как подчинение судей только закону в узком смысле слова, что, в свою очередь, повлекло бы отступление от принципа прямого действия Конституции. Этого допустить было нельзя. Не высказав никаких возражений, участники заседания перешли к обсуждению других статей<sup>248</sup>, так что по итогам летнего периода работы Конституционного совещания положение части 1 статьи 117 «президентского» проекта в неизменном виде вошло в часть 1 статьи 122 промежуточной «июльской» редакции будущей Конституции<sup>249</sup>. Осенью, когда совещание возобновило свою работу, никакие поправки к этой норме больше не обсуждались ни в группах, объединённых в Государственную и Общественную палаты, ни на заседаниях рабочей комиссии. Судя по всему, окончательный вид она приобрела на этапе редакционной правки (6–7 ноября), где было решено принцип независимости судей перенести в статью 120, а заодно уточнить, что Конституция и закон, упомянутые в первой части — это Конституция и закон федерального уровня.

Не остаётся никаких сомнений, что в части 1 статьи 120 Конституции речь идёт о подчинении судей не позитивному праву в целом, а только некоторым источникам права. В то же время ниоткуда не следует, что Конституционное совещание имело цель дать в этой норме исчерпывающий перечень источников права, применяемых судом.

Поводом для дальнейшего обсуждения принципа независимости судей, причём именно в связи с проблемой судебного правотворчества, послужили положения «президентского» проекта Конституции, посвящённые компетенции Верховного Суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ. В статьях 122 и 123 было предусмотрено, что

---

<sup>248</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 13: 22, 23 июня 1993 г. / под общ. ред. С. А. Филатова, В. С. Черномырдина, С. М. Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1996. С. 90–91.

<sup>249</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 17: 10, 11, 12, 24 июля 1993 г. / под общ. ред. С. А. Филатова, В. С. Черномырдина, С. М. Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1996. С. 391.

эти высшие судебные органы по делам, подсудным, соответственно, судам общей юрисдикции и арбитражным судам, вправе принимать «судебные установления, обязательные при разрешении этих дел»<sup>250</sup>. Данная формулировка, в конечном счёте, была полностью отвергнута, а в окончательной редакции было закреплено, что высшие суды дают «разъяснения по вопросам судебной практики» (статьи 125 и 126 Конституции). Разработчики посчитали необходимым исключить обязательность такого рода разъяснений, а принципиальным основанием для этого послужила часть 1 статьи 117 проекта. В пользу принятого решения со ссылкой на эту норму были высказаны три аргумента, ни один из которых, на самом деле, не исключает признания доктрины прецедента.

1. *Аргумент закрытого перечня (numerus clausus)*. Вопрос о соответствии статей о высших судах принципу независимости судей впервые был поставлен В.М.Савицким, который, заключил, что обязательность иных указаний допустима лишь в том случае, если это будет прямо предусмотрено в части 1 статьи 117 проекта — например, если там будет сказано, что «суд подчиняется закону и указанию высшего судебного органа»<sup>251</sup>. Днём позже аналогичный вывод прозвучал и на заседании другой группы, где Ю.И.Стецовский разъяснил её участникам, что постановления пленума Верховного Суда РФ суть «не что иное, как подзаконные акты», а поскольку «судьи независимы и подчиняются только Конституции и закону, этих судей надо освободить от подчинения каким-либо подзаконным актам»<sup>252</sup>. В этом же духе на заседании рабочей комиссии выступил А.А.Котенков, по мнению которого правило о подчинении судей только Конституции и закону означает, что «они не могут подчиняться каким-то разъяснениям»<sup>253</sup>.

Логической предпосылкой подобного представления о независимости судей выступает гипотеза, что часть 1 статьи 117 проекта, а вслед за ней и часть 1 статьи 120 Конституции содержат закры-

---

<sup>250</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 1. С. 43.

<sup>251</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 11: 17 июня 1993 г. / под общ. ред. С.А.Филатова, В.С.Черномырдина, С.М.Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1996. С. 41.

<sup>252</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 12: 18, 19, 21 июня 1993 г. / под общ. ред. С.А.Филатова, В.С.Черномырдина, С.М.Шахрая и др. М.: Юридическая литература, 1996. С. 185.

<sup>253</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 13. С. 116.

тый перечень источников права (принцип *numerus clausus*). Как было показано выше, при обсуждении непосредственно самой части 1 статьи 117 предложение действительно дать в ней такой перечень поддержки не встретило. Эта гипотеза неубедительна также и по той причине, что она полностью игнорирует терминологическую разницу сопоставляемых статей, почему-то предполагая, что «подчиняться» какому-либо источнику и применять его в качестве «обязательного» — это одно и то же. Уже в начале дискуссии эту разницу отметил А. Б. Венгеров<sup>254</sup>. Ещё более отчётливым опровержением выступают конституционные нормы, в которых упоминаются другие источники права, причём некоторые из них наделены преимуществом по отношению к федеральному закону (часть 4 статьи 15, часть 6 статьи 76 Конституции). Подчинение судей источникам права, упомянутым в части 1 статьи 120 Конституции, вовсе не исключало упоминания в Конституции иных источников как обязательных для применения. В отношении разъяснений высших судов от этой обязательности было решено отказаться, однако принцип *numerus clausus* ошибочен и потому не способен объяснить это решение. Для этого требуется обращение к иным аргументам.

2. *Аргумент свободы толкования.* Один из таких аргументов гласит, что независимый судья, поскольку он подчиняется только Конституции и закону, должен толковать их самостоятельно, не будучи в этом отношении связан сторонними предписаниями. Как отметил Ю. А. Рыжов, судьи должны быть независимы «от какого-либо влияния, от каких-либо установлений, от какого-либо надзора», поскольку необходимо, «чтобы они руководствовались только законом и своей совестью, своим пониманием права»<sup>255</sup>. Наиболее лаконично данную точку зрения сформулировал Е. А. Данилов, подчеркнув, что «суды свободны в интерпретации норм права тогда, когда они их применяют»<sup>256</sup>. Её также поддержал С. А. Филатов, который полагал, что связанность разъяснениями лишает судей индивидуальности<sup>257</sup>, не позволяя им принимать самостоятельные реше-

---

<sup>254</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 11. С. 42.

<sup>255</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 11. С. 43–44.

<sup>256</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 13. С. 109.

<sup>257</sup> См.: Там же. С. 115.

ния<sup>258</sup>. По его мнению, гораздо лучше, когда судья «отвечает за свои действия» и «не кивает на то, что его заставляют делать»<sup>259</sup>.

Данный аргумент неубедителен по нескольким причинам. Во-первых, в условиях судебной иерархии нижестоящие суды по определению не свободны от влияния и надзора со стороны высшего суда. Этот надзор, более того, прямо закреплён в окончательной редакции статей 126 и 127 Конституции. И наоборот, в отношении высшего суда такое влияние и надзор по определению невозможны: горизонтальное действие его правовых позиций возникает исключительно в порядке добросовестного самоограничения судей. Во-вторых, принцип независимости судей при такой трактовке вступает в конкуренцию с принципом разделения властей, поскольку санкционирует судебное нормотворчество *ad hoc*. Участники Конституционного совещания (например, С. А. Филатов) вполне отдавали себе отчёт, что высший суд с помощью своих разъяснений фактически выполняет функцию законодательного органа<sup>260</sup>. Однако никто не обратил внимание, что отказ от их обязательности не только не устраняет данную проблему, но и приводит к ещё более серьёзному (по крайней мере, с точки зрения Montesquieu) нарушению принципа разделения властей, позволяя примерять на себя роль законодателя каждому суду в каждом конкретном деле. В-третьих, если правовые позиции высшего суда формулируются в результате обобщения постепенно сложившейся судебной практики, то в этом случае их коллективным автором выступает судебная система в целом, включая нижестоящие суды, которым до момента «кристаллизации» практики не возбраняется проявлять свою индивидуальность. Эту модель судебного правотворчества (которая суть не что иное, как доктрина *jurisprudence constante*) отстаивал В. Ф. Яковлев<sup>261</sup>, но большинство остальных членов рабочей комиссии его слова не убедили.

Вариациями аргумента свободы толкования выступают аргументы *гибкости* и *адекватности толкования*. Первый из них прозвучал в рассуждениях Л. Б. Волкова, который высказал опасение, что обязательность правовых позиций высшего суда не позволит судебной власти проявить гибкость, особенно необходимую в пери-

---

<sup>258</sup> См.: Там же. С. 114.

<sup>259</sup> Там же. С. 116.

<sup>260</sup> См.: Там же. С. 114.

<sup>261</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 13. С. 115.

од реформ<sup>262</sup>. Однако даже если эта гибкость представляет известную ценность для правопорядка, нельзя утверждать, что доктрина прецедента как таковая чрезмерно ограничивает её. Во всех странах англосаксонского права сегодня признано, что высший суд вправе при наличии объективных оснований пересмотреть свою правовую позицию. Такой подход, не отказывая прецеденту в обязательности, позволяет обеспечить адаптацию прецедентного права к новым условиям<sup>263</sup>.

Второй дополнительный аргумент тоже касается правил пересмотра правовых позиций. Его сформулировал Б. А. Страшун, признавший за высшими судами право определять «судебную политику по определённым категориям дел... и информировать об этом нижестоящие суды», но с оговоркой, что нижестоящий судья получит «право принять решение иное, потому что он может при этом найти более адекватную квалификацию дела или какие-то другие обстоятельства оценить иначе, более удачно»<sup>264</sup>. Цель этой оговорки — обеспечение диалога в отношениях между различными уровнями судебной иерархии, весьма полезного для разыскания истины. Последнее слово при этом всё равно остаётся за высшим судом, который, не найдя альтернативное истолкование «более адекватным», вправе настаивать на соблюдении своих правовых позиций и отменять решения инакомыслящих судов; но «отменит, не отменит — другой вопрос»<sup>265</sup>; главное, чтобы этот диалог был в принципе возможен. Доктрина прецедента такую возможность не исключает. Во-первых, даже следуя прецеденту в резолюции решения, нижестоящие суды или отдельные судьи могут высказать несогласие с ним в мотивах решения или, соответственно, в индивидуальных мнениях<sup>266</sup>. Во-вторых, в некоторых странах англосаксонского права вполне допускается так называемый предвосхищающий пересмотр (англ.: *anticipatory overruling*). Речь идёт о ситуации, когда нижестоящие суды принимают решения вопреки действующему прецеден-

---

<sup>262</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 11. С. 49.

<sup>263</sup> Подробнее см. главу 3.

<sup>264</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 11. С. 45–46.

<sup>265</sup> Там же. С. 46.

<sup>266</sup> Эту возможность указывает Палата лордов Соединённого Королевства (в лице лорда-канцлера, мнение которого получило поддержку остальных судей). См.: United Kingdom House of Lords (далее — UKHL). *Broome v. Cassell & Co. Ltd.* [1972] 1 All ER 801.

ту, предполагая, что высший суд уже и сам готов пересмотреть его. Подобная практика получила признание, например, в Канаде, где высший суд прямо указал, при каких условиях нижестоящие суды могут инициировать пересмотр его прецедентов<sup>267</sup>. Доктрина прецедента не препятствует поиску «более адекватного» истолкования, но только дисциплинирует и упорядочивает такой поиск. С точки зрения стремления к диалогу совершенно неясно, почему несогласие и попытка переубедить высший суд должны найти своё выражение именно в резолюции решения. Что касается горизонтального аспекта доктрины прецедента, то в этом отношении аргумент адекватности толкования и вовсе лишён смысла, поскольку внутри высшего суда диалог поддерживается постоянно. Каждый из судей при рассмотрении дела всегда вправе высказать в совещательной комнате свои соображения в пользу «более адекватного» истолкования, которые, по его мнению, дают основания для пересмотра. Уже отмеченная выше гибкость прецедентного права позволяет обеспечить и его адекватность.

3. *Аргумент законности толкования.* Другое опасение доктрина прецедента зачастую вызывает в связи с тем, что правовые позиции высшего суда, якобы разъясняющие закон, могут на деле оказаться противоречащими закону, вынуждая и всех остальных судей принимать незаконные решения. В памяти некоторых участников Конституционного совещания были свежи примеры, когда Верховный Суд СССР, по их мнению, принимал разъяснения, подменяющие волю законодателя. Именно об этом в ходе обсуждения считали нужным напомнить остальным Т. Г. Морщакова<sup>268</sup> и Ю. И. Стецовский<sup>269</sup>. Их тревогу разделял и С. А. Филатов, который предположил, что вследствие обязательности разъяснений судьи будут «вынуждены принимать то, что им предписывает Верховный Суд, а не закон»<sup>270</sup>.

Однако угроза толкования *contra legem* (лат.: «вопреки закону») и упорства в нём высшего суда как таковая существует независимо от того, насколько обязательны его разъяснения. Отказ от доктрины прецедента повышает при этом вероятность пересмотра любых

---

<sup>267</sup> См. параграф 3.2 главы 3.

<sup>268</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 11. С. 51.

<sup>269</sup> См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 12. С. 185.

<sup>270</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 13. С. 114.

правовых позиций, независимо от того, соответствуют ли они первичному источнику. Наконец, главное возражение состоит в том, что доктрина прецедента вполне допускает пересмотр правовой позиции, ставшей результатом «явных промаха или ошибки», в том числе и тогда, когда очевидно, что формулировки закона не выдерживают предложенного судом толкования<sup>271</sup>. Правило части 2 статьи 120 Конституции никакого изъятия для разъяснений высшего суда не содержит, а значит, судьи обязаны не применять их, если находят их незаконными. Именно об этом резонно напомнил рабочей комиссии Б.Н.Топорнин, предложив сделать оговорку, что разъяснения должны соответствовать закону, однако С.А.Филатов немедленно возразил, что «это очень трудно понять», поскольку высший суд формулирует их «именно там, где закон имеет пробел»<sup>272</sup>. На самом деле, ничего трудного для понимания здесь нет. Оговорка о соответствии закону как раз и означает, что правотворческие судебные акты имеют силу только до тех пор, пока они восполняют пробел, то есть, если суд создаёт новые нормы в ситуации правовой неопределённости. Если же Конституция и закон содержат достаточно ясный ответ на поставленный в деле вопрос права, то любое иное решение будет ошибкой, не имеющей силы. Аргумент законности толкования оправдан только в пределах «смыслового ядра» толкуемых положений, в то время как в «зоне полутени» (и уж тем более пробела в узком смысле этого слова) опасность нарушения первичного источника попросту не возникает, ибо в том-то и дело, что его нормативный смысл в подобной ситуации неясен.

Резюмируя, можно сделать вывод, что аргументы участников Конституционного совещания были направлены не против доктрины прецедента и даже не против судебного правотворчества как такового, а против обязательности правовых позиций высшего суда «по образу и подобию» обязательности нормативных правовых актов. Именно отождествление этих понятий лежит, например, в основе аргументации Т.Г.Морщаковой, которая предполагала, что если «судебные установления» будут обязательны, то часть 2 статьи 117 проекта (прообраз части 2 статьи 120 Конституции) распространяться на них не будет, а значит, судьям придётся применять их даже в случае противоречия закону<sup>273</sup>. Характерную реакцию вызвало

---

<sup>271</sup> См. параграф 2 главы 3.

<sup>272</sup> Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. Том 13. С. 114.

<sup>273</sup> См.: Там же. С. 109.

и упомянутое выше сравнение, которое С. А. Филатов провёл между полномочиями высших судов и функциями законодательного органа. Слово почти сразу же взял Ю. А. Рыжов, воскликнув: «Господа! Прецедент не может иметь силу закона»<sup>274</sup>. В этом же духе высказался А. М. Яковлев, который посчитал, что «если решения пленума обязательны, то они — такой же закон, как и все остальные»<sup>275</sup>. Самое любопытное, что и тот, и другой, мотивируя отказ от обязательности разъяснений, ссылались на общепризнанные положения доктрины прецедента. Подразумевая возможность отклонения от прецедента путём проведения различий между ситуациями, Ю. А. Рыжов отмечает, что «условий, абсолютно совпадающих... не бывает»<sup>276</sup>. Вслед за ним А. М. Яковлев, явно имея в виду возможность пересмотра прецедента, добавляет, что судья «может... создать новый прецедент, опровергающий прежний»<sup>277</sup>. Таким образом, из шести членов рабочей комиссии, выступавших в пользу поправки к статьям о высших судах, пятеро — Т. Г. Морщакова, Ю. А. Рыжов, С. А. Филатов и А. М. Яковлев, а также А. А. Котенков — придавали понятию обязательности слишком строгую трактовку, неприменимую в отношении современной доктрины прецедента. Их позиция, судя по всему, была продиктована двумя обстоятельствами. Во-первых, в качестве главного образца «судебных установлений» и «разъяснений» участники Конституционного совещания рассматривали постановления пленума — абстрактные инструкции по применению закона, а не судебные решения по конкретным делам. Во-вторых, многие особенности действия судебного прецедента были им попросту неизвестны. Не все из них были правоведами, но дело не только в этом. Степень осведомлённости отечественной науки об этих особенностях и тогда, и сейчас была и остаётся крайне невысокой. Впрочем, даже в англосаксонской юриспруденции серьёзного продвижения в осмыслении феномена прецедентного права удалось добиться лишь в последние десятилетия. Опасение авторов Конституции, что «судебные установления» или «разъяснения», если закрепить их обязательность формально, будут применяться подобно нормативным правовым актам, было совершенно оправданным, но это не препятствует установлению доктрины прецедента.

---

<sup>274</sup> Там же. С. 114.

<sup>275</sup> Там же.

<sup>276</sup> Там же.

<sup>277</sup> Там же.

Отдельно следует подчеркнуть, что вопрос об обязательности правовых позиций высшего суда для него самого, в том числе в деятельности Конституционного Суда, участниками Конституционного совещания не обсуждался вовсе.

Авторы Конституции, стало быть, не имели намерения раз и навсегда исключить судебный прецедент из числа источников права. Ничто в материалах Конституционного совещания также не свидетельствует и о том, что признание доктрины прецедента возможно только при наличии прямого указания со стороны законодателя. Норма об эксклюзивном подчинении судей Конституции и закону, по её грамматическому смыслу, вполне открыта для теории, согласно которой следование прецеденту — это необходимость, вытекающая из подчинения конституционному принципу правовой определённости как элементу понятий правового государства и равенства перед законом и судом. Даже если сегодня континентальная юриспруденция отвергает подобную теорию, это не значит, что положение дел не может измениться с течением времени, когда аргументы в пользу доктрины прецедента приобретут в глазах юридического сообщества больший вес.

## § 5. Институциональные основания

Доктрина прецедента, если её не санкционирует законодатель, возникает в виде правового обычая<sup>278</sup>. Любой обычай складывается из двух элементов: объективного, или материального, коим является устойчивая практика поведения субъектов права (лат.: *diuturnus usus*), и субъективного, или психологического, то есть, всеобщей убеждённости в обязательности такого поведения (лат.: *opinio iuris*). Различные институциональные факторы можно рассматривать, соответственно, в двух аспектах, имея в виду их значение как для установления практики соблюдения прецедентов, так и для установления всеобщей убеждённости в том, что прецеденты имеют обязывающую силу. В качестве институциональных оснований доктрины прецедента мы рассмотрим здесь только те факторы, которые не просто способствуют её установлению, но выступают её необходимым условием.

---

<sup>278</sup> См.: Блохин П. Д. Обоснование по аналогии в конституционно-правовых спорах. С. 220.

Какие факторы требуются для того, чтобы суд мог выстраивать последовательную практику, тщательно анализируя применимость каждого прецедента, значимого для дела? Следует назвать несколько очевидных условий. Прежде всего, судебные решения должны приниматься в письменной форме и публиковаться. Как известно, даже в Англии доктрина прецедента получила признание только в XIX столетии, когда запись судебных отчётов сложилась в цельную систему<sup>279</sup>. Многое зависит и от нагрузки суда: чем больше потенциально значимых решений принимается за некоторый промежуток времени, тем выше издержки проведения такого анализа, так что на определённом этапе они могут оказаться слишком высокими. Серьёзное влияние оказывает также судоустройство. Если количество судей велико, и они принимают решения только в обособленных и не подчинённых друг другу коллегиях, при этом не рассматривая дела пленарно, то их решения сложно считать выражающими правовую позицию суда как единого органа. Мы не будем далее перечислять все мыслимые преграды, которые могут объективно препятствовать установлению доктрины прецедента; достаточно будет заметить, что в деятельности высших органов конституционного правосудия подобных серьёзных преград обычно не усматривается<sup>280</sup>, равно как и в международном правосудии<sup>281</sup>. Кроме того, нет лучшего доказательства способности суда соответствовать требованиям принципа *stare decisis*, чем тот факт, что в реальности суду каким-то образом удаётся избегать большого числа противоречий между отдельными решениями. Поскольку нельзя сказать, что практика конституционных и международных судов значительно более хаотична, чем практика высших судов стран англосаксонского права (и не способна стать более упорядоченной), мы осмелимся предположить, что основное препятствие для доктрины прецедента лежит, как правило, в области субъективного элемента.

Здесь уместно задаться вопросом, почему в остальном мире эта доктрина не пользуется среди юристов и судей таким же признанием, какое она получила на обширном пространстве бывшей Британской империи. Когда подобным вопросом задаётся, например, ци-

---

<sup>279</sup> См.: Уолкер Р. Английская судебная система / пер. с англ. Т. В. Апаровой; отв. ред. Ф. М. Решетников. М.: Юридическая литература, 1980. С. 155–156.

<sup>280</sup> См.: Taruffo M. Institutional Factors Influencing Precedents // *Interpreting Precedents: A Comparative Study* / ed. by N. MacCormick and R. S. Summers. New York: Routledge, 1997. P. 437–460.

<sup>281</sup> См. главу 4.

вилистика, то на первый план выходят различия между континентальной Европой и Англией в таких важных аспектах исторического развития, как рецепция римского права, роль университетов в подготовке практикующих юристов и кодификация законодательства, произведённая под влиянием идей Просвещения. Учёт этих факторов позволяет хорошо объяснить, почему европейцы имели меньше стимулов для выработки доктрины прецедента. С конституционно-правовой точки зрения, более важным представляется, однако, другое различие. Весьма симптоматичен тот факт, что доктрина прецедента наиболее явно утвердилась именно в тех странах, конституционная история которых не знает эпохи абсолютизма и уж тем более не знает самодержавия. Для англосаксонской правовой культуры всегда был характерен скепсис в отношении верховной власти, обусловленный, в частности, заморским происхождением (а нередко и местонахождением) властителей. Таковы были, например, отношения Англии с Анжуйской династией, во времена которой была скреплена печатью Великая хартия вольностей, и североамериканских колоний с английским парламентом, когда была провозглашена Декларация независимости. Иную картину даёт история континентальной Европы. Здесь призрак не только римского права, но и римского домината всегда был более ощутимым. Не сама кодификация, но, скорее, недвусмысленное повеление Юстиниана Великого судить «на основе не примеров, а закона»<sup>282</sup> исключала возникновение доктрины прецедента в её современном понимании. В Новое время другой император, Наполеон Бонапарт, в своем кодексе запрещает судьям «разрешать находящиеся в их производстве дела путём установления общенормативных положений» (статья 5 Гражданского кодекса Франции). Аналогичные запреты, продиктованные высочайшей волей, были известны многим европейским странам. Авторитет полновластного монарха не допускал конкуренции со стороны автономной судебной традиции. Кажется оправданной в связи с этим гипотеза, что одна из ключевых предпосылок доктрины прецедента — это распространение и укрепление веры в идеал «правления законов, а не людей», то есть, не только юридическое, но и фактическое признание принципа верховенства права<sup>283</sup>. В ином случае производимая в юриспруденции «прецедентная революция», то есть, попытка реализовать на практике — безо всякого законодательного одобрения — идею права, которое «не учреждается, но вырастает»,

---

<sup>282</sup> Кодекс Юстиниана, 7.45.13.

<sup>283</sup> См.: *Арановский К. В., Князев С. Д.* Указ. соч. С. 66.

с высокой долей вероятности будет воспринята (собственно, как и любая другая революция в области государственной жизни) в качестве события, угрожающего авторитету законодателя.

Тем не менее, даже с утверждением принципа правового государства доктрина прецедента всё равно воспринимается в континентальной Европе со скепсисом. Вместо принципа *stare decisis* здесь действует принцип *jurisprudence constante*, в разных странах имеющий разное юридическое значение и силу. Но и в странах англосаксонского права «горизонтальное» действие прецедента стало реальностью по историческим меркам совсем недавно. В сочинениях классиков английской юриспруденции XVII–XVIII веков (Э. Кука, М. Хэйла, У. Блэкстона и др.) мы не находим указания на прецедентный характер единичного решения. Общее право в целом в этот период развивалось, скорее, по модели *jurisprudence constante*, а не *stare decisis*. Необходимость более серьёзного самоограничения судебной власти начинает осознаваться только с пришествием юридического позитивизма, который отверг деклараторную теорию прецедента, лишив судебное правотворчество прежней легитимности, но затем позволил воссоздать её на новых условиях, предполагающих более строгое соблюдение принципа правовой определённости.

Отсюда проистекают два вывода. Во-первых, установлению доктрины прецедента может способствовать теоретическое «открытие» и осмысление феномена судейского усмотрения. Если сам этот феномен отрицается, то попытка обоснования нормативной силы судебных решений многими будет воспринята как призыв предоставить суду невиданные доселе полномочия, хотя в действительности речь идёт не о предоставлении новой, а об ограничении уже существующей власти. Во-вторых, установление этой доктрины может протекать достаточно долго, в ходе многолетних обсуждений этого предмета внутри суда и юридического сообщества в целом, покуда мнение в пользу прецедента не окажется господствующим. В этом отношении скептическая позиция напоминает самосбывающееся пророчество: за пределами стран англосаксонского права прецеденту «немного обещано»<sup>284</sup> в том числе и по той причине, что в нём не видит потребности сама юриспруденция. Между тем, любые нововведения возможны только при осознании новой потребности. Принцип инерции, о котором писал Х. Перельман, действует здесь не в пользу, а против доктрины прецедента. Бремя доказывания

---

<sup>284</sup> См.: Там же. С. 65.

в дискуссии о необходимости этой доктрины лежит на её сторонниках, а не оппонентах.

Свою роль играет и общее непонимание методологии прецедентного права. Мы не имеем в виду, что «правовая ментальность», которая сложилась на континенте, настолько отличается, что «заменить её казуистической техникой сходств и отличий, что характерно для мышления юристов на родине прецедентного права, представляется задачей малореалистичной»<sup>285</sup>. Это затруднение выглядит непреодолимым только на короткой дистанции. Внедрение в обучение начинающих юристов кейс-метода, изобретённого К. К. Лэнгделлом, способно изменить в правовой культуре многое; но и без этого каждый человек интуитивно знает, как использовать эту «казуистическую технику», ибо ссылка на прецедент — это универсальный аргумент, который абсолютно всем людям свойственно использовать в научных, политических и прочих словесных баталиях. Но когда речь заходит о правовой реформе, возникает оправданное желание вооружиться не только интуицией, но и какой-нибудь удовлетворительной теорией, дабы не просто слепо копировать чей-то опыт, но иметь нечто вроде руководства по его применению. Справедливости ради, нужно сказать, что вплоть до конца XX века англосаксонская юриспруденция такую теорию могла предложить только в самом общем виде, будучи не в состоянии избежать большого числа метафор, идиосинкратических выражений и смутных понятий. Однако ситуация меняется. Уже четвёртое десятилетие в англоязычной литературе наблюдается бум исследований, посвященных различным аспектам доктрины прецедента, чему во многом способствовала возросшая популярность прецедентной аргументации в практике Верховного суда США. Участие Великобритании в европейской интеграции, в свою очередь, обострило интерес европейских ученых к структурным особенностям английской правовой системы. Наконец, общая гегемония англосаксонского мира (в том числе и в науке) порождает во многих странах мысль о заимствовании выработанных им культурных образцов. Всё это вызвало к жизни целый массив новых концепций по поводу методологических нюансов прецедентного права. Юристам других стран эти концепции почти неизвестны. Развитие правовой теории — это, следовательно, ещё одно необходимое условие заимствования принципа *stare decisis*.

---

<sup>285</sup> Антонов М. В. О некоторых теоретических вопросах прецедентной революции в России. С. 10.

## Глава 2

# СЛЕДОВАНИЕ ПРЕЦЕДЕНТУ

### § 1. Критика теории рассуждения по аналогии<sup>1</sup>

Рассматривая прецедент как нормосодержащий акт судебного толкования (или вторичный источник права), мы вправе предполагать, что следование прецеденту — это применение нормы, которая нашла внешнее выражение в его тексте. Теория следования прецеденту, стало быть, выступает лишь частным случаем общей теории следования правилу, которая диктуется умеренной теорией толкования. Иначе говоря, не существует такой принципиальной разницы в методологии применения статутного и прецедентного права к конкретным случаям, которая могла бы потребовать изобретения особого понятийного аппарата для описания каждой из этих процедур. Об этом прямо пишет Г. Л. А. Харт, когда характеризует противопоставление статута и прецедента как во многом наивное<sup>2</sup>.

Вопреки сказанному, в науке предпринимались (и продолжают предприниматься) попытки описать логическую структуру следования прецеденту так, будто она представляет собой нечто *совершенно особенное*. Эти альтернативные теории предполагают существование методологии правоприменения, присущей только прецедентному праву и имеющей иную природу, нежели применение нормы. Наиболее популярная точка зрения гласит, что следование прецеденту подразумевает обоснование решения посредством рассуждения по аналогии (англ.: *reasoning by analogy*)<sup>3</sup>. В связи с этим Г. А. Гаджиев

---

<sup>1</sup> Материалы данного параграфа были ранее опубликованы в статьях: Манжосов С. А.: 1) Аналогия, взвешивание и дедукция в структуре следования прецеденту // Правоведение. 2018. № 2. С. 400–421; 2) Умозаключение на основе прецедента: аналогия, индукция или дедукция? // Право и политика. 2018. № 8. С. 43–51.

<sup>2</sup> См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 130.

<sup>3</sup> См., например: Бернам У. Правовая система США / науч. ред. В. А. Власихин; пер. с англ. А. В. Александров и др. Вып. 3. М.: Новая юстиция, 2006. С. 149; Кросс Р. Указ. соч. С. 43.

в качестве одной из первоочередных задач российской юриспруденции называет освоение методики судебной аналогической аргументации<sup>4</sup>. Задача эта выглядит нелёгкой: по признанию зарубежных специалистов в области теории аргументации, в весьма обширной литературе об аналогии как способе обоснования едва ли можно обнаружить фундаментальное согласие по поводу того, какую форму имеют аналогические аргументы и как их следует оценивать<sup>5</sup>. Такое положение дел, на самом деле, говорит об одном: разные авторы, как это нередко случается в науке, используют один и тот же термин в разном смысле. Эту разницу легко описать и объяснить с помощью теории «открытой текстуры» правовых норм. Предваряя наше позитивное изложение методологии прецедентного права, мы вынуждены подробно остановиться на критике некоторых воззрений, поскольку они часто воспринимаются как само собой разумеющееся, хотя отнюдь не сулят никаких выгод с точки зрения системности и ясности юридического мышления.

Согласно одной из теорий, рассуждение по аналогии — это особого рода умозаключение, то есть, ещё одна форма логического вывода, существующая наряду с индуктивной и дедуктивной формами. Противопоставление дедукции, индукции и аналогии в отечественной науке, надо сказать, имеет весьма широкое распространение<sup>6</sup>. Эта идея подразумевает возможность рассуждения от частного к частному — в противовес индуктивному и дедуктивному способу рассуждений, которые представляют собой заключения, соответственно, от частного к общему и от общего к частному. Среди сторонников теории «умозаключения по аналогии» наиболее известен А. А. Старченко, чей учебник по логике (в соавторстве с В. И. Кирилловым) рекомендован для юристов и в этом качестве продолжает переиздаваться под эгидой государственных ведомств

---

<sup>4</sup> См.: *Гаджиев Г. А.* Решения высших судов России как общественный капитал // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2015. № 1. С. 12.

<sup>5</sup> См.: *Macagno F, Walton D.* Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories // *Philosophy and Rhetoric*. Vol.42. 2009. No. 2. P.155.

<sup>6</sup> См., например: *Виноградов С. Н., Кузьмин А. Ф.* Логика: учебник для средней школы. 8-е изд. М.: Государственное учебно-педагогическое издательство Министерства просвещения РСФСР, 1954. С. 139–142; *Гусев Д. А.* Краткий курс логики: Искусство правильного мышления. М.: Изд-во НЦ ЭНАС, 2003. С. 73–76; *Рузавин Г. И.* Логика и основы аргументации: учебник для вузов. М.: Проект, 2003. С. 196–201.

и юридических вузов<sup>7</sup>. В отдельной работе, посвященной вопросам аналогии, учёный объясняет эту особую форму умозаключения как «логический перенос определённого признака с одного единичного предмета на другой на основании сходства этих предметов в ряде других признаков»<sup>8</sup>. Предположим, предмет *A* и предмет *B* обладают общими для них признаками (*a*, *b*, *c*, *d*). Известно, что предмету *A* присущ также признак (*e*). Можно заключить, что предмет *B*, будучи весьма сходным по отношению к предмету *A* в остальных признаках, тоже обладает признаком (*e*). Ценность такого вывода «определяется знанием о *характере зависимости или связи в предмете A между признаками сходными (a, b, c, d) и переносимым (e)*»<sup>9</sup>. Есть два типа умозаключений по аналогии, которым присуща разная гносеологическая ценность. Полная (строгая) аналогия имеет место, когда установлено, что «переносимый признак... не просто сосуществует с признаком сходства, а всецело предопределяется, с необходимостью вытекает из него», вследствие чего «заключение в выводе носит достоверный, неопровержимый характер»<sup>10</sup>. Неполная (нестрогая) аналогия даёт только вероятное знание, поскольку «при уподоблении... не всегда удаётся точно и определённо установить зависимость между сходными и переносимыми признаками»<sup>11</sup>. Следование прецеденту подразумевает умозаключение по аналогии, где сходными признаками двух сопоставляемых дел являются фактические обстоятельства, а переносимым признаком — юридическая квалификация дела<sup>12</sup>. Будет ли это полная или неполная аналогия зависит от того, в какой степени сходные признаки действительно диктуют соответствующую юридическую квалификацию дела. Проблема в том, что наряду со сходствами существуют различия, которые заставляют сомневаться в необходимости принятия аналогичного решения<sup>13</sup>. Как и во всех случаях умозаключения по аналогии, здесь требуется исследование связи переносимого признака с признаками сходными. Такое исследование «выходит за рамки самого

---

<sup>7</sup> Кириллов В. И., Старченко А. А. *Логика: учебник для юридических вузов / под ред. проф. В. И. Кириллова. 6-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 161–170.*

<sup>8</sup> Старченко А. А. *Роль аналогии в познании: На материалах исторического и правового исследования. М.: Высшая школа, 1961. С. 6.*

<sup>9</sup> Там же. С. 15–16.

<sup>10</sup> Там же. С. 23.

<sup>11</sup> Там же. С. 25.

<sup>12</sup> См.: Там же. С. 36.

<sup>13</sup> См.: Там же. С. 36–37.

умозаключения по аналогии», предполагая «обращение к иным формам вывода», но это, по мнению автора, не опровергает его теорию, поскольку в умозаключении по аналогии «новое знание о свойствах единичного предмета не наводится путём сравнения этого предмета с целым рядом других предметов (индукция) и не дедуцируется из ранее полученного обобщения, а приобретается путём уподобления другому *единичному предмету*»<sup>14</sup>.

Нетрудно заметить, что аналогия, согласно этой теории, отличается от индукции только в количественном отношении, поскольку в основе аналогии лежит единичный пример, а индукцию предлагается понимать как умозаключение на основе нескольких примеров. Качественного различия между ними нет. Схема умозаключения по аналогии такова<sup>15</sup>:

*A* имеет признаки *a, b, c, d, e*.  
*B* имеет признаки *a, b, c, d*.  
Следовательно, *B* имеет признак *e*.

Чтобы получить индуктивное умозаключение, достаточно добавить в эту схему ещё один пример:

*A* имеет признаки *a, b, c, d, e*.  
*B* имеет признаки *a, b, c, d*.  
*C* имеет признаки *a, b, c, d, e*.  
Следовательно, *B* имеет признак *e*.

Если эту разницу считать принципиальной, то с тем же основанием можно было бы вообще отказаться от понятия индукции и настаивать на выделении особых терминов для умозаключений на основе двух примеров, трёх примеров, четырёх примеров, и т. д. Учитывая это, более резонно было бы согласиться с теми учёными, которые предпочитают рассматривать аналогию как разновидность индукции<sup>16</sup>. Они отмечают, что «путь от частного к частному необходимо ведёт через общее», поэтому, заключая по аналогии, «мы тем самым уполномочиваем себя и на индуктивное заключение... которое, собственно говоря, уже подразумевалось, когда мы де-

---

<sup>14</sup> Там же. С. 24.

<sup>15</sup> См.: Там же. С. 7.

<sup>16</sup> См., например: *Ивин А. А. Логика: учеб. пособие для студентов вузов.* М.: Оникс; Мир и Образование, 2008. С. 171.

дали заключение по аналогии, и только не было создано в своей общности»<sup>17</sup>. Эта традиция восходит, по меньшей мере, к известному сочинению Милля, который не находил «ничего, что заставляло бы нас отличать аналогию от индукции... Как в самой строгой индукции, так и в самой слабой аналогии мы из того, что А сходно в одном или более свойствах с В, заключаем, что оно сходно с В и в некотором другом свойстве»<sup>18</sup>. В качестве иллюстрации Милль предлагает исследовать структуру аргумента, в рамках которого «в пользу того положения, что для нации всего благодетельнее правление избранного народом собрания, приводят тот общеизвестный факт, что делами других ассоциаций, преследующих общественные цели (например, акционерных обществ), всего лучше может заведывать избранный заинтересованными лицами комитет»<sup>19</sup>. Сходство здесь касается отношений между парламентом и нацией, с одной стороны, и между советом директоров и акционерным обществом, с другой. В обоих случаях предполагается выборность органа, уполномоченного вести дела ассоциации. Можно считать это сходство существенным, если от него «зависят все те следствия, какие надо принять в расчёт в данном частном случае»<sup>20</sup>. Тогда появляется возможность обоснованно «утверждать, что именно это обстоятельство, общее обоим взятым случаям (и различные следствия, из него проистекающие), и играет главную роль в определении всех следствий, образующих своей совокупностью то, что мы называем хорошим или дурным управлением»<sup>21</sup>. Такую связь необходимо обосновать, поскольку в противном случае последует вывод, что сторонникам заявленного тезиса «не удалось» доказать аналогии между данными двумя фактами»<sup>22</sup>. То есть, нужно доказать, что сходство в способе формирования уполномоченного органа вызовет сходство и в том, насколько хорошо этот орган управляет делами ассоциации.

Это означает, что логический вывод в рамках умозаключения по аналогии, так же как и во всяком индуктивном умозаключении,

---

<sup>17</sup> *Светилин А.* Учебник логики. 5-е изд. СПб.: Типография Ф. Г. Елконского и Ко, 1880. С. 81.

<sup>18</sup> *Милль Д. С.* Система логики силлогистической и индуктивной: Изложение принципов доказательства в связи с методами научного исследования / пер. с англ.; предисл. и прил. В. К. Финна. 5-е изд., испр. и доп. М.: ЛЕНАНД, 2011. С. 429.

<sup>19</sup> Там же. С. 428.

<sup>20</sup> Там же.

<sup>21</sup> Там же.

<sup>22</sup> Там же.

протекает на основе имплицитно предполагаемого правила, которое утверждает (с большей или меньшей степенью достоверности) наличие зависимости между сходными признаками и переносимым признаком:

Если имеют место признаки *a, b, c, d*, то должно быть *e*.

В примере Милля существенность сходства определялась правилом, в силу которого выборность уполномоченного органа, будь то парламент или совет директоров — это необходимое условие хорошего управления. Отсюда немедленно возникает подозрение, что под личиной «умозаключения по аналогии» скрывается обычный гипотетический силлогизм (*modus ponens*), в котором подобное правило выступает большей посылкой:

Если имеют место признаки *a, b, c, d*, то должно быть *e*.

В данном случае имеют место признаки *a, b, c, d*.

Следовательно, в данном случае должно быть *e*.

Во многом именно по этой причине в зарубежной науке стало распространённым скептическое отношение к использованию аналогических аргументов. Высказывая подобный скепсис, учёные полагают, что рассуждение по аналогии невозможно в отсутствие лежащей в его основе руководящей идеи. Не может быть никаких рассуждений от частного к частному, если каждый из этих частных случаев не поддерживается общим для них принципом, который выражается в большей посылке силлогизма. Известно, например, что Сократ человек и что он смертен. Имея это знание, можно сделать вывод как будто бы по аналогии: Алкивиад тоже человек, а потому, как и Сократ, тоже смертен. Однако здесь нет ничего, кроме силлогизма: все люди смертны, Алкивиад является человеком, Алкивиад смертен<sup>23</sup>. Вывод по аналогии на деле оказывается всего лишь силлогистическим умозаключением с пропущенной большей посылкой. Следовательно, «рассуждение по аналогии» не имеет самостоятельного статуса. Оно, по выражению Л. Александра, есть всего лишь «фантазм», «монстр», который в реальности не существует и убеждение в существовании которого является методологической ошибкой<sup>24</sup>. (Это не совсем верно, и чуть ниже будет показано, в каком

---

<sup>23</sup> См.: Weinreb L. L. *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. New York: Cambridge University Press, 2005. P. 8–12.

<sup>24</sup> См.: Alexander L. *Bad Beginnings* // *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 145. 1996. No. 1. P. 86.

именно смысле рассуждение по аналогии заслуживает выделения в качестве теоретического понятия.)

Аналогия, таким образом, является одновременно индуктивным и дедуктивным умозаключением. В этом нет противоречия, поскольку привычное противопоставление индукции и дедукции тоже ошибочно. Индуктивное умозаключение, в котором на основе рассмотрения нескольких частных случаев устанавливается общее суждение, правильным будет лишь в том случае, если постулировать истинность (действительность) дополнительного суждения: «всё, что истинно относительно  $S_1, S_2, S_3, S_4$ , также истинно и относительно всех членов класса  $S$ ». Иными словами: «если некоторые  $S$  суть  $P$ , то все  $S$  суть  $P$ ». Рассуждение на основе этой посылки имеет строго дедуктивную форму:

Всё, что истинно относительно национального парламента и совета директоров компании, истинно также относительно всех выборных органов управления в любой ассоциации.

Учреждение национального парламента и совета директоров компании суть необходимое условие наилучшего управления делами соответствующей ассоциации.

Следовательно, для наилучшего управления делами некоторой ассоциации необходимо учреждение выборного органа управления.

В этом примере движение мысли от меньшей посылки к заключению действительно носит индуктивный характер, если понимать под этим переход от частного к общему<sup>25</sup>. Однако само это движение в рамках рассуждения возможно только благодаря присутствию большей посылки. Именно поэтому индукция не может рассматриваться как противоположность дедуктивной формы умозаключения<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Следует различать индукцию как метод и индукцию как вывод. См.: *Лебедев С. А.* Основные линии развития классической индукции // *Индуктивная логика и формирование научного знания* / отв. ред. Б. Н. Пятницын. М.: Наука, 1987. С. 107–120, 110. Индукция как метод означает движение мысли от конкретных объектов к общим понятиям или от менее общих понятий к более общим (например, от понятия «совет директоров компании» к понятию «выборный орган управления»). Её также называют обобщением. См.: *Левин Г. Д.* Указ. соч. С. 102–103. Индукция как вывод — это представленная только что разновидность силлогизма.

<sup>26</sup> См.: *Коэн М., Нагель Э.* Введение в логику и научный метод / пер. с англ. П. С. Куслия. Челябинск: Социум, 2010. С. 379–380.

Эти понятия выделяются по разным основаниям<sup>27</sup>. Индукция как вывод отличается не по форме, а по содержанию. Свою специфику индуктивный силлогизм приобретает благодаря содержанию большей посылки, которая объявляет обоснованной подстановку общего понятия вместо единичного или менее общего. В качестве большей посылки может выступать, например, принцип аналогии закона (лат.: *analogia legis*), в силу которого правило, установленное для одной категории дел, в случае пробела должно применяться также в отношении сходной категории дел (пункт 1 статьи 6 Гражданского кодекса РФ, часть 4 статьи 1 Гражданского процессуального кодекса РФ). Если две категории дел имеют сходство, то есть, общие признаки, то при отсутствии существенных различий их можно объединить в логический класс случаев, для которых будет предназначена сконструированная по аналогии норма. Применение нормы по аналогии требует выполнения, соответственно, двух условий: необходимо, во-первых, установить сходства, а во-вторых, отвлечься от различий. Это знакомые нам базовые операции аналогии и взвешивания. Когда эти условия соблюдены, мы можем сказать, что две категории дел обладают существенным сходством. Наличие существенного сходства позволяет, обобщив понятия, провозгласить новую, более общую норму, которая распространяет своё действие на новый случай. На основе этой нормы с помощью дедукции принимается судебное решение<sup>28</sup>. Алгоритм рассуждения, если опустить подробности, выглядит приблизительно следующим образом:

---

<sup>27</sup> См.: Войшвилло Е. К., Дегтярев М. Г. *Логика как часть теории познания и научной методологии (фундаментальный курс)*: Кн. II. М.: Наука, 1994. С. 235.

<sup>28</sup> Термин «дедукция» тоже может подразумевать либо метод, либо вывод. Дедукция как метод — это движение мысли от общих понятий к менее общим или к конкретным объектам (например, от понятия «ассоциация» к понятию «нация» или «городское сообщество»), то есть, подстановка особенного или единичного понятия вместо всеобщего. Дедукция как вывод — это логически валидное умозаключение, форма которого гарантирует истинность заключения при условии истинности посылок (правильный силлогизм). Из этого вытекает, что индукция и дедукция могут противопоставляться друг другу только как методы. Индукция как вывод, будучи логически валидным и потому дедуктивным умозаключением, проблематична только истинностью большей посылки, которая часто опровергается опытом (на практике может оказаться, что в малых сообществах управление делами с помощью схода граждан более эффективно, чем посредством выборного органа, а значит, не всё, что истинно относительно национального парламента и совета директоров компании, истинно также относительно всех выборных органов управления в любой ассоциации).

*Принцип аналогии закона:* Всё, что истинно относительно одного случая, истинно также относительно других существенно сходных случаев, если законодатель не указал иное.

*Норма<sub>1</sub>:* Для наилучшего управления делами нации необходимо учреждение парламента.

*Норма<sub>2</sub>:* Следовательно, всё, что истинно относительно национально-го парламента, истинно также относительно всех выборных органов управления в любой ассоциации, если законодатель не указал иное.

*Норма<sub>3</sub>:* Следовательно, для наилучшего управления делами некоторой ассоциации необходимо учреждение выборного органа управления, если законодатель не указал иное.

*Пробел:* Законодатель не указал наилучший способ управления делами городского сообщества.

*Норма<sub>4</sub>:* Следовательно, для наилучшего управления делами городского сообщества необходимо учреждение выборного органа управления.

Термин «аналогия», таким образом, употребляется в двух смыслах. Аналогия в первом смысле — это мыслительная операция установления сходства, которая констатирует, что «факты дела *A* подобны фактам дела *B*» (аналогическое суждение). Применение нормы подразумевает такую аналогию всегда, поскольку любая норма регулирует множество случаев, объединённых не по произволу, а по принципу сходства. Аналогия во втором смысле — это рассуждение, в котором на основе одного случая делается вывод для другого случая, если этот другой случай в системе знаний или нормативной системе считается пробельным (аналогическое умозаключение). Оно дедуктивно по форме от начала и до конца, но движение мысли в нём развивается от частного к общему, а затем от общего к частному. Эта характеристика объединяет его с рассуждением, которое проводится в пограничном случае (а неявно также и в новом ясном случае):

*Норма<sub>4</sub>:* Для наилучшего управления делами городского сообщества необходимо учреждение выборного органа управления.

*Норма<sub>5</sub>:* Для наилучшего управления делами городского сообщества необходимо учреждение выборного органа управления, который получает свой мандат непосредственно от народа.

*Аналогия:* Городской совет, состоящий из представителей выборных окружных советов, тоже получает свой мандат от народа.

*Взвешивание:* В данном случае несущественно, что мандат от народа предоставляется городскому совету опосредованно, ибо выборные окружные советы получают свой мандат непосредственно от народа.

*Норма<sub>6</sub>:* Для наилучшего управления делами городского сообщества необходимо учреждение выборного органа управления, который получает свой мандат непосредственно от народа или, по меньшей мере, от других выборных органов управления, отвечающих этому условию.

*Дедукция:* Для наилучшего управления делами городского сообщества необходимо, по меньшей мере, учреждение городского совета, состоящего из представителей выборных окружных советов.

В этом рассуждении производная норма<sub>6</sub>, сформулированная судом путём индуктивной подстановки понятий при исследовании пограничного случая, имеет более общий характер, чем производная норма<sub>5</sub>, которая подразумевается в норме<sub>4</sub> для ясного случая. Отличие аналогического умозаключения состоит в том, что по отношению к норме, которая применяется по аналогии, пробельный случай является вовсе не пограничным, а негативно *ясным*, поскольку известно, что норма к нему непосредственно не применима. Речь идёт об особом режиме применения нормы, а именно о применении нормы за пределами её собственной сферы применимости. Должен ли этот режим действовать в отношении прецедентных норм и можно ли говорить об «анalogии прецедента» как обязательном способе восполнения пробелов? В этом стоит изрядно усомниться, поскольку статутное и прецедентное право предполагают разный регуляторный контекст. Нормы закона устанавливаются комплексно, одним актом, с намерением дать избранной сфере общественных отношений исчерпывающее правовое регулирование, и именно поэтому пробел в законе рассматривается как ненормальная, экстраординарная ситуация<sup>29</sup>. Прецедентное право формируется, напротив, постепенно, от дела к делу, не претендуя на изначальную полноту регулирования. Пробелы могут быть обнаружены в первичном источнике права, но не в прецедентах его толкования. Мы, как правило, вообще не находим в тексте судебного прецедента явно выделенной нормы, которая была бы сформулирована так же отчётливо, как и норма закона. Судья, завершая мотивировочную часть решения, обычно не пишет: «с учётом сказанного, я формулирую

---

<sup>29</sup> См.: *Langenbucher K. Argument by Analogy in European Law // Cambridge Law Journal. Vol. 57. 1998. No. 3. P. 481–521, 482–485.*

общеобязательную норму: если имеют место факты  $p$ ,  $r$ ,  $q$ , то должно быть принято решение  $x$ ». Такое высказывание в решении подразумевает, но границы понятий, из которых оно состоит, остаются неясными, размытыми, поскольку один и тот же конкретный случай может иметь множество одинаково адекватных, но несовпадающих описаний. По этой причине мы можем обнаружить в решении целое множество общих норм, не имея точного представления, какая из них юридически обязательна, а какая носит лишь убеждающий характер. Но если нельзя точно определить границы применимости нормы, то умозаключение по аналогии невозможно. Понятие аналогии в этом смысле хорошо знакомо континентальному праву законодательных кодексов, а в отношении прецедента, наоборот, выглядит проблематичным. Этому явно не отвечает догматизм, с которым принимается положение, будто аналогия — отличительная черта мотивировки решений в прецедентном праве.

С другой стороны, благодаря принципу аналогии закона все нормы законодательного кодекса тоже лишаются точно определённых границ применимости. Пробельный случай, который в отсутствие этого принципа суд посчитал бы негативно ясным (как в уголовном праве, где аналогия закона в силу части 2 статьи 3 Уголовного кодекса РФ исключена), может оказаться пограничным, если законом урегулирован сходный случай. Разница между рассуждением в пограничном случае и рассуждением по аналогии выходит сугубо номинальной и потому с методологической точки зрения особого интереса не представляет. Понятие рассуждения по аналогии необходимо только для того, чтобы дискурсивно выделить ситуацию пробела в законодательстве, поскольку судебное правотворчество в этой ситуации политически наиболее чувствительно.

В свете сказанного более понятными становятся предпосылки теории Ф. Шауэра, который в пику господствующей точке зрения утверждает, что следование прецеденту и рассуждение по аналогии — понятия принципиально противоположные<sup>30</sup>. По его мнению, следование прецеденту в истинном смысле слова подразумевает ситуацию, когда у судьи нет выбора. Такая ситуация возникает, когда «очевидно и неоспоримо, что текущее решение будет принято по *та-*

---

<sup>30</sup> См.: *Schauer F.F.*: 1) *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2009. P.85–91; 2) *Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy // Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives / ed. by C. Dahlman, E. Feteris*. Dordrecht: Springer, 2013. P. 45–56.

кому же вопросу, который был поставлен и разрешён в предшествующем случае», в то время как рассуждение по аналогии, напротив, подразумевает ситуацию, когда судья подыскивает прецедент, который помог бы ему «выдвинуть наилучший аргумент или принять наилучшее решение в данный момент»<sup>31</sup>. То, что Ф. Шауэр называет рассуждением по аналогии, отличая от него «истинное» следование прецеденту — это применение прецедентной нормы в пограничном случае, которое действительно требует выбора, то есть, реализации судейского усмотрения, в ясном случае не возникающего. Коротко говоря, мы опять встречаем здесь чисто терминологические особенности построений конкретного учёного.

Между прочим, ту же самую дихотомию ясных и пограничных случаев имеют в виду и тогда, когда судебному правотворчеству противопоставляют разрешение правового спора на основе дедукции<sup>32</sup>, связывая это понятие с «шаблонным» правоприменением<sup>33</sup> или даже полагая теорию силлогизма в сложных делах практически неприменимой<sup>34</sup>, поскольку она в них «не срабатывает»<sup>35</sup>. К этому также нередко примешивается противопоставление формализма и реализма в методологии толкования, а также обсуждение чисто стиливых особенностей принятия решений в разных правовых культурах (как известно, даже в самом сложном деле французские судьи, в отличие от английских или немецких, обычно воздерживаются от того, чтобы подкрепить формалистические аргументы реалистическими, что, конечно, вовсе не означает, будто они в этот момент не пользуются усмотрением)<sup>36</sup>. С точки зрения теории «открытой текстуры» правовых норм, дедукция как логическая операция не имеет никакого отношения к «механической юриспруденции» и «казённости» формулировок мотивировочной части (во всяком случае, не более, чем в случаях, когда рассуждения судей содержат явный или скрытый «творческий элемент»). Роль дедукции вообще весьма ограничена. Как замечает Г. Л. А. Харт, «дедуктивное мышление... не

<sup>31</sup> *Schauer F.F. Thinking like a Lawyer. P. 91.*

<sup>32</sup> См.: *Блохин П. Д. Индукция, аналогия, интуиция в конституционно-судебном познании. С. 12.*

<sup>33</sup> См.: Там же. С. 16.

<sup>34</sup> См.: *Гаджиев Г. А. Онтология права. С. 187.*

<sup>35</sup> См.: Там же. С. 204.

<sup>36</sup> О многочисленных и при этом вполне самостоятельных проблемах, которые скрываются за дискуссиями о «юридическом силлогизме», а также их некритическом смешении см. также: *Wroblewski J. Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision // Rechtstheorie. Band 5. 1974. No. 1–2. S. 33–46.*

может служить моделью, согласно которой должен действовать судья или любой другой правоприменитель, подводя конкретные дела под действие общей нормы»<sup>37</sup>. Причина проста, и она кроется в том, что «логика не содержит предписаний относительно толкования терминов; она не даёт ни глупого, ни умного определения высказываний. Логика лишь гипотетически говорит, что если вы дадите определённый термину определённое толкование, последует определённый вывод. По поводу того, как следует классифицировать частности, логика молчит, а ведь в этом и заключается сущность судебного решения»<sup>38</sup>. Сложность дела диктуется содержательной неочевидностью посылок силлогизма — правовой нормы, которую суд извлекает из источников права, и юридической квалификации дела, при этом силлогизм обрамляет рассуждения судей даже в самом нетривиальном деле, если, конечно, они стремятся рассуждать логично. И наоборот, было бы ошибкой полагать, что решение «простых дел» достигается исключительно средствами логики. Силлогизм — всего лишь форма, всякий раз требующая наполнения. В одном деле содержание суждений, выдвигаемых в качестве посылок, может не вызывать сомнения, быть совершенно очевидным; в другом — послужить предметом обстоятельной дискуссии между сторонами и судьями. Когда правовая норма очевидно применима к делу, то весь процесс рассуждения как будто бы сводится к дедуктивному выводу, хотя логически такой вывод всё равно предполагает аналогию и взвешивание, на основе которых новое дело в меньшей послылке силлогизма квалифицируется как случай, относимый ко множеству подчинённых этой норме случаев. Если же применимость нормы неочевидна, то аналогические и оценочные суждения зачастую (в зависимости от того, принят ли в конкретной правовой культуре «открытый» или «закрытый» стиль обоснования) приходится высказывать эксплицитно, что создаёт иллюзию якобы принципиально иной методологии. Так или иначе, любой вопрос права требует, чтобы судья определил сферу действия правовой нормы (распространил ту или иную норму на новый случай). Повышенная неочевидность искомых определений — в этом, пожалуй, действительно можно видеть специфику реалий прецедентного права в сравнении с языком тщательно составленных инструкций, который присущ со-

---

<sup>37</sup> Харп Г.Л.А. Позитивизм и разграничение права и морали // Известия вузов. Правоведение. 2005. № 5. С. 117.

<sup>38</sup> Там же. С. 120.

временному законодательству и, в особенности, подзаконным нормативным актам. Но это специфика сугубо количественная, специфика степени. Нет оснований полагать, что следование прецеденту осуществляется качественно иным образом, посредством какой-то особой формы рассуждения, которая совершенно не используется в толковании и применении законов на континенте и потому делает затруднительным восприятие доктрины прецедента континентальными юристами. Если и есть преграды на этом пути, то их природа иная.

Можно обозначить как минимум два ключевых достоинства подхода, почву для развития которого даёт теория Г. Л. А. Харта.

Во-первых, удаётся окончательно прояснить понятие существенного («релевантного») сходства, которое так долго занимало сторонников теории рассуждения по аналогии, что некоторым из них оно стало казаться чем-то мистическим и не поддающимся научному анализу<sup>39</sup>. Теория «открытой текстуры» правовых норм позволят связать это смутное понятие с более знакомым понятием взвешивания интересов. Из числа современных авторов эту связь наиболее явно отстаивает польский специалист Б. Брожек. Он выдвигает так называемый тезис частичной сводимости (англ.: *partial reducibility thesis*) — идею о том, что рассуждение по аналогии частично сводится к взвешиванию. Брожек предлагает выделять два уровня сходства. Казусы являются сходными в первом значении, или «сходными<sub>1</sub>», если в них разрешается схожая проблема. Это сходство *prima facie*, и оно определяется юридическим вопросом, который поставлен в рассматриваемом деле. Определение такого «сходства<sub>1</sub>» обычно не требует особых усилий. Сходство во втором значении, или «сходство<sub>2</sub>», — это «релевантное сходство», и оно определяется путем оценки обстоятельств дела на основе взвешивания интересов, как это проиллюстрировано выше на примере «дела о средствах передвижения в парке»<sup>40</sup>. По сути, тезис частичной сводимости представляет собой не более чем парафраз теории Харта с той разницей, что Брожек исследует только структуру следования прецеденту, в то время как Харт показывает универсальность струк-

---

<sup>39</sup> Подробнее об этом см.: Brewer S. Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy // Harvard Law Review. Vol. 109. 1996. No. 5. P. 933; Weinreb L. L. Op. cit. P. 32–33.

<sup>40</sup> См.: Brożek B. Analogy in Legal Discourse // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Band 94. 2008. No. 2. S. 191 ff. В поддержку тезиса Брожека высказался и Р. Алекси. См.: Alexy R. Two or Three? P. 15.

туры для всех случаев следования правилу, будь то норма прецедента или норма закона.

Во-вторых, теория Харта позволяет по принципу бритвы Оккама избавиться от неоправданного умножения сущностей в виде попыток конструирования параллельной, якобы совершенно особой методологии, по определению присущей именно применению прецедентов. Изобретение понятий *sui generis* трудно считать достоинством той или иной концепции; наоборот, для науки при прочих равных предпочтительна та концепция, объясняющая сила которой распространяется на большее количество явлений, позволяя за внешним многообразием находить их сущностное внутреннее единство. В этом отношении упомянутая теория предпочтительнее, чем попытки описать механизм действия прецедента с помощью каких-то особых понятий. Она также позволяет сохранить целостность традиционной концепции источников права. Если и нормативный правовой акт, и прецедент — это источники права, а источник права — это форма внешнего выражения общих правовых норм, то любое различие в применении источников будет вопросом степени. Ссылаясь то на законы, то на прецеденты, судья осуществляет одну и ту же интеллектуальную процедуру — применение общей правовой нормы к конкретному случаю. С этой точки зрения следование прецеденту содержательно не имеет каких-либо качественных особенностей по сравнению с иными случаями следования правилу (например, выраженному в законе). Отличие может иметь только количественный характер и обычно выражается в более высоком уровне неопределенности правила, установленного прецедентом. Такая повышенная неопределенность вызвана различными обстоятельствами, не исключая также и то, что судебное нормотворчество издавна считалось невозможным или предосудительным.

## § 2. Толкование прецедента<sup>41</sup>

Следование прецеденту предполагает установление его смысла, то есть, толкование с целью выявления прецедентной нормы. Полномасштабное обобщение и классификацию различных подходов, с помощью которых может определяться применимость прецеден-

---

<sup>41</sup> Материалы данного параграфа были ранее опубликованы в статье: Манжосов С. А. Следование прецеденту в условиях балансирования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6. С. 61–85.

та, в конце 1980-х годов предпринял американский исследователь Л. Александер<sup>42</sup>. Его классификация может быть использована в качестве основы для дальнейшего анализа.

Согласно естественной модели (англ.: *natural model*), «прецеденты связывают только в той степени, в какой вес [принципов] равенства и доверия требует, чтобы связанные суды принимали решения отличные от тех, которые были бы приняты ими в отсутствие прецедентов»<sup>43</sup>. В рамках этой модели ссылка на прецедент представляет собой лишь один из множества аргументов, которые учитываются судом в ходе принятия решения. Эта модель именуется «естественной» по той причине, что в ней прецедент рассматривается в качестве факта такого же «естественного», как и другие обстоятельства дела<sup>44</sup>. Принимая во внимание принципы равенства и верховенства права, в свете которых факт наличия решения по сходному делу приобретает юридическое значение, суд в новом деле определяет вес прецедентной аргументации точно так же, как он определяет его в отношении множества других аргументов, в основе которых лежат затронутые обстоятельствами дела иные правовые принципы.

Модель правила (англ.: *rule model*) подразумевает, что сфера действия прецедента определяется правилом, которое было установлено судом в тексте прецедента. Для суда в новом деле выяснение правила может представлять бóльшую или меньшую сложность в зависимости от конкретной вариации этой модели. Прецедентным правилом может считаться либо каноническая формулировка, которая непосредственно выделена в тексте прецедентного решения, либо иная общая посылка, каким-то образом выводимая из него<sup>45</sup>. Теоретически в качестве непосредственно применимых можно рассматривать все противоположения, какие только могут быть обнаружены в тексте судебного решения. Такой принцип толкования прецедента не практикуется, поскольку налагает на судей слишком серьёзные ограничения. Принято считать, что юридическое значение

---

<sup>42</sup> См.: Alexander L. Constrained by Precedent // Southern California Law Review. Vol. 63. 1989. P. 1–64. См. также краткое изложение этой классификации: Alexander L. Precedent // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / ed. by D. Patterson. 2nd ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2010. P. 493–503.

<sup>43</sup> Alexander L. Precedent. P. 495.

<sup>44</sup> См.: Harty J. F. The Result Model of Precedent // Legal Theory. 2004. Vol. 10. P. 19–31, 19.

<sup>45</sup> См.: Alexander L. Precedent. P. 496.

имеют только некоторые правоположения — те, которые составляют основу решения (лат.: *ratio decidendi*). Все иные следует рассматривать в качестве «попутно сказанного» (лат.: *obiter dictum*). Если суд в ходе принятия прецедентного решения не выделяет некую каноническую формулировку, то в дальнейшем для выявления правила могут использоваться самые разные методы, ни один из которых не лишён серьёзных сложностей в применении<sup>46</sup>.

Модель результата (англ.: *result model*) означает, что судью связывает, скорее, «результат, достигнутый в прецедентном деле, нежели какое-либо правило, эксплицитно или имплицитно поддержанное судом, постановившим прецедентное решение»<sup>47</sup>. Эта модель, также известная как «техника реконструкции», была особенно популярна среди лидеров американского правового реализма (Б. Кардозо, Э. Леви, Р. Паунд и др.), а также явно прослеживается в концепции «права как целостности» Р. Дворкина<sup>48</sup>. По выражению одного из реалистов, Ф. С. Коэна, попытки выявить *ratio decidendi* в рассуждениях суда представляют собой столь же бессмысленное предприятие, что и «погоня за дикими гусями» (англ.: *wild goose chase*)<sup>49</sup>. Это обстоятельство привело многих авторов к мысли, что мотивы прецедента связывать не должны. Однако сам по себе результат конкретного дела не является общей нормой, которая могла бы применяться в последующих делах. Резолюция решения, которая представляет собой индивидуальную норму, требуется придать *некоторое обобщение*. Подобная индуктивная реконструкция общей нормы должна отвечать двум условиям. Первое, логическое, условие состоит в том, что воссозданная норма должна включать в сферу своей применимости само прецедентное дело, а также, как минимум, еще одно другое дело (потенциальное или уже рассмотренное). В противном случае она либо не оправдывает результат прецедентного дела, не имея с ним никакой связи, либо она утрачивает свой общий характер. Второе, дискурсивное, условие состоит в том, что эта норма долж-

---

<sup>46</sup> О методах выявления *ratio decidendi* и их критике см.: Кросс Р. Указ. соч. С. 55–110; Duxbury N. Op. cit. P. 67–91.

<sup>47</sup> Alexander L. Precedent. P. 497.

<sup>48</sup> См.: Kress K. Legal Indeterminacy // California Law Review. Vol. 77. 1989. P. 283–338, 299–300; Pound R. What of Stare Decisis? // Fordham Law Review. Vol. 10. 1941. No. 1. P. 1–13, 7–8; Дворкин Р. О правах всерьез. М.: РОССПЭН, 2004. С. 128–131, 158–174.

<sup>49</sup> Cohen F. S. The Problems of a Functional Jurisprudence // Modern Law Review. Vol. 1. 1937. P. 5–26, 20.

на быть убедительной. Фактически норму всегда можно сформулировать настолько узко, что она окажется неприменимой к другому делу. Однако если данное дело не имеет существенных отличий от тех случаев, которые включаются в сферу действия этой нормы, то подобная реконструкция неправомерна<sup>50</sup>.

Ключевое затруднение состоит в неясности оснований представленной классификации. Л. Александер не называет их, но в то же время выражает уверенность, что его классификация отвечает требованию полноты<sup>51</sup>. Можно показать, что это действительно так.

Прежде всего, речь ни в коем случае не идёт о том, что одна из этих моделей, а именно модель правила, предполагает применение нормы, в то время как в остальных двух следование прецеденту должно иметь вид какой-то особой интеллектуальной процедуры (например, «рассуждения по аналогии»). На самом деле, все три модели предполагают применение нормы, выводимой из прецедента в результате толкования. Действительное различие между ними состоит в методологии такого толкования.

Разные модели следования прецеденту и их отдельные вариации имеют в виду разную степень приверженности формализму или реализму в толковании. Модель правила позволяет выявить общую норму в основном с помощью аналитического толкования мотивов прецедента. Наиболее формалистической можно считать ту вариацию этой модели, которая придаёт обязывающую силу всем правоположениям решения. Модель результата, напротив, имеет в высокой степени реалистический характер, поскольку она освобождает суд от необходимости учитывать мотивы прецедента. В рамках этой модели общая норма становится результатом дискреционного толкования прецедента: суд в новом деле руководствуется нормой, которую он считает «наилучшим обоснованием»<sup>52</sup> резолюции прецедентного дела, даже если это обоснование не было заявлено в мотивах. Разграничение модели правила и модели результата, таким образом, имеет в качестве объективной основы различие двух элементов логической структуры судебного решения: первая модель требует учёта как резолюции, так и мотивов решения, вто-

---

<sup>50</sup> Техника, предполагаемая моделью результата, известна практике английского правосудия, где допускается, что судебное решение в его прецедентном значении может «пережить» своё *ratio decidendi*. См.: Кросс Р. Указ. соч. С. 134–135.

<sup>51</sup> См.: Alexander L. Constrained by Precedent. P. 5.

<sup>52</sup> Термин Р. Дворкина. См.: Дворкин Р. Указ. соч. С. 165.

рая — только резолюции. Отсюда следует, что в аналитическом исследовании доктрины прецедента понятие прецедентной нормы не может быть сведено к понятию *ratio decidendi*, если последнее относить только к правилу, выраженному в мотивах прецедента. Такая понятийная редукция возможна исключительно в рамках эмпирической теории, которая утверждает, что суд в своей практике действительно руководствуется именно моделью правила, или в рамках нормативной теории, которая полагает модель правила наиболее предпочтительной. В ходе анализа необходимо допускать возможность обеих моделей.

Будучи полной, приведённая классификация в то же время содержит лишнее видовое понятие, выходящее за пределы рода, поскольку естественная модель не определяет методологию толкования прецедента. Чтобы ссылка на прецедент в этой модели приобрела силу аргумента, необходимо выявить норму, по смыслу которой новое дело относится к той же категории случаев, что и прецедентное дело. Такая норма может быть получена только в результате толкования прецедента на основе модели правила или модели результата. Кроме того, естественная модель не соответствует принципу «одинаковые дела решать одинаково» как основному требованию доктрины прецедента: она позволяет игнорировать даже те прецеденты, которые состоялись по совершенно идентичным делам, если в новом деле вес принципов равенства и верховенства права представляется суду незначительным. В этой части её следует рассматривать в качестве описания методологии пересмотра прецедента.

С учётом сказанного, следование прецеденту в рамках любой из моделей, будь то модель правила или модель результата, может и должно быть осмыслено как частный случай применения нормы. Любой конкретный метод, с помощью которого предлагается определять необходимость следования прецеденту, может быть отнесён к одной из этих моделей. Поскольку при отсутствии оснований для пересмотра прецедента идентичные дела, между которыми провести убедительные различия невозможно, не могут разрешаться по-разному без нарушения принципа *stare decisis*, минимальное требование доктрины прецедента состоит в соблюдении модели результата.

Если новое дело представляет собой ясный случай применимости каким-то образом выявленной прецедентной нормы, то никакой сложности её применение не представляет. Однако в пограничном случае требуется с большей степенью рефлексии провести процеду-

ру взвешивания. Все сомнения, вся неясность и пространство для судейского усмотрения в механизме действия прецедента сосредоточены в процедуре взвешивания, где подлежат оценке относительная значимость сходств и различий дел. Тщательное исследование соотношения этих двух доктрин — прецедента и пропорциональности — составляет важнейшую задачу.

### § 3. Доктрина прецедента и принцип пропорциональности<sup>53</sup>

В то время как тест на пропорциональность приобрёл популярность в самых разных правовых культурах, заслужив звание одной из самых успешных правовых трансплантаций во второй половине XX века<sup>54</sup>, обязывающую силу судебного прецедента по-прежнему принято считать слишком специфическим феноменом, которые едва ли может рассчитывать на всеобщее признание. «Не настолько сложный в изучении, чтобы отчаяться его понять»<sup>55</sup>, этот источник права даже для англо-американской юриспруденции долгое время представлял серьёзную сложность. Ещё в конце 1980-х годов учёные из этих стран констатировали, что теоретическое понимание методологии следования прецеденту «находится на очень примитивном уровне», так что если бы кто-то поинтересовался у студентов, адвокатов, судей и учёных, что означает следование прецеденту, он «почти наверняка получил бы множество противоречивых ответов»<sup>56</sup>. Однако серьёзных методологических проблем не лишена и доктрина пропорциональности. Если для теории прецедентного права фундаментальной можно считать проблему выявления прецедентной нормы, то наиболее острые дискуссии в теории пропорциональности вызывает проблема балансирования базовых

---

<sup>53</sup> Материалы данного параграфа, как и предыдущего, были ранее опубликованы в уже упомянутой статье: Манжосов С. А. Следование прецеденту в условиях балансирования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6. С. 61–85.

<sup>54</sup> См.: *Kuntt M.* Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 2. 2004. No. 3. P. 574–596, 595.

<sup>55</sup> *Арановский К. В., Князев С. Д.* Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // *Известия вузов. Правоведение*. 2012. № 4 (303). С. 51–66, 53.

<sup>56</sup> *Alexander L.* Constrained by Precedent. P. 3.

ценностей правопорядка, выраженных в правовых принципах. Количество научных исследований, посвящённых этим проблемам, переживает бурный рост уже несколько десятилетий, но и сейчас теоретические представления о них развиваются в основном независимо друг от друга. Между тем, отдельные замечания крупных авторов давно наводили на мысль, что плодотворным было бы рассмотреть обе проблемы совместно. Так, британский теоретик прецедентного права, Г. Ламонд, полагает, что наилучшим образом судебный прецедент может быть истолкован как «решение по поводу *баланса аргументов*»<sup>57</sup>. Немецкий правовед Р. Алекси, в свою очередь, отмечал, что невозможность установления «жёсткого» порядка конфликтующих ценностей, который одинаково убедительно для всех предопределял бы результаты судебных споров, не означает, что невозможно более «мягкое» ранжирование: последнее достижимо, в частности, с помощью практики высшего суда, который в своих решениях устанавливает систему приоритетов между ценностями применительно к конкретным ситуациям<sup>58</sup>.

Исходя из этого, мы попытаемся более пристально рассмотреть проблему следования прецеденту в связи с проблемой балансирования.

### 3.1. Формула веса

Теория пропорциональности в первом десятилетии XXI века приобрела новые очертания в сочинениях Р. Алекси, чьи разработки в этой области привлекают сегодня повышенное внимание. Одна из его основных идей состоит в том, что балансирование принципов можно представить в виде аргументации, имеющей рациональную структуру<sup>59</sup>. В «Постскриптуме» к английскому изданию своей второй монографии «Теория конституционных прав» в 2002 году он впервые из

---

<sup>57</sup> *Lamond G. Precedent and Analogy in Legal Reasoning.* URL: <https://stanford.library.sydney.edu.au/entries/legal-reas-prec> (дата обращения: 06.11.2019). См. также: *Lamond G. Do Precedents Create Rules? // Legal Theory. Vol. 11. 2005. No. 1. P. 1–26, 3.*

<sup>58</sup> См.: *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights.* New York: Oxford University Press, 2010. P. 99–100.

<sup>59</sup> Лоренцо Цукка именуется немецкого учёного «проповедником структурированного балансирования». См.: *Zucca L. Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas // Conflict between Fundamental Rights / ed. by E. Brems. Antwerp: Intersentia, 2008. P. 19–37, 28.*

ложил математическую модель, которая, по его мнению, адекватно отражает эту структуру<sup>60</sup>. Целая серия последующих работ Р.Алекси была посвящена уточнению данной модели<sup>61</sup>. Попробуем суммировать её наиболее важные черты.

Основу модели составляют два базовых положения, которые Р.Алекси именует законами балансирования. Первый (материальный) закон требует соотнесения ущерба и важности вмешательства: «Чем больше степень несоответствия одному принципу или ущерба для него, тем больше должна быть важность соответствия другому принципу»<sup>62</sup>. Второй (эпистемический) закон требует учитывать степень надёжности обоснования, лежащего в основе вмешательства: «Чем более серьёзным является вмешательство в отношении субъективного конституционного права, тем большей должна быть определённость базовых предпосылок такого вмешательства»<sup>63</sup>. Оба закона предполагают возможность установления степени, в которой проявляется то или иное абстрактное качество. Исходя из этого, Р.Алекси вводит так называемую формулу веса, которая требует применения этих законов с помощью простых арифметических операций. «Усовершенствованная и завершённая» формула веса имеет следующий вид<sup>64</sup>:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i^e \times R_i^n}{I_j \times W_j \times R_j^e \times R_j^n}$$

Предположим, что законодательная мера  $M$  предусматривает ограничение одного из прав человека (конституционный принцип  $P_i$ ) ради достижения легитимной цели (конституционный принцип  $P_j$ )<sup>65</sup>. Оценить, соблюдает ли эта мера должный баланс принципов, мы можем с помощью четырёх показателей — факторов веса, выступающих переменными этой формулы в её числителе и знаменателе.

<sup>60</sup> См.: *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 388–425.

<sup>61</sup> Несколько работ изданы и в русском переводе, в том числе наиболее важная из них. См.: *Алекси Р. Формула веса // Российский ежегодник теории права*. 2010. № 3. СПб.: Юридическая книга, 2011. С. 208–228.

<sup>62</sup> *Алекси Р. Формула веса*. С. 209.

<sup>63</sup> Там же. С. 226.

<sup>64</sup> См.: *Alexy R. Formal Principles: Some Replies to Critics // International Journal of Constitutional Law*. Vol. 12. 2014. No. 3. P. 511–524, 514–515.

<sup>65</sup> Если мера вторгается в сферу действия нескольких принципов, то они подлежат сложению. Например, если речь идёт об ограничении нескольких прав человека, то числитель будет выглядеть следующим образом:  $I_i \times W_i \times R_i^e \times R_i^n + \dots + I_m \times W_m \times R_m^e \times R_m^n$ .

Первый фактор, интенсивность вмешательства  $I$  (англ.: *intensity of interference*), характеризует величину воздействия законодательной меры в отношении принципов: применительно к субъективному праву речь идёт об оценке негативного воздействия меры  $M$ , а применительно к легитимной цели — негативного воздействия отказа от достижения цели с помощью этой меры ( $-M$ ). Коротко говоря, в рамках этого фактора подлежит установлению ущерб, который эта мера причиняет, и ущерб, который она предотвращает. Последний выражает выгоду этой меры.

Второй фактор, абстрактный вес  $W$  (англ.: *weight*), характеризует то значение, которое принцип имеет сам по себе, независимо от обстоятельств конкретного дела. Понятие абстрактного веса предполагает существование иерархии конституционных принципов. Поскольку большинство принципов считаются равновеликими, этот фактор уже чисто арифметически не будет влиять на результаты балансирования. Однако в иных случаях он может оказаться решающим (например, если придерживаться взгляда, что право на жизнь абстрактно важнее, чем свобода слова или неприкосновенность частной жизни).

Первые два фактора выражают действие материального закона балансирования. Третий и четвёртый факторы выражают действие эпистемического закона. Фактор эмпирической эпистемической надёжности  $R^e$  (англ.: *empirical epistematic reliability*) характеризует надёжность эмпирических предпосылок, принятых в ходе оценки первого фактора (например, обоснованность гипотезы о наступлении тех или иных негативных последствий законодательной меры). Фактор нормативной эпистемической надёжности  $R^n$  (англ.: *normative epistematic reliability*) характеризует надёжность оценок интенсивности и абстрактного веса<sup>66</sup>.

Чтобы этой формулой можно было воспользоваться, необходимо замещение её переменных числами. Для этой цели Р.Алексиде вводит шкалу, на основе которой подлежит оценке влияние каждого из факторов. Шкала содержит три деления и потому именуется триадической. В отношении материальных факторов она имеет деления веса «лёгкий», «умеренный» и «серьёзный», которым соответствует положительная геометрическая прогрессия на основе двойки:  $2^0$ ,  $2^1$ , и  $2^2$ , то есть, 1, 2 и 4. По поводу эпистемических факторов в рамках

---

<sup>66</sup> По поводу различия этих видов эпистемической надёжности см.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 414–416, 422–425.

триадической шкалы возможны утверждения, что имеют место либо «надёжные или определённые» базовые предпосылки, либо «правдоподобные или доказуемые», либо эти предпосылки всего лишь «не являются очевидно ложными». Этим делениям соответствует отрицательная прогрессия:  $2^0$ ,  $2^{-1}$ ,  $2^{-2}$ , то есть, 1, 1/2 и 1/4. Можно сначала дать оценку с помощью словесных обозначений, а затем преобразовать их в числовые. Вычислив произведение факторов веса для каждого из принципов, мы получим в результате выполнения дроби частное ( $W_{i,j}$ ), которое характеризует относительный вес принципа  $P_i$  по отношению к принципу  $P_j$ . Если этот вес больше единицы (числитель больше знаменателя), то считается, что в данной ситуации первый принцип имеет приоритет. Если относительный вес оказался меньше единицы (знаменатель больше числителя), то приоритет имеет второй принцип.

Данная модель не всегда позволяет прийти к однозначному ответу. Внутри неё заложена возможность патовых ситуаций двоякого рода. Во-первых, относительный вес может оказаться равным единице. Это значит, что приоритет на основе одной только формулы веса в этом случае не получает ни один из принципов. Во-вторых, в процессе взвешивания судья может обнаружить, что возможны несколько оценок интенсивности, имеющих некоторую степень надёжности. Подстановка разных оценок может приводить к диаметрально противоположным результатам. В обоих случаях возникает неопределённость. Р. Алекси полагает возможным устранить её в рамках теории законодательной дискреции, которая составляет в этом смысле неотъемлемую часть теории пропорциональности. Обобщая положения этой специальной теории, можно сказать, что в ситуации неопределённости баланса законодательная мера считается соответствующей конституции. Таким образом, вводится методологическая презумпция конституционности закона, которая обеспечивает судебскую сдержанность, защищая тем самым дискрецию законодателя. Она действует в двух указанных выше случаях. Первый из них, когда относительный вес принципов равен единице, именуется случаем материальной, или структурной, дискреции. Второй случай именуется случаем эпистемической дискреции. Он возникает, когда разные оценки интенсивности имеют одинаковую степень надёжности<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Однако неопределённость имеет место и в том случае, когда надёжность оценок различна. Предположим, при прочих равных, что гипотеза о «се-

Исследуя методологию балансирования, представленную формулой веса, следует иметь в виду, что, во-первых, на её основе может быть выработана более точная модель, а во-вторых, что сама эта методология выражает лишь одну из возможных моделей балансирования.

### 3.1.1. Первичное или вторичное балансирование?

Первый вопрос возникает по поводу того, действительно ли все принципы могут быть подвергнуты балансированию в рамках формулы веса. Для теории пропорциональности представляют сложность так называемые формальные принципы, которые противопоставляются материальным<sup>68</sup>. Основанием этой классификации выступает природа «объекта оптимизации»<sup>69</sup>, то есть, той ценности, которую принцип юридически выражает. Материальные принципы обеспечивают реализацию содержательных ценностей, таких как жизнь, свобода слова или безопасная окружающая среда. Формальные принципы, напротив, имеют своим объектом юридические решения как таковые, независимо от их содержания. Они защищают авторитет надлежащим образом изданных и социально действенных норм<sup>70</sup>. Не имея сущностного содержания, формальные принципы указывают, кем и как именно должно устанавливаться это содержание<sup>71</sup>. Иными словами, эти принципы носят процедурный характер, обеспечивая реализацию процедурных ценностей. К их числу относится, например, принцип представительной демократии, который требует, чтобы сфера парламентской компетенции была настолько широкой, насколько это возможно, дабы демократически легитимированный законодатель мог принимать важные для общества решения<sup>72</sup>.

---

рьёзной» интенсивности в своих эмпирических предпосылках «не является очевидно ложной» (4×1/4), а гипотеза об «умеренной» интенсивности рассматривается как «надёжная» (2×1). Какую оценку интенсивности следует принять? Р.Алекси не рассматривает подобный случай эксплицитно. По поводу возможных вариантов решения этой проблемы см.: Klatt M., Schmidt I. Epistemic Discretion in Constitutional Law // International Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2012. No. 1. P.69–105, 75–94.

<sup>68</sup> См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 58, 82, 192, 313, 416.

<sup>69</sup> Alexy R. Formal Principles. P. 515.

<sup>70</sup> См.: Alexy R. Formal Principles. P. 515–516.

<sup>71</sup> См.: Klatt M., Meister M. The Constitutional Structure of Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 135–136.

<sup>72</sup> См.: Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 417; Idem. Formal Principles. P. 516.

Теоретически возможны две модели разрешения конкуренции материальных и формальных принципов.

Модель первичного балансирования (англ.: *first-order balancing*) подразумевает балансирование материальных и формальных принципов непосредственно в рамках формулы веса при разрешении конкретной ситуации<sup>73</sup>. Применение первичного балансирования к формальным принципам Р.Алекси кратко рассматривает на примере принципа правовой определённости, приводя классические проблемы «законной несправедливости» и принятия судебных решений *contra legem* в качестве иллюстраций возможной конкуренции материальных и формальных принципов<sup>74</sup>.

Модель вторичного балансирования (англ.: *second-order balancing*) подразумевает поиск баланса материальных и формальных принципов «не внутри формулы веса, а на метауровне, где рассматривается вопрос о том, какие переменные и на основе какого рода шкалы должны быть помещены в формулу веса»<sup>75</sup>. Эта модель также именуется метабалансированием (англ.: *meta-balancing*)<sup>76</sup>, которое в более широком смысле означает балансирование принципов при разработке надлежащей методологии применения права<sup>77</sup>. Именно результатом подобных разработок стала теория законодательной дискреции, которая за счёт введения упомянутой выше презумпции конституционности оптимизирует действие принципа представительной демократии<sup>78</sup>.

### 3.1.2. Абстрактный или конкретный приоритет?

Отношение приоритета, которое суд устанавливает между принципами, не может иметь абсолютный и безусловный характер. Балансирование принципов всегда проводится судом в связи с некоторой ситуацией, поступившей на его рассмотрение, и именно для этой ситуации суд устанавливает приоритет одного принципа над другим. Результатом балансирования выступает предназначенное для этой ситуации правило, в котором воплощается действие более весомого

---

<sup>73</sup> См.: Alexy R. Formal Principles. P. 516–519.

<sup>74</sup> См.: Ibid. P. 516–517.

<sup>75</sup> Ibid. P. 521.

<sup>76</sup> См.: Ibid. P. 522.

<sup>77</sup> См.: Alexy R. The Reasonableness of Law // Reasonableness and Law / ed. by G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini. Dordrecht; New York: Springer Netherlands, 2009. P. 5–15, 14.

<sup>78</sup> См.: Alexy R. Formal Principles. P. 520–523.

принципа. Р.Алекси выражает эту мысль посредством закона конкурирующих принципов, который гласит: «Обстоятельства, при которых один принцип получает преимущество над другим, образуют условия правила, которое имеет те же юридические последствия, что и принцип, получивший преимущество»<sup>79</sup>. Если в обстоятельствах  $C$  принцип  $P_i$  в результате балансирования уступает принципу  $P_j$ , который порождает в этих обстоятельствах юридические последствия  $Q$ , то действительным считается правило:  $C \rightarrow Q$ . Вопрос состоит в том, должен ли суд установить такое правило для конкретной или абстрактной ситуации и, соответственно, должно ли оно иметь характер индивидуальной или общей нормы<sup>80</sup>. В первом случае мы можем говорить о конкретном балансировании, или балансировании *ad hoc*, а во втором случае — об абстрактном балансировании, которое в литературе также именуется «дефинитивным»<sup>81</sup> и «принципиальным»<sup>82</sup>.

Следует подчеркнуть, что абстрактное балансирование не означает признание обязывающей силы общих норм, которые формулируются судом в мотивах решения. Равным образом конкретное балансирование не означает отрицание доктрины прецедента. Речь, скорее, должна идти о способе нахождения баланса. Любая ситуация может рассматриваться либо изолированно, сугубо в своём индивидуальном качестве, либо как воплощение определённого типа ситуаций. Баланс принципов, установленный для конкретного дела, может оказаться неадекватным, если попытаться спроецировать его на целую категорию дел.

Существуют различные взгляды по поводу того, насколько широкую перспективу должен иметь в виду суд, принимая решение по делу. Принципиальный противник доктрины прецедента и мето-

---

<sup>79</sup> Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 54.

<sup>80</sup> При осуществлении нормоконтроля результатом рассмотрения дела всегда будет общая норма, запрещающая или предписывающая применение проверяемой нормы другими органами и должностными лицами. Однако эта общая норма формулируется в отношении конкретной проверяемой нормы, которая содержится в том или ином нормативном правовом акте. Хотя она адресована неопределённому кругу лиц, эта установленная судом общая норма индивидуализирована проверяемой нормой, и в этом смысле можно рассматривать её как индивидуальную норму.

<sup>81</sup> См.: Aleinikoff T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing // Yale Law Journal. Vol. 96. 1987. No. 5. P. 943–1005, 948.

<sup>82</sup> См.: Barak A. Proportionality and Principled Balancing // Law & Ethics of Human Rights. Vol. 4. 2010. No. 1. P. 1–18, 12–14.

дологии балансирования, А. Скалиа, полагал, что если суд и вправе создавать прецеденты, то он должен устанавливать их настолько общим образом, насколько это возможно. Суд должен оценить не просто конкретные действия, а то, какую тенденцию имеет определённый тип действий<sup>83</sup>. Противоположную позицию, более известную как «судебный минимализм», занимает К. Р. Санстейн, настаивая, что суд, по возможности, должен воздерживаться от обобщений и формулировать как можно более узкий подход<sup>84</sup>. Р. Алекси выдвигает требование «адекватной абстрактности и конкретности» правил, создаваемых в результате балансирования, но не объясняет, каким образом должен определяться этот адекватный уровень<sup>85</sup>.

### 3.1.3. Количественная или порядковая шкала?

В основе доктрины пропорциональности лежит идея максимизации разницы между выгодами и издержками. Она определяет содержание всех этапов теста на пропорциональность: причиняемые государством издержки ничем не оправданы, если очевидно, что фактически выгоды будут нулевыми (критерий обоснованности или пригодности), а также в тех случаях, когда сократить издержки позволяет использование альтернативных средств (критерий необходимости) или когда издержки больше выгод (критерий соразмерности, или балансирование).

Считается, что юридическое осмысление доктрина пропорциональности впервые получила в административном праве Германии во второй половине XIX века<sup>86</sup>. Однако её основная идея в философии разрабатывалась начиная с Античности<sup>87</sup>. Платон в своём диалоге «Протагор», который принято относить к раннему (сократиче-

---

<sup>83</sup> См.: *Scalia A. The Rule of Law as a Law of Rules // University of Chicago Law Review. Vol. 56. 1989. No. 4. P. 1175–1188, 1183.*

<sup>84</sup> См.: *Sunstein C. R. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999. P. 4–11; Блохин П. Д. Аналогия в праве и судебный прецедент: сравнительно-правовые параллели. Часть 1 // Журнал конституционного правосудия. 2017. № 3 (57). С. 29–38, 35–38.*

<sup>85</sup> См.: *Alexy R. Proportionality and Rationality // Proportionality: New Frontiers, New Challenges / ed. by V. C. Jackson and M. Tushnet. New York: Cambridge University Press, 2017. P. 13–29, 28–29.*

<sup>86</sup> См.: *Козн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 3 (82). С. 59–81, 64.*

<sup>87</sup> См.: *Barak A. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. New York: Cambridge University Press, 2012. P. 175–176.*

скому) периоду его творчества, устами Сократа высказывает мысль, что благополучие человека «зависит от правильного выбора между удовольствием и страданием, между обильным и незначительным, бóльшим и меньшим, далёким и близким»<sup>88</sup>. Оппоненту он заявляет: «Ты как человек, умеющий хорошо взвешивать, сложи всё приятное и сложи всё тягостное, как ближайшее, так и отдалённое, и, положив на весы, скажи, чего больше?»<sup>89</sup>. Метафора взвешивания, переводя рассуждение в количественные категории, приводит Платона к выводу, что для постижения моральных истин необходимо знание «искусства измерять»<sup>90</sup>.

В Новое время эта идея становится базовой догмой утилитаристской этики. Лидер этой философской школы, И. Бентам, отмечал, что любой закон есть зло, предпринимаемое для устранения другого зла, а потому законодатель, исходя из принципа пользы, всегда должен прежде убедиться, что предупреждаемое им «зло более значительно, чем то, которым он хочет воспользоваться для его предупреждения»<sup>91</sup>. Дальнейшее развитие утилитаризма, в частности, в сочинениях Д. С. Милля, привело к тому, что доктрина пропорциональности была вполне отчетливо сформулирована сторонниками принципа пользы как основной метод морального рассуждения, хотя строгая терминология выработана ещё не была<sup>92</sup>. Утилитари-

---

<sup>88</sup> Платон. Протагор. 357b.

<sup>89</sup> Там же. 356b.

<sup>90</sup> Там же. 356e, 357b, 357de. «Измерение», или измерительное знание, как характерное понятие философии Платона исследователи объясняют его близостью к пифагорейской школе. См.: Платон. Сочинения в четырёх томах: Том 1. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета; Издательство Олега Абышко, 2006. С. 561 (автор примечаний — А. А. Тахо-Годи).

<sup>91</sup> Бентам И. Принципы законодательства // Бентам И. Принципы законодательства; О влиянии условий времени и места на законодательство; Руководство по политической экономии. М.: Книжный дом «Либроком», 2015. С. 37.

<sup>92</sup> Исследуя классический вопрос о допустимости лжи во спасение, Д. С. Милль замечает, что исключение из общего правила о запрете лжи возможно, однако такое исключение «не может выходить за пределы потребности» и должно «иметь наименьший возможный эффект относительно ослабления веры людей в правдивость» (здесь можно различить критерии обоснованности и необходимости). Границы такого исключения должны быть определены, «и если уж принцип полезности для чего-нибудь пригоден, то он должен быть пригоден для взвешивания (англ.: *weighing*) этих конфликтующих полезностей друг против друга и определения области, в которой одна или другая преобладает» (критерий соразмерности). См.: Mill J. S. Utilitarianism // Mill J. S. Collected Works, Vol. 10: Essays on Ethics, Religion and Society / ed. by J. M. Robison. Toronto: University of Toronto Press, 1969. P. 223.

сты полагали, что добро и зло, счастье и страдания, словно экономические выгоды и издержки, могут быть подвергнуты сравнению на основе арифметического исчисления. В связи с этим И. Бентам именуется свой метод «моральной арифметикой»<sup>93</sup>, а Д. С. Милль вводит понятие «порций счастья» как условной единицы измерения, будучи совершенно уверен, что «истины арифметики применимы к расчетам счастья не менее, чем в отношении других измеряемых величин»<sup>94</sup>.

В некотором смысле популярность доктрины пропорциональности можно рассматривать как проявление общего господства экономического мышления в современную эпоху. В качестве существенной черты экономико-технического рационализма немецкий юрист и философ К. Шмитт называет тот факт, что этот тип мышления проникнут «техническими и промышленными представлениями и проецирует их на космическое и метафизическое»<sup>95</sup>. Из всех конституционных прав «неприкосновенное и священное» право собственности легче других поддается осмыслению в количественных категориях, поскольку оно имеет тесную связь с сугубо экономическим — монетарным — измерением реальности<sup>96</sup>. В доктрине пропорциональности это свойство, по сути, распространяется на основные права человека в целом, для которых право собственности представляет своего рода «парадигму»<sup>97</sup>. Однако очевидная невозможность свести анализ к установлению денежной стоимости приобретений и потерь вновь и вновь порождает вопрос: что же, собственно говоря, подлежит измерению в рамках балансирования и возможно ли такое измерение вообще?

Указанная проблема более известна в теории пропорциональности как проблема несоизмеримости (*incommensurability*) ценностей<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> См.: Бентам И. Указ. соч. С. 2.

<sup>94</sup> Mill J. S. Op. cit. P. 258.

<sup>95</sup> Шмитт К. Римский католицизм и политическая форма // Шмитт К. Понятие политического. СПб.: Наука, 2016. С. 69.

<sup>96</sup> См.: Klatt M., Meister M. Op. cit. P. 59. Р. Алекси высказывает аналогичное замечание в отношении права на осуществление экономической деятельности. См.: Алекси Р. Формула веса. С. 211.

<sup>97</sup> Любопытно припомнить в связи с этим, что «отец либерализма», Д. Локк, был склонен включать в понятие собственности (англ.: *property*) не только хозяйственные владения (англ.: *estates*), но также все иные свободы гражданина и даже его жизнь. См.: Локк Д. Два трактата о правлении, II, 123.

<sup>98</sup> См.: Белов С. А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1 (10). С. 63–75, 70–72.

Противники балансирования полагают, что конституционные ценности не имеют общего им свойства, на основе которого было бы возможно их сопоставление, а если такое свойство всё-таки имеется, то не существует инструментов его измерения. Иными словами, ценности несоизмеримы, поскольку не существует общей меры, одинаково применимой в отношении каждой из них<sup>99</sup>. Парадоксален ответ сторонников доктрины пропорциональности: по их мнению, соизмеримость ценностей является не предпосылкой, а результатом принятия этой доктрины. Ценности соизмеримы, поскольку существует общая мера, одинаково применимая в отношении каждой из них. Подобной мерой может выступать, например, предложенная Р.Алекси триадическая шкала, на основе которой возможна оценка и сопоставление конституционных принципов с точки зрения степени реализации каждого из них в ситуации, поступившей на рассмотрение суда<sup>100</sup>.

Парадокс такого теоретического решения вызван изначальным разногласием в понимании соизмеримости.

В истории экономической мысли проблема соизмерения ценностей поднималась неоднократно применительно к ценностям экономических благ. Объясняя эквивалентность обмена, классическая политическая экономия «действительным мерилом» товарных ценностей объявила труд. Развитая на основе этой посылки трудовая теория стоимости предполагала, что эквивалентный независимо от условий времени и места обмен возможен в силу того, чтобы оба товара воплощают равное количество труда, затраченного на их производство<sup>101</sup>. Функцию «общей меры» выполняла некоторая объективная и количественно измеряемая субстанция, овеществлённая в товарах («сгустках труда»). Иное направление развития экономической науки было задано в ходе «маржиналистской революции» 1870-х годов, выдвинувшей в качестве инструмента анализа теорию

---

<sup>99</sup> Критика подобного рода высказывается и некоторыми российскими авторами. См.: Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н. Методология судебного толкования: инструменты взвешивания в ситуации конкуренции прав человека // Вестник Санкт-Петербургского университета: Серия 14, Право. 2015. № 3. С. 4–34, 8, 24–25.

<sup>100</sup> См.: *Afonso da Silva V. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision* // *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 31. 2011. No. 2. P. 273–301, 287; *Klatt M., Meister M.* Op. cit. P. 64.

<sup>101</sup> См.: История экономических учений: учеб. пособие / под ред. В. С. Автономова, О. И. Ананьина, Н. А. Макашевой. М.: ИНФРА-М, 2010. С. 60–70. Наиболее рельефный вид эта теория приобретает в марксизме.

предельной полезности. Для новой теории эквивалентность обмена более не представляла проблему: он эквивалентен, поскольку является результатом добровольного соглашения, достигнутого на основе предпочтений участников. Интерес представляют, следовательно, именно эти предпочтения: обмен происходит в том случае, когда каждый участник считает принадлежащее контрагенту количество одного блага более полезным, чем то количество другого блага, которым владеет он сам<sup>102</sup>. Вместо объективной категории затраченного труда «общей мерой» товарных ценностей становится субъективная категория предельной полезности, имеющая утилитаристское происхождение.

Вспомним, что балансирование конституционных принципов подразумевает необходимость высказать предпочтение, а значит, установить между ними приоритет<sup>103</sup>. Задача суда состоит в том, чтобы установить ситуативную иерархию принципов в соответствии с их относительной важностью для конституции, подобно тому как участник экономического обмена в конкретных обстоятельствах вынужден в силу ограниченности своих активов ранжировать различные блага с точки зрения их предельной полезности, чтобы затем приобрести только наиболее полезные. В экономической науке были выработаны два подхода к методологии сопоставления полезностей<sup>104</sup>. Первый из них, кардинализм, предполагает возможность количественного измерения полезностей, а также вычисления их суммы или разности. Измерение может проводиться или опосредованно, в деньгах, или непосредственно, в некоторых условных единицах — ютилях (от англ. *utility* — полезность), аналогичных «порциям счастья» Д. С. Милля. Второй подход, ординализм, отрицает возможность таких измерений и вычислений, допуская только порядковое ранжирование полезностей. Кардиналистам так и не удалось предложить убедительный алгоритм измерения, поэтому исторически (например, в теории потребительского выбора) возобладала ординалистская концепция. В своём изложении

---

<sup>102</sup> См.: Менгер К. Основания политической экономии // Менгер К. Избранные работы. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005. С. 185–190.

<sup>103</sup> См.: *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 100.

<sup>104</sup> Подробнее см.: История экономических учений. С. 180–181; *Ротбард М.* О реконструкции экономической теории полезности и благосостояния // Экономическая политика. 2009. № 1. С. 190–207; *Ротбард М.* О реконструкции экономической теории полезности и благосостояния (окончание) // Экономическая политика. 2009. № 2. С. 128–147.

методологии балансирования Р. Алекси первоначально использовал аналитический инструментарий ординалистов — кривые безразличия<sup>105</sup>. Лишь впоследствии он предложил математическую модель в виде формулы веса, переменные которой определяются на основе триадической шкалы. Эта шкала, в отличие от кривых безразличия, вводит единицы измерения веса (хотя Р. Алекси не даёт им наименования), что придаёт ей вид количественной, а не порядковой шкалы.

В связи с этим некоторые оппоненты доктрины пропорциональности предполагают, что балансирование ценностей опирается на гипотезу о наличии у этих ценностей измеримого общего свойства. В немалой степени этому служит виной сама метафора взвешивания, которая, будучи понятой буквально, способна внушить идею, «что интересы можно взвесить как масло, что есть объективная мера, которой можно определить абсолютно бóльшую ценность одного интереса по сравнению с другим»<sup>106</sup>. Однако доктрина пропорциональности не выдвигает такого притязания. Во-первых, речь не идёт об измерении какого-либо свойства, существующего в объективной реальности (как если бы имелась в виду масса материальных объектов или, например, количество труда, затраченного для производства товара). «Вес» принципов, так же как предельная полезность в маржиналистской экономической теории — это субъективная категория. Многие авторы, разъясняя методологию анализа пропорциональности, прибегают к понятиям этой теории, как это делает Р. Алекси, когда при конструировании триадической шкалы принимает во внимание закон убывающей предельной полезности<sup>107</sup>, или А. Барак, когда указывает, что в ходе балансирования проводится сравнение между предельной выгодой для одного принципа и предельным ущербом для другого<sup>108</sup>. Во-вторых, речь не идёт и об

---

<sup>105</sup> См.: *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 103–104. Изобретённые английским экономистом Ф. Эджуортом, кривые безразличия как форма анализа были модифицированы и популяризованы В. Парето, который с их помощью первым систематически развил ординалистский подход. См.: *История экономических учений*. С. 211.

<sup>106</sup> *Kelsen H. Legal Formalism and the Pure Theory of Law // Weimar: A Jurisprudence of Crisis / trans. by B. Cooper et al.; ed. by A. J. Jacobson and B. Schlink*. Berkeley and Los Angeles, California: University of California Press, 2000. P. 76–83, 81. Цит. по: *Тимошина Е. В., Краевский А. А., Салмин Д. Н.* Указ. соч. С. 22.

<sup>107</sup> См.: *Алекси Р.* Формула веса С. 213, 221–222.

<sup>108</sup> См.: *Barak A. Proportionality and Principled Balancing*. P. 8. В. Афонсо да Силва, доказывая соизмеримость ценностей, иллюстрирует свои рассуждения примером, где студенту предлагается на выбор посвятить определённое коли-

измерении какого-либо свойства, существующего в чьей-то психической реальности (как это допускали кардиналисты). Возможность измерения, напротив, открыто отрицается. Р. Алекси констатирует, что в ходе разрешения коллизии принципов невозможно воспользоваться какой-то общей единицей измерения, подобной деньгам, благодаря которой была бы возможна соизмеримость. В то же время несоизмеримость в смысле отсутствия такой единицы не исключает возможность сравнения (сопоставимость) принципов<sup>109</sup>. Иными словами, конституционные принципы действительно несоизмеримы, если при использовании этого понятия иметь в виду только то, что в отношении их веса невозможно измерение в строгом смысле. Это, однако, вовсе не означает невозможность «приписывать значения (англ.: *ascribe values*) факторам, которые представлены переменными формулы веса»<sup>110</sup>, а затем сопоставлять эти значения. В доктрине пропорциональности речь идёт именно о «приписывании», или «присвоении», весовых значений (англ.: *assignment of weights*), то есть, о высказывании оценок, а не об измерении. Нет ничего невозможного в том, чтобы в ходе оценки качественных показателей пользоваться числами в качестве условных обозначений и делать вывод на основе арифметических операций с ними<sup>111</sup>.

Теория пропорциональности, стоит признать, не всегда отличается достаточной ясностью и последовательностью в этом вопросе. Обсуждая применимость кардинальной шкалы от 0 до 1 для ситуативного ранжирования принципов, Р. Алекси в более ранний период своего творчества, со ссылкой на выводы Б. Шлинка, прямо указывал: «Всё это в действительности не является решением. Как только числовые значения установлены, результат определить достаточно легко. Проблема состоит в установлении числовых значений... Невозможно дать твёрдый ответ на основе надёжного количественного определения; скорее, результат — как бы его ни определять — может быть только *проиллюстрирован* с помощью чисел. Таким образом,

---

чество времени либо учёбе, либо спорту. См.: *Afonso da Silva V. Op. cit. P.287*. Сама конфигурация такого примера только ещё больше убеждает, что в доктрине пропорциональности судейский выбор уподобляется выбору экономического агента, который максимизирует полезность.

<sup>109</sup> См.: *Alexy R. The Reasonableness of Law. P. 11*.

<sup>110</sup> *Ibid. P. 9*.

<sup>111</sup> Подобную методологию используют, например, преподаватели вузов, проводя проверку и оценку экзаменационных работ студентов на основе той или иной количественной (скажем, стобальной) шкалы.

идея иерархии ценностей, ранжированной с помощью кардинальной шкалы, терпит крах в свете проблем исчисления весов и интенсивности реализации ценностей или принципов»<sup>112</sup>. Позднее, впервые вводя триадическую шкалу, он отметил, что она «далека от исчисления интенсивностей вмешательства и степеней важности на кардинальной шкале, такой как шкала от 0 до 1, и она должна быть далека, поскольку интенсивности вмешательства и степени важности не способны к исчислению на такой шкале»<sup>113</sup>. М. Клатт и М. Майстер полагают, что балансирование на основе триадической шкалы подразумевает ординальное, а не кардинальное ранжирование<sup>114</sup>. В. Афонсо да Силва, на исследование которого они опираются, видит предпосылку для сопоставимости принципов именно в отказе от кардинального ранжирования: по его мнению, «было бы полной бессмыслицей утверждать, что музыка Баха на 13,72 *x*-единиц лучше, чем музыка Мадонны (или наоборот)», поскольку «не существует единицы для измерения качества музыки в таких терминах»<sup>115</sup>. Однако возможность именно такого типа высказываний (отнюдь не бессмысленных и, как будет показано далее, имеющих важный эффект в свете доктрины прецедента) подразумевает формула веса: в результате приписывания числовых значений и дальнейших арифметических операций можно прийти к выводу, что в рамках определённой ситуации вес одного принципа на несколько единиц больше веса другого принципа.

Думается, вывод должен быть следующим: триадическая шкала является количественной, поскольку вводит единицы измерения веса, предназначенные для совершения арифметических операций, но она не разделяет притязаний кардинализма, которые тот имел в экономической науке. Проводимое на её основе измерение следует понимать в нестрогом смысле, поскольку оно представляет собой «приписывание значений», а не установление объективного

---

<sup>112</sup> *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*. P. 99.

<sup>113</sup> *Ibid.* P. 408. Судя по всему, это замечание следует понимать только как отказ от кардинальной шкалы от 0 до 1 и (или) от измерения веса в строгом смысле. Р. Алекси не считает этот вариант шкалы удачным, поскольку она предполагает использование бесконечно малых величин, но в то же время он допускает, что подобная шкала может применяться в идеальных моделях. См.: *Алекси Р. Формула веса*. С. 219–220.

<sup>114</sup> См.: *Klatt M., Meister M.* Op. cit. P. 59, 63.

<sup>115</sup> *Afonso da Silva V.* Op. cit. P. 283.

и воспроизводимого результата<sup>116</sup>. Именно в этом нестрогом смысле данная шкала порождает соизмеримость принципов (их сопоставимость). Сказанное ещё не означает, что количественные оценки всегда абсолютно субъективны, произвольны и необедительны. По этому поводу теория пропорциональности содержит особые аргументы, которые заслуживают внимательного изучения. Однако её сторонники признают: методология балансирования не гарантирует всеобщего согласия<sup>117</sup>, да и цель балансирования состоит вовсе не в том, чтобы в качестве объективной истины дать единственный верный ответ, с которым согласился бы каждый<sup>118</sup>.

#### 3.1.4. Агрегированный или сегрегированный вес?

Формула веса предполагает весьма детальный анализ дела. Вес каждого из принципов определяется по отдельности. Более того, взвешивание принципа требует отдельной оценки каждого из факторов веса. Если речь идёт, например, об ограничении нескольких прав человека, то судья должен определить вес каждого права отдельно, установив для этого величину интенсивности вмешательства, абстрактного веса и эпистемической надёжности. Согласно этой методологии, балансирование представляет собой сложную процедуру, состоящую из целой серии взвешиваний, а совокупная оценка представляет собой сумму сегрегированных оценок.

Обратная модель предполагает, что вполне допустимо непосредственное определение совокупного веса принципов, оправдывающих определённое решение, без необходимости установления веса каждого из них в отдельности. Такая совокупная оценка носит агрегированный характер.

Каждый из этих подходов имеет свои недостатки. В отношении сегрегирующего подхода некоторые из них указаны самим Р. Алекси, который отмечает проблему инкорпорации кумулятивных эффектов в формулу веса<sup>119</sup>. Недостатки агрегирующего подхода становятся ясными в свете доктрины прецедента.

---

<sup>116</sup> Не исключена при этом возможность строгого измерения некоторых (например, финансовых) показателей, важных для оценки веса.

<sup>117</sup> См.: *Alexy R. The Reasonableness of Law*. P. 15.

<sup>118</sup> См.: *Afonso da Silva V. Op. cit.* P. 291.

<sup>119</sup> См.: *Алекси Р. Формула веса*. С. 227–228.

### 3.2. Связь между доктриной прецедента и доктриной пропорциональности

Судейское усмотрение в теории права и в общественно-политической жизни обычно не приветствуется. Даже в тех случаях, когда она считается допустимой — например, когда методы аналитического толкования не дают однозначного результата, что создаёт ситуацию неопределённости, — суд не вправе пользоваться дискрецией абсолютно произвольно. Требуется эвристический алгоритм, который придавал бы усмотрению суда рациональную структуру, и именно такой алгоритм, как полагает Р.Алекси и другие авторы, даёт методология балансирования. Если исходить из того, что формирование прецедентного права предполагает судебскую дискрецию, которая считается допустимой только при некоторых условиях и только в форме балансирования принципов, то следует сделать вывод: доктрина прецедента предполагает обращение к методологии балансирования.

Рассмотрим это отношение с обратной стороны. Поскольку балансирование имеет характер всего лишь эвристического алгоритма, это стимулирует критику, которая отмечает субъективность данной процедуры. Можно ли утверждать, что балансирование принципов, проводимое судьёй, ничем качественно не отличается от процедуры потребительского выбора, которой следует участник экономического обмена?

В теории пропорциональности считается, что вес принципов подлежит оценке не с точки зрения их «полезности» для судьи, а с точки зрения их «важности для конституции»<sup>120</sup>, или «относительной социальной важности»<sup>121</sup>. Конечно, ни конституция, ни социум не способны высказать оценку. Её высказывает судья, и в этом смысле она всегда субъективна. Однако понятие конституционной важности принципов неравнозначно потребительской полезности. Оно подразумевает возможность и необходимость гарантий, сдерживающих судебскую субъективность. Такой фундаментальной гарантией, по мнению Р.Алекси, является юридический дискурс: выгода и издержки должны оцениваться не с личной точки зрения судьи, а с «общей точки зрения» — она же точка зрения конституции, которая «становится реальной, как только начинается рациональный дискурс, ориентированный на регулятивную идею о том,

<sup>120</sup> Алекси Р. Формула веса. С. 218.

<sup>121</sup> Barak A. Proportionality and Principled Balancing. P. 7.

что корректно на основе конституции»<sup>122</sup>. Можно сказать, что отличие общей точки зрения от всех иных — и, соответственно, отличие конституционной важности принципов от их чисто субъективной полезности — имеет процедурный характер. В той или иной мере снизить степень субъективности решения призваны правила и формы рационального дискурса<sup>123</sup>. Будучи сама элементом и даже своего рода квинтэссенцией рациональности<sup>124</sup>, методология балансирования не свободна от соблюдения этих правил.

В теории пропорциональности предполагаемая субъективность измерения веса, таким образом, считается легитимной в той мере, в какой суд привержен процедуре рационального дискурса<sup>125</sup>. В число базовых принципов этой процедуры Р.Алекси включает принцип универсализуемости<sup>126</sup>. Поскольку в теории пропорциональности именно соблюдение правил и форм рационального дискурса придаёт судебному балансированию легитимность, логически необходимым становится признание в той или иной степени прецедентного характера судебных решений<sup>127</sup>. Иными словами, доктрина прецедента — это важный инструмент «объективизации» балансирования<sup>128</sup>.

Как вывод, необходимость установления связи между доктриной прецедента и доктриной пропорциональности вытекает, как минимум, из двух предпосылок. Первая предпосылка состоит в том, что балансирование проводится как при формировании судебного прецедента, так и при последующем его толковании в случае неопределённости прецедентной нормы. Второй предпосылкой выступает

---

<sup>122</sup> Алекси Р. Формула веса. С. 218.

<sup>123</sup> Исследованию этих правил и форм посвящена первая монография Р.Алекси. См.: *Alexy R. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* / transl. by R. Adler and N. MacCormick. New York: Oxford University Press, 2010.

<sup>124</sup> См.: *Alexy R. The Reasonableness of Law*. P. 8.

<sup>125</sup> См.: *Ibid.* P. 11.

<sup>126</sup> См. параграф 3 главы 1.

<sup>127</sup> Потребность в прецедентном праве Р.Алекси, М.Клатт и М.Майстер наиболее явно вынуждены подчёркивать в ответ на критику балансирования *ad hoc*, которую они считают вполне справедливой. См.: *Alexy R. Proportionality and Rationality*. P. 25 ff.; *Klatt M., Meister M. Op. cit.* P. 49–51.

<sup>128</sup> Критикуя балансирование, Т.А.Алейникофф высказывает мысль, что исключение личных предпочтений судей из этой процедуры возможно за счёт различных механизмов её «экстернализации», которые позволяли бы судьям находить оценки веса «вовне». Среди таких механизмов он называет историю и традицию, а также взгляды современного общества, но при этом совершенно не упоминает прецедентное право. См.: *Aleinikoff T. A. Op. cit.* P. 962–963.

объективизация балансирования с помощью правил и форм рационального дискурса, подразумевающих соблюдение принципа формальной справедливости, а значит, принятие доктрины прецедента.

### 3.3. Методология принятия решений

#### 3.3.1. Базовый алгоритм

Теоретический синтез методологии прецедентного права и теста на пропорциональность предполагает формирование общего понятийного аппарата. В языке двух доктрин существует заметная разница: в то время как доктрина прецедента, в зависимости от модели, делает упор на сопоставление дел или применение правил, доктрина пропорциональности требует высказывания оценки по поводу важности конкурирующих принципов. Однако никакой непреодолимой границы это, на самом деле, не создаёт: «дела, правила и принципы внутренне связаны»<sup>129</sup>.

Для правосудия представляют интерес не все, а только некоторые факты дела. Указать на то или иное свойство ситуации как основание для принятия решения в пользу той или иной стороны означает предположить правило, содержащее это свойство в качестве антецедента (гипотезы)<sup>130</sup>:  $\{f_1\} \rightarrow s$ . Спорную ситуацию ( $c_i$ ), впервые поступившую на рассмотрение суда, характеризует множество фактов:  $X_1 = \{f_1, \dots, f_n\}$ . Одни из них могут свидетельствовать о нарушении права, поддерживая позицию заявителя ( $\pi$ ), которая может быть представлена в виде правила:  $\{f_1^\pi, f_2^\pi\} \rightarrow \pi$ . Другое множество фактов, поддерживая позицию ответчика ( $\delta$ ), свидетельствует об отсутствии нарушения:  $\{f_1^\delta, f_2^\delta\} \rightarrow \delta$ . Свойства ситуации приобретают значимость в силу их связи с аргументами, которые могут быть приведены в пользу подобного рода правил. Эти аргументы вытекают из принципов<sup>131</sup>. В результате балансирования суд устанавливает ситуативное отношение приоритета между конкурирую-

---

<sup>129</sup> Alexy R. Two or Three? // On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop «The Principles Theory» held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007 / ed. by M. Borowski. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010. P. 9–18, 14.

<sup>130</sup> См.: Ibid. P. 14. Здесь и далее в основном используется система записи логических формул, предложенная в цитируемых сочинениях Д. Ф. Хорти. Это, однако, вовсе не означает согласия со всеми его выводами по существу.

<sup>131</sup> См.: Ibid. P. 15.

щими принципами:  $\{P_i^\delta\} <_{c_1} \{P_j^\pi\}$ . Такой приоритет можно выразить как признание более высокой значимости одних фактов по сравнению с другими:  $\{f_1^\delta, f_2^\delta\} <_{c_1} \{f_1^\pi, f_2^\pi\}$ . Мы можем сказать, что каждый из фактов имеет собственный вес, равный его вкладу в относительный вес принципа. В силу закона конкурирующих принципов балансирование завершается установлением правила, антецедент которого содержит все значимые свойства ситуации. Это правило именуется «правилом значимых свойств» (англ.: *relevant feature rule*)<sup>132</sup>:  $\{f_1^\pi, f_2^\pi, f_1^\delta, f_2^\delta\} \rightarrow \pi$ .

Следование прецеденту, какой бы ни была его модель, представляет собой применение нормы. Эта интеллектуальная процедура складывается из трёх базовых операций<sup>133</sup>.

Прежде всего, необходимо установить сходство новой ситуации по отношению к ситуациям, урегулированным нормой. Это операция аналогии. Она выражается в суждениях о тождестве фактов:  $\{f_p\} \equiv \{f_1^\pi\}$ ,  $\{f_q\} \equiv \{f_1^\delta\}$  и т. д. Такие тождества должны быть очевидны. Если тождество неочевидно, то это значит, что факты являются сложными, поскольку содержат в себе и сходство, и различие:  $\{f_1^\pi\} = \{f_{1a}^\pi\} + \{f_{1b}^\pi\}$ ,  $\{f_p\} = \{f_{1a}^\pi\} + \{f_{1p}^\delta\}$ . В конечном счёте, может быть найдено какое-то очевидное тождество, которое здесь выражается свойством  $\{f_{1a}^\pi\}$ . Это общий родовый признак двух фактов. Прецедентное дело  $c_1$  содержит этот признак в качестве одного из слагаемых факта  $\{f_1^\pi\}$ , но оно не содержит факта  $\{f_{1p}^\delta\}$ , который представляет собой различие. Потенциально любой факт является сложным, однако иногда это становится ясно только в результате сравнения фактов, когда обнаруживаются различия. Сложным фактом можно считать конкретную ситуацию в целом, со всеми её свойствами.

Далее необходимо оценить, насколько значимы сходства и различий ситуаций. Это операция взвешивания. В отношении сходств её применение подчиняется *правилу универсализации веса*: одни и те же факты в прецедентном и в новом деле должны иметь один и тот же вес. Что касается различий, то некоторые из них могут подкреплять позицию стороны, которая требует следовать прецеденту ( $s$ ), в то время как другие — позицию противоположной стороны ( $\bar{s}$ ). Пусть  $h$  обозначает разницу в весе между принципами в урегулированной ситуации (гандикап),  $\Delta X$  — отличительные особенности

<sup>132</sup> См.: Ibid. P. 16–17.

<sup>133</sup> Подробнее см.: Манжосов С. А. Аналогия, взвешивание и дедукция в структуре следования прецеденту. С. 400–421.

новой ситуации, которые говорят в пользу применения нормы (усиливающие различия),  $\Delta\bar{X}$  — в пользу неприменения (ослабляющие различия, или различия в узком смысле). В новой ситуации должно выполняться *правило незначительности различий*: следование прецеденту необходимо, когда вес ослабляющих различий меньше, чем гандикап между принципами в прецедентном деле, взятый в совокупности с весом усиливающих различий, или  $\Delta\bar{X} < (h + \Delta X)$ , где  $h = \{P_i^s, \dots, P_m^s\} - \{P_j^s, \dots, P_n^s\}$ . Предположим, в новом деле  $c_2$  установлены факты  $X_2 = \{f_1^\pi, f_2^\pi, f_3^\pi, f_1^\delta, f_2^\delta, f_3^\delta, f_4^\delta\}$ . В этом случае  $\Delta X_{1-2} = \{f_3^\pi\}$ , а  $\Delta\bar{X}_{1-2} = \{f_3^\delta, f_4^\delta\}$ , то есть отличительное свойство  $\{f_3^\pi\}$  усиливает аргументацию в пользу принятия такого же решения, как и в деле  $c_1$ , а отличительные свойства  $\{f_3^\delta, f_4^\delta\}$ , напротив, ослабляют её. Следование прецеденту, установленному по делу  $c_1$ , необходимо, когда  $\{f_3^\delta, f_4^\delta\} < h_1 + \{f_3^\pi\}$ , где  $h_1 = P_i^\pi - P_j^\delta$ . Чем серьёзнее в прецедентном деле вес одного принципа по отношению к другому, тем сложнее преодолеть в новом деле этот гандикап между ними, поскольку не всякие ослабляющие различия в ходе аргументации могут быть убедительно представлены как достаточно весомые, особенно при наличии усиливающих различий.

Наконец, если правило незначительности различий выполнено, то новая ситуация подчиняется действию нормы и получает решение, которое требует данная норма. Это операция дедукции. Подчеркнём: дедукция подразумевает соблюдение правил логического вывода, но вовсе не означает, что посылки силлогизма судья получает в готовом виде из текста прецедентного решения. Норма, как уже говорилось, является результатом толкования, которое может проводиться согласно разным методам.

Более точные черты этого алгоритма определяются моделью следования прецеденту и моделью балансирования.

### 3.3.2. Уточнение базового алгоритма

Следование прецеденту в условиях первичного балансирования означает принятие естественной модели, по смыслу которой прецедент выступает одним из множества фактов, подлежащих учёту в ходе принятия решения на основе формулы веса. Однако естественная модель, как было указано выше — это описание методологии пересмотра прецедента, а не выявления прецедентной нормы. Её применение возможно только на основе модели результата или модели правила. Эти базовые модели, в отличие от естественной мо-

дела, подразумевают введение дополнительных методологических правил установления баланса и выявления прецедентной нормы, не всегда совместимых с той или иной моделью балансирования или имеющих в сочетании с ними разный эффект.

Если суд старательно избегает общих формулировок, предпочитая конкретное балансирование, то применение модели правила невозможно. В этом случае норма прецедента может быть выявлена только на основе модели результата. Однако абстрактное балансирование ещё не означает принятие модели правила. Даже если в своих решениях суд, например, эксплицитно устанавливает канонические формулировки правил, в модели результата эти правила не будут иметь обязывающей силы. Их соблюдение будет вопросом целесообразности, а не обязательности.

Принятие модели правила может изменять базовый алгоритм по-разному, в зависимости от того, какой именно метод выявления *ratio decidendi* предполагается использовать. Так или иначе, модель правила фиксирует значимость определённых свойств ситуации для принятия будущих решений. Модель результата, напротив, принципиально допускает переоценку значимости свойств прецедентного дела, в результате чего их наличие или отсутствие в новом деле может иметь совсем не тот эффект, которого можно было бы ожидать, изучив мотивы прецедента.

Влияние оказывает и выбор шкалы оценок, а также глубина анализа дела в рамках балансирования.

Если не считать редких и ни к чему не обязывающих рассуждений иллюстративного характера<sup>134</sup>, то можно сказать, что в теории прецедента использование количественной шкалы для оценки фактов не предполагается. Авторам, которые работают в этой области, естественным видится сопоставление их веса исключительно на основе порядковой шкалы. Более того, судья, по их представлениям, производит взвешивание в агрегированном виде, то есть, высказывает оценку веса в отношении фактов, взятых в их совокупности, а не по отдельности. Ситуация, конечно, может способствовать тому, чтобы судья отметил особое значение отдельного факта внутри этой совокупности. Это, однако, не будет иметь никакого значения. Как полагает Д. Ф. Хорти, замечание суда, «что некий аргумент в пользу одной из сторон сильнее, чем другой аргумент в пользу

---

<sup>134</sup> См.: Alexander L. Precedent. P.497–498; Harty J.F. The Result Model of Precedent. P.22–23.

этой же стороны, был бы, скорее всего, воспринят в качестве “попутно сказанного” и не имел бы руководящего значения для будущих решений»<sup>135</sup>.

Такой ординально-агрегирующий подход означает, что отношение предпочтения формулируется в высказывании, имеющем уже известную нам форму:  $\{f_1^\delta, f_2^\delta, f_3^\delta\} <_{c_3} \{f_1^\pi, f_2^\pi, f_3^\pi\}$ . Это предпочтение устанавливает в деле  $c_3$  порядковый вес совокупностей фактов и ничего не утверждает по поводу веса отдельного факта, будь то в порядковом или количественном выражении. Как следствие, в деле  $c_4$ , которое содержит факты  $X_4 = \{f_1^\pi, f_2^\pi, f_1^\delta, f_2^\delta, f_3^\delta\}$ , суд не сможет прийти к однозначному выводу на основе прецедента по делу  $c_3$ , поскольку неизвестен вес отсутствующего в новом деле факта  $\{f_3^\pi\}$ . Сегрегированный вес фактов (но исключительно в порядковом выражении) может быть косвенно определён только по мере формирования практики. Предположим, что в деле  $c_4$  суд принял решение в пользу ответчика:  $\{f_1^\pi, f_2^\pi\} <_{c_4} \{f_1^\delta, f_2^\delta, f_3^\delta\}$ . Затем в деле  $c_5$  он отдаёт предпочтение аргументам заявителя:  $\{f_1^\delta, f_2^\delta, f_3^\delta\} <_{c_5} \{f_1^\pi, f_3^\pi\}$ . Если исходить из того, что отношения предпочтения носят транзитивный характер, для чего в данном случае нет препятствий<sup>136</sup>, то на основании этих судебных решений можно сделать вывод:  $\{f_2^\pi\} < \{f_3^\pi\}$ . Затем в деле  $c_6$  суд сталкивается с двумя новыми фактами:  $X_6 = \{f_2^\pi, f_4^\pi, f_1^\delta, f_2^\delta, f_4^\delta\}$ . Вновь принимая решение в пользу заявителя, суд высказывает предпочтение:  $\{f_1^\delta, f_2^\delta, f_4^\delta\} <_{c_6} \{f_2^\pi, f_4^\pi\}$ . Отсюда следует, что и в новом деле  $c_7$ , которое содержит факты  $X_7 = \{f_3^\pi, f_4^\pi, f_1^\delta, f_2^\delta, f_4^\delta\}$ , решение должно быть принято в пользу заявителя:  $\{f_1^\delta, f_2^\delta, f_4^\delta\} <_{c_7} \{f_3^\pi, f_4^\pi\}$ . Из пяти перечисленных дел ( $c_3, c_4, c_5, c_6, c_7$ ) последнее является единственным, исход которого известен заранее, причём даже в отношении него все предпосылки решения могут быть сформированы в рамках этой цепочки только в результате рассмотрения трёх дел ( $c_4, c_5, c_6$ ).

Иную картину даёт оценка веса каждого из аргументов по отдельности и в количественном выражении. В этом случае прецедент по делу  $c_3$  полностью предопределяет решения по делу  $c_4$  и делу  $c_5$ , а предпосылки для решения по делу  $c_7$  могут быть сформированы в результате рассмотрения всего двух дел из этой цепочки ( $c_6$  в совокупности с  $c_3$  или  $c_5$ ).

---

<sup>135</sup> *Horty J.F. Rules and Reasons in the Theory of Precedent // Legal Theory. Vol. 17. 2011. P. 1–33, 15.*

<sup>136</sup> См.: *Ibid.* P. 15 ff.

В связи с этим справедливо следующее наблюдение: *при прочих равных, применение кардинально-сегрегирующего подхода во взвешивании обеспечивает более высокую степень ограничения судейского усмотрения, чем ординально-агрегирующий подход.* Данный эффект достигается, если обязывающую силу имеет количественная оценка, высказанная судом в отношении веса каждого из фактов.

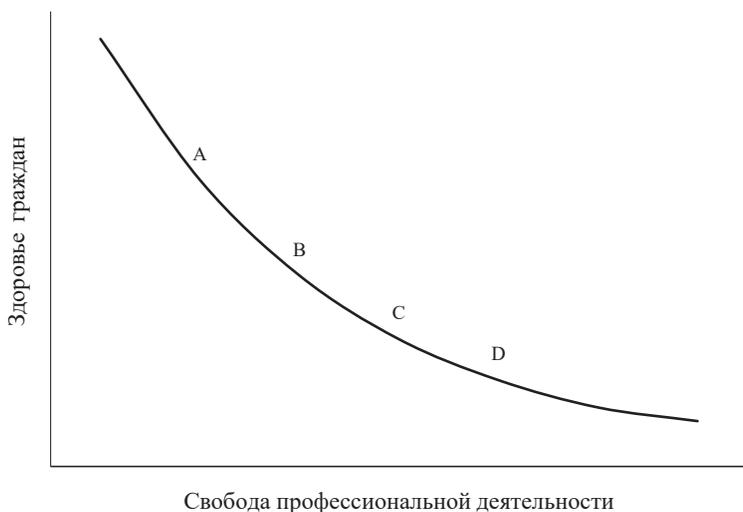
Для этого необходимо, как следствие, модифицировать правило универсализации веса, уточнив, что одни и те же факты в прецедентном и в новом деле должны иметь не просто один и тот же вес, но именно тот вес, который был высказан в мотивах прецедента. Мы можем назвать это требование *правилом постоянства веса.* В долгосрочной перспективе в пределах отдельной категории дел может быть сформирована своего рода целая «таблица» фактов и их весовых значений, практически полностью исключая пространство для судейского усмотрения. Любая ситуация в этой случае будет набором уже известных фактов, так что задача суда сведётся к механической подстановке весовых значений и вычислению результата. Судья в этой идиллической картине (быть может, и неосуществимой сполна, однако способной выступать в качестве регулятивной идеи правосудия) представляется кем-то вроде физика или химика, который объясняет качественные превращения процессами корпускулярного перераспределения<sup>137</sup>. Развитие этого подхода возможно только в рамках модели правила, поскольку модель результата по определению не придаёт обязывающей силы мотивам прецедента, в том числе количественным оценкам, высказанным в ходе балансирования.

Отметим, что использование количественной шкалы не означает отрицания порядковой шкалы. Более того, в отличие от количественных оценок, порядковые оценки веса явно способны приобретать интерсубъективную очевидность, которая сообщает убедительность и количественным оценкам. Доказывая возможность рациональных суждений о весе, Р.Алекси приводит следующий весьма характерный аргумент: «Чтобы взглянуть на проблему по-иному, возьмите ситуацию с человеком, который, с одной стороны,

---

<sup>137</sup> Корпускуляризм — метафизическое и методологическое учение, возымевшее влияние на естественные науки после работ Р.Декарта. Согласно хорошо известным предписаниям этого учения, которые пронизывают современную науку, явления природы следует объяснять характером движения и взаимодействия микрочастиц, из которых эти явления состоят. См.: Кун Т. Структура научных революций. М.: АСТ: АСТ Москва, 2009. С. 74–75.

классифицирует полный запрет на табачную продукцию как незначительное вмешательство в отношении свободы профессиональной деятельности производителей табака, и в то же время, с другой стороны, рассматривает обязанность размещать предупреждения о вреде здоровью как значительное вмешательство. Будет трудно принимать подобные суждения всерьёз»<sup>138</sup>. Проиллюстрируем дальнейший анализ с помощью кривой безразличия.



Точка *A* выражает порядковую оценку запрета на табачную продукцию. Это весьма интенсивное вмешательство в свободу профессиональной деятельности, которое в то же время заметным образом обеспечивает охрану здоровья населения. Точка *D* выражает порядковую оценку обязанности размещать предупреждения о вреде здоровью. Она, очевидно, представляет собой гораздо менее интенсивное вмешательство, которое в то же время значительно менее полезно для достижения легитимной цели. В диапазоне между ними располагаются точки *B* и *C*, выражающие, соответственно, порядковые оценки ограничения на продажу табака определённым группам населения и запрета на автоматы для продажи сигарет (эти примеры Р.Алекси приводит в качестве «промежуточных» случаев).

Количественная оценка веса может быть абсурдной, когда она противоречит интересубъективно очевидной порядковой оценке. Трудно отрицать, что ущерб, причиняемый свободе профессио-

<sup>138</sup> Алекси Р. Формула веса. С. 210.

нальной деятельности в результате введения запрета на табачную продукцию, больше ущерба, который причиняется обязанностью размещать предупреждения. В равной степени достаточно ясно, что ограничение на продажу определённым группам и запрет на автоматы для продажи имеют некий промежуточный ранг. Эти порядковые оценки очевидны сами по себе, независимо от того, выражены ли они в прецедентной практике. Из них, разумеется, ещё не следует, что какая-либо из перечисленных законодательных мер противоречит или, наоборот, соответствует конституции. Однако в сочетании с прецедентом они способны предопределить многое. Если суд в прецедентном деле признал ущерб от обязанности размещать предупреждения ( $D$ ) серьёзным, то все более интенсивные меры ( $A$ ,  $B$ ,  $C$ ) следует считать серьёзными в ещё большей степени или, во всяком случае, с ещё бóльшим основанием. Предположим, что на шкале от 0 до 1 степень реализации свободы профессиональной деятельности в точке  $D$  равна 0,5. Поскольку очевидно, что в точке  $B$  эта степень меньше, чем в точке  $D$ , то и в количественном выражении оценка  $B$  должна быть меньше 0,5.

Порядковая шкала, таким образом, составляет основу количественной шкалы. Исходя из этого, в качестве ещё одного методологического ограничения можно сформулировать *правило синхронизации веса*: «Чем выше порядковый вес факта относительно других фактов, тем выше должен быть его количественный вес по сравнению с количественным весом этих фактов». Формирование прецедентной практики постепенно сокращает диапазон оценок, которые могут быть высказаны в отношении новых фактов. Это означает сокращение пространства для судейского усмотрения.

### 3.4. Перспективы дальнейшего анализа

Многие новые нюансы и трудности могут быть выявлены в ходе изучения как отдельных моделей прецедента и балансирования, так и эффекта их взаимодействия. Мощным инструментом в руках науки выступает формализация, которой эти модели могут быть подвергнуты с помощью средств логики или даже математики. Ещё с конца 1980-х годов в зарубежной литературе стали появляться исследования особенностей прецедентной аргументации, проводимые на стыке права и искусственного интеллекта (работы К. Эшли и др.)<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Подробнее см.: *Horty J. F.*: 1) Rules and Reasons in the Theory of Precedent. P. 4; 2) The Result Model of Precedent. P. 26.

Попытки с помощью арифметических примеров осмыслить аргументацию, которая базируется на сопоставлении сходств и различий, предпринимались и в этике<sup>140</sup>. Ключевой вопрос состоит в том, какую пользу подобного рода формальные модели могут принести юридической науке и практике.

При первоначальном введении формулы веса Р.Алекси рассматривал её в качестве «числовой модели, которая иллюстрирует структуру балансирования», и отмечал, что в юридической аргументации относительный вес принципов «только аналогичен» результату деления чисел, но в то же время высказывал убеждение, что «эта аналогия поучительна»<sup>141</sup>. В ответ на распространённый упрёк в исключительной формальности его теории он повторяет в недавней работе известные слова Г.Фреге по поводу микроскопа и человеческого глаза — метафоры, разъясняющей отношения между языком логики и повседневным языком<sup>142</sup>. По мнению Р.Алекси, языком судов должен оставаться повседневный язык, в то время как в рамках научного анализа язык формул незаменим для получения настолько точного, глубокого и легко постижимого представления о структуре балансирования, насколько это возможно<sup>143</sup>. Означает ли это, что формула веса не претендует на роль непосредственно применимого судебного метода? Ответ во многом зависит от того, насколько в действительности «точного, глубокого и легко постижимого представления» удастся, в конечном счёте, достичь в ходе разработки теории пропорциональности.

Формальный характер присущ и доктрине прецедента. Ни одна из теоретических моделей следования прецеденту не гарантирует, что во всех случаях может быть достигнут единственно верный ответ на вопрос о том, распространяется ли найденный прецедент на конкретную ситуацию. Тем не менее, доктрина прецедента, как и иные правила и формы юридической аргументации, способна ограничивать судебское усмотрение.

Попытаемся проиллюстрировать значение различных методологических аспектов на примере известного постановления Консти-

---

<sup>140</sup> См., например: *Kagan S. The Additive Fallacy // Ethics. Vol. 99. 1988. No. 1. P. 5–31.*

<sup>141</sup> *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. P. 409.*

<sup>142</sup> См.: *Фреге Г. Исчисление понятий // Фреге Г. Логика и логическая семантика: сборник трудов / пер. с нем. Б. В. Бирюкова под ред. З. А. Кузичевой. М.: Аспект Пресс, 2000. С. 65–142, 66.*

<sup>143</sup> См.: *Alexy R. Proportionality and Rationality. P. 21–22.*

туционного Суда РФ (далее — Суд) по «алтайскому делу», которое касалось порядка назначения высшего должностного лица субъекта РФ (далее — главы администрации)<sup>144</sup>. В этом деле заявитель оспаривал устав Алтайского края на том основании, что глава администрации края, согласно уставу, должен избираться краевым парламентом. По мнению заявителя, это нарушало баланс властей в пользу законодательной власти. Суд удовлетворил требование заявителя, признав устав не соответствующим Конституции РФ. В мотивах постановления Суд отметил множество значимых обстоятельств, поддерживающих решение в пользу заявителя, а именно: а) такой порядок подменяет прямое волеизъявление избирателей, в то время как глава администрации должен получать свой мандат непосредственно от народа; б) глава администрации поставлен в подчинённое по отношению к парламенту положение; в) создаются препятствия для обеспечения единства системы исполнительной власти; г) нарушается единство системы государственной власти, в силу которого региональные органы государственной власти должны формироваться на основе федеральной схемы взаимоотношений законодательной и исполнительной властей; д) лишается смысла раздельное представительство ветвей власти в Совете Федерации<sup>145</sup>. Ни одного аргумента в пользу конституционности устава Суд не зафиксировал, однако такой аргумент был высказан в особых мнениях судей: субъекты РФ вправе устанавливать собственную организацию государственной власти самостоятельно, поскольку это необходимо для реализации подлинного федерализма, подразумевающего возможность разнообразия в организации власти на региональном уровне. Некоторые судьи также полагали, что устав не посягает на принципы, которые Суд упомянул в мотивах постановления.

Если исходить из того, что в этом деле возникла конкуренция конституционных принципов, которую следовало разрешить в рамках процедуры балансирования, то совершенно ясно, что Суд не придал серьёзного веса аргументу, который вытекает из принципа

---

<sup>144</sup> См.: пункт 6 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 года № 2-П // Собрание законодательства Российской Федерации (далее — СЗ РФ). 1996. № 4. Ст. 409.

<sup>145</sup> Суд также отметил, что устав Алтайского края отклонялся от общей тенденции правового регулирования: в большинстве принятых уставов субъектов РФ было предусмотрено прямое избрание глав администраций. Этот аргумент, в отличие от всех предыдущих, не был поддержан ссылкой на какую-либо конституционную норму, в связи с чем его статус неясен.

федеративного устройства. Вместо этого он отдал предпочтение иным аргументам. С точки зрения модели правила, все или некоторые из них могут рассматриваться в качестве обязательного *ratio decidendi*. Предположим, что это правило, согласно которому глава администрации должен получать свой мандат непосредственно от народа. Тогда очевидно, что в силу этого постановления иной порядок наделения гражданина полномочиями главы администрации невозможен, в том числе порядок, при котором он избирается парламентом по представлению Президента РФ. Однако в модели результата данное *ratio decidendi* не будет иметь значения, если в новом деле можно убедительно представить какую-то иную аргументацию, объясняющую результат «алтайского дела». Например, Суд может указать, что в этом деле положения устава не соответствовали действовавшему тогда федеральному законодательству и утратили силу именно по этой причине. Если новый порядок предусмотрен непосредственно федеральным законом, то при таком прочтении прецедент сам по себе не даёт оснований для вывода о неконституционности этого закона<sup>146</sup>.

Модель правила, однако, возможна не только за счёт отверженности какой-либо канонической формулировке, но и за счёт, например, правила постоянства веса. В «алтайском деле» Суд не высказал оценку в отношении каждого из аргументов в отдельности, но мы можем некоторый ход рассуждений смоделировать. Участие Президента РФ в процедуре избрания главы администрации настолько из-

---

<sup>146</sup> Фактически именно такую аргументацию Суд и приводит в новом деле. См.: абзацы 7 и 8 пункта 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 336. Указание на то, что устав не соответствует федеральному закону, было сделано ещё в постановлении по «алтайскому делу», но своё полномочие проверять уставы субъектов РФ на соответствие федеральному законодательству Суд обосновал только в начале 2000-х годов. См.: пункт 2.1 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 4 апреля 2002 года № 8-П // СЗ РФ. 2002. № 15. Ст. 1497. В то же время признание устава незаконным, по мнению Суда, предполагает подтверждение конституционности закона. См.: абзац 3 пункта 4 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 18 июля 2003 года № 13-П // СЗ РФ. 2003. № 30. Ст. 3101. Исходя из этого, постановление по «алтайскому делу» можно истолковать как прецедент конституционной проверки федерального закона. В таком случае прецедентная норма состоит в том, что федеральный законодатель вправе установить выборность глав администраций населением, а при более смелой и широкой реконструкции — что федеральный законодатель вправе установить любой порядок замещения этой должности.

менило ситуацию, что многие из прежних аргументов Суда не могут быть высказаны в новом деле. Так, глава администрации больше не находится в подчинённом по отношению к парламенту положении, а раздельное представительство ветвей власти в Совете Федерации не лишается смысла, поскольку назначение и отставка главы администрации по решению одного только парламента в новых условиях невозможны<sup>147</sup>. Единство системы исполнительной власти обеспечено благодаря тому, что не только Председатель Правительства РФ, но и глава администрации субъекта РФ назначается законодательной властью и Президентом РФ совместно, а значит, не нарушена и федеральная схема взаимоотношений двух ветвей власти. Эти два принципа свидетельствуют в пользу нового порядка. Единственный аргумент Суда в пользу неконституционности, который сохраняет свою силу — это аргумент прямой демократии. Предположим, что в «алтайском деле» он имел незначительный вес. Тогда есть вероятность, что в новом деле он уступает в весе аргументам единства власти. Если же он имел значительный вес, то вполне возможно обратное. Отсутствие или необязательность точной оценки этого аргумента в постановлении по «алтайскому делу» оставляет Суду более широкое пространство для усмотрения в новом деле. В то же время относительно легко выяснить вес аргумента разнообразия, который в «алтайском деле» был озвучен некоторыми судьями на основе принципа федеративного устройства: поскольку в мотивах постановления этот аргумент полностью проигнорирован, он явно не может оказать решающее влияние на результат балансирования в новом деле.

Дальнейший теоретический анализ может более точно определить возможные модусы действия прецедента в условиях балансирования. Однако практическая необходимость той или иной методологии принятия решений — это предмет нормативного исследования. В отношении доктрины прецедента и различных её моделей такое исследование требует балансирования на метауровне — не в конкретном судебном деле, а в рамках догматической разработки методологии правоприменения, — где формальные принципы, охраняющие авторитет судебной практики, могут быть соотнесены с конкурирующими принципами.

---

<sup>147</sup> В дополнение к этому изменился и порядок формирования Совета Федерации.

## Глава 3

# ПЕРЕСМОТР ПРЕЦЕДЕНТА

### § 1. Общая теория пересмотра

Единообразие судебной практики может рассматриваться в качестве благой цели только до тех пор, пока эта практика не противоречит высшему праву, будь то конституция, закон, обычай или международный договор — первичные источники права, которые суд обязан применять и не вправе нарушить. Судебные решения — это производные от них правоприменительные акты, а потому *de jure* не могут им противоречить, хотя *de facto* подобные ошибки в судебной практике иногда встречаются. Как следствие, доктрина прецедента создаёт угрозу этой иерархии, поскольку порождает возможность коллизий между первичным источником и прецедентом его судебного толкования. Строгая приверженность прецеденту способна принести вред, вынуждая суд тиражировать ошибочные правовые позиции. В этих условиях даже единичный эксцесс высшего суда — причём независимо от существования допущенной им вольности — грозил бы обернуться катастрофой для правопорядка, поскольку в этом случае пренебрежение действующим правом приобрело бы статус юридически образцового судебного решения. Одним словом, как замечает в ответ на предложение «хоть раз» нарушить закон мудрый судья в излюбленном юристами отрывке из «Венецианского купца»:

*То был бы прецедент, и по примеру  
Его немало вторглось бы ошибок  
В дела республики<sup>1</sup>.*

В перспективе радикального реализма эта проблема считается мнимой, поскольку ни один источник не имеет «правильного» истолкования. Если говорить о конституционном правосудии, то судебные решения попросту не способны нарушать конституцию, ибо «конституция — это то, что скажут о ней судьи». И наоборот, про-

---

<sup>1</sup> Перевод Т. Щепкиной-Куперник.

блема воспринимается как подлинная и чрезвычайно важная в рамках радикального формализма, где она получает самое простое решение: суд обязан руководствоваться «правильно» истолкованным первичным источником, а не прецедентами.

Более сложное положение дел, в силу её дуалистического характера, складывается в рамках интегральной теории. С одной стороны, она признаёт возможность «правильного» истолкования, предполагая существование универсальной истины, достижимой с помощью надлежащих методов. Следуя формалистической догме, она позволяет утверждать, что прецеденты ошибочны, если они противоречат первичному источнику в его «правильном» истолковании. С другой стороны, в ней допускается судебское усмотрение. Совершая эту реалистическую уступку, она ещё больше проблематизирует понятие «правильности», поскольку делает его неоднородным, позволяя применение как формалистических, так и реалистических критериев. Таким образом, с точки зрения интегральной теории, соблюдение прецедентов не может считаться безусловным требованием; доктрина прецедента, исходя из верховенства первичного источника, должна допускать пересмотр ошибочных прецедентов, но в дальнейшем уточнении нуждаются критерии, позволяющие судить о наличии ошибки.

Поскольку «правильность» толкования определяется его методологией, конкретный прецедент может оказаться ошибочным в силу самых разных причин. Исходя из общей классификации видов толкования, следует различать *аналитические* и *дискреционные* ошибки. Ошибки первого рода — это ошибки очевидные, поскольку они могут быть выявлены в ходе аналитического толкования, достаточного для принятия решений в ситуации определённости правовых норм, где никакого судебного усмотрения не предполагается. В качестве примера представим, что перед судом стоит задача истолкования части 2 статьи 23 Конституции РФ, которая гарантирует право каждого на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а ограничение этого права допускает *только* на основании судебного решения. Неопределённость понятия «иные сообщения», равно как и понятий «тайна» и «ограничение права», создаёт почву для судебного усмотрения. Некоторые прецеденты, уточняющие их значение, могут в будущем показаться устаревшими, однако с самого начала нет никаких сомнений, что любое истолкование этой нормы как допускающей ограничение права на тайну иных сообщений *не только* на основа-

нии судебного решения, было бы противоречием и ошибкой<sup>2</sup>. Что касается ошибок второго рода, то это ошибки, выявленные в ходе реализации правомерного судебского усмотрения, которым суд располагает в ситуации неопределённости правовых норм. Предположим, что суд пришёл к выводу, что переписка с помощью SMS-сообщений не охватывается понятиями «переписка» и «иные сообщения», поскольку в период разработки и принятия Конституции РФ эта едва зародившаяся технология не была известна населению, а первый мобильный телефон, в котором она поддерживалась, был выпущен только в 1994 году за рубежом. Из этого следует, что ограничение тайны SMS-переписки не требует судебного решения. Однако усиленное развитие технологий может привести к осознанию, что новые способы коммуникации нуждаются в такой же защите, что и переписка с помощью почтовых сообщений. Поскольку неочевидно, что указанные понятия должны распространяться только на те способы коммуникации, которыми российские граждане пользовались в период разработки и принятия Конституции РФ, суд располагает усмотрением, в пределах которого он может истолковать их иначе, а предшествующее решение признать ошибочным. Коротко говоря, аналитические ошибки предполагают точность их установления, а дискреционные ошибки — необходимость оценки.

Существуют и другие классификации ошибок. Прежде всего, ошибки могут быть *изначальными* и *эвентуальными*. Изначальная ошибка означает, что прецедент был ошибочным с самого начала. Может оказаться, что в момент принятия решения суд не учёл важное обстоятельство, которое мог и должен был учесть — например, если он в споре о значении терминов международного договора не изучил подготовительные материалы, из которых следует, что разработчики единодушно отвергли толкование, впоследствии принятое судом в этом деле. Эвентуальная ошибка — это, напротив, тот

---

<sup>2</sup> Очевидность этой ошибки, тем не менее, базируется на двух допущениях. Во-первых, предполагается, что часть 2 статьи 23 представляет собой *lex specialis* по отношению к части 3 статьи 55; в противном случае Конституция РФ допускала бы ограничение этого права не только на основании судебного решения, но и на основании федерального закона, который не требует судебного контроля в отношении конкретных ограничительных мер. Во-вторых, подразумевается, что часть 2 статьи 23 выражает норму-правило, а не норму-принцип. Оба этих допущения выглядят правдоподобными, но теоретически могут быть оспорены. Это ещё раз показывает, в какой степени эффективность аналитического толкования зависит от того, насколько те или иные допущения пользуются всеобщим признанием.

случай, когда решение в момент его принятия было правильным, а ошибочным стало по прошествии времени. Данная классификация ошибок базируется на противопоставлении тезисов статического и динамического толкования.

Наконец, ошибки могут быть *умышленными* или *небрежными* — в зависимости от того, было ли суду при разрешении дела известно, что он толкует первичный источник неправильно.

Насколько разными бывают ошибки толкования, настолько разными способны оказаться и доктрины пересмотра, принятые в том или ином правопорядке прецедентного права. Доктрина пересмотра — это совокупность материальных правил и принципов, определяющих, какие именно ошибки толкования и при каких условиях требуют, чтобы прецедент был пересмотрен. Чем большее количество ошибок теоретически допускается исправить, тем менее строгой считается доктрина прецедента.

Исторически известны две радикальные — и при этом, разумеется, диаметрально противоположные — доктрины пересмотра, которые здесь можно обозначить по именам их наиболее выдающихся сторонников.

Первая из них, *доктрина Холсбери*, которая появилась в Англии, подразумевает абсолютную обязательность прецедента и почти полную невозможность его пересмотра. Эту доктрину в конце XIX века в знаменитом решении Палаты лордов Соединённого Королевства по делу *Лондон Трамвайс против Совета Лондонского графства*<sup>3</sup> провозгласил лорд-канцлер Х. С. Гиффард, граф Холсбери. Именно тогда в Великобритании окончательно утвердилась доктрина прецедента как таковая<sup>4</sup>. Отказавшись пересмотреть свою правовую позицию по поводу толкования некоторых законодательных норм, высшая судебная инстанция при полном единогласии судей постановила, что «решение Палаты по вопросу права окончательно, и ничто, кроме акта Парламента, не может исправить нечто предположительно неверное в постановлении Палаты». Считается, что тем самым Палата признала себя безусловно связанной своими

---

<sup>3</sup> United Kingdom House of Lords (далее — UKHL). *London Tramways Co Ltd v. London County Council* [1898] AC 375.

<sup>4</sup> Подробнее об историческом значении этого решения и обстоятельствах его принятия см.: *Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Т. В. Апаровой; под общ. ред. Ф. М. Решетникова. М.: Юридическая литература, 1985. С. 115; Pugsley D. London Tramways (1898) // Journal of Legal History. Vol. 17. 1996. No. 2. P. 172–184.*

собственными прецедентами<sup>5</sup>. Однако в том же решении лорд-канцлер был вынужден в ответ на аргументы заявителя сделать оговорку, что прецеденты не обязательны, если в них Палата упустила из виду какой-либо акт Парламента или постановила решение на основе акта, который, как потом оказалось, утратил силу. В подобных обстоятельствах судьи должны рассмотреть и разрешить новое дело «на основе права, каким они в тот момент найдут его». Таким образом, единственная категория ошибок, которые могли быть исправлены Палатой — это аналитические ошибки, допущенные по небрежности на стадии предварительного изучения законодательства и «критики подлинности норм»<sup>6</sup>. Все остальные прецеденты пересмотру не подлежали.

Вторая доктрина пересмотра, а именно *доктрина Брэндайса*, возникла по другую сторону Атлантического океана. Она берёт начало (или, вернее, находит своё окончательное воплощение) в постановлении Верховного суда США по делу *Бёрнет против Колорадо Ойл энд Гэс*<sup>7</sup>, в котором судья Л. Брэндайс, излагая особое мнение<sup>8</sup>, призвал остальных судей пересмотреть ошибочный прецедент, а заодно высказал свой более общий взгляд по поводу статуса доктрины прецедента в американском конституционном праве. Фундаментом его доктрины, получившей широкое признание даже за пределами США, выступает противопоставление прецедентов толкования конституции и прецедентов толкования закона (так называемая «дихотомия Брэндайса»). Предполагается, что в сфере конституционного правосудия пересмотр прецедентов должен подчиняться менее строгим требованиям, чем при рассмотрении и разрешении дел на основе закона, поскольку внесение в конституцию поправок, с помощью которых можно было бы исправить допущенную высшим судом ошибку в толковании, — процедура гораздо более сложная, чем принятие закона. Исходя из этого, судья предположил, что док-

---

<sup>5</sup> См.: Кросс Р. Указ. соч. С. 27.

<sup>6</sup> Это понятие обозначает стадию толкования, которая «имеет целью удостоверение в том, что правило, которое подлежит применению в данном случае, действительно является юридической нормой, т. е., во-первых, что оно снабжено обязательной силой, и во-вторых, что текст его именно таков, каким был санкционирован» (*Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов: для начинающих юристов. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1913. С. 10).

<sup>7</sup> United States Supreme Court (далее — USSC). *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932).

<sup>8</sup> См.: Ibid. P. 405–410.

трина прецедента — это всего лишь «мудрая политика» (англ.: *wise policy*), а её соблюдение — предмет судебного усмотрения, пользуясь которым суд может пересмотреть прецедент, ссылаясь на полученный опыт и более убедительные аргументы<sup>9</sup>.

В современной литературе высказывается мнение, что никакой исторической основы в практике Верховного суда США «дихотомия Брэндайса» в то время не имела, будучи всего лишь выражением политических пристрастий и симпатий её автора по отношению к движению правового реализма и «Новому курсу» Ф. Д. Рузвельта<sup>10</sup>. Однако главное возражение состоит в другом: «практическая невозможность» внесения поправок в конституцию, на самом деле, с таким же успехом могла бы считаться доводом в пользу более строгого соблюдения доктрины прецедента в сфере конституционного правосудия<sup>11</sup>. «Жёсткость» конституции, проистекающая из её природы как учредительного акта — это обоюдоострый меч; она одинаково

---

<sup>9</sup> Наиболее примечательный фрагмент его особого мнения звучит следующим образом: «*Stare decisis* не является, подобно правилу *res judicata*, универсальным и непоколебимым требованием. “Правило *stare decisis*, хотя оно стремится к согласованности и единообразию решений, не является непреклонным. Следовать ли ему или отклониться от него есть вопрос исключительно дискреции суда, который вновь призывается к рассмотрению однажды решённого вопроса.” [...] *Stare decisis* обычно является мудрой политикой, поскольку в большинстве вопросов гораздо важнее, чтобы применяемая норма права была установлена, нежели чтобы она была установлена правильно. [...] Обычно это верно, даже когда ошибка является предметом серьёзной озабоченности, при условии, что корректировка может быть обеспечена с помощью законодательства. Но в делах, затрагивающих федеральную Конституцию, где корректировка посредством законодательного акта является практически невозможной, Суд часто опровергал свои предшествующие решения. Суд покоряется урокам опыта и силе лучшей аргументации, признавая, что процесс проб и ошибок, столь плодотворный в естественных науках, является подходящим также и для судебной функции. [...] В делах, затрагивающих федеральную Конституцию, позиция Суда отличается от позиции высшего суда Англии, где политика *stare decisis* была сформулирована и строго применяется ко всем категориям дел. Парламент [Великобритании] свободен корректировать любую судебную ошибку, и это средство может быть задействовано немедленно».

<sup>10</sup> См.: *Strang L. J., Poole B. G. Historical (In)Accuracy of the Brandeis Dichotomy: An Assessment of the Two-Tiered Standard of Stare Decisis for Supreme Court Precedents // North Carolina Law Review. 2008. Vol. 86. P. 969–1031.*

<sup>11</sup> См.: *Easterbrook F. H. Stability and Reliability in Judicial Decisions // Cornell Law Review. 1988. Vol. 73. P. 422–433, 430–431.* Схожие замечания в целом по поводу динамического толкования конституции (теории «живой конституции») высказывает А. Скалиа. См.: *Scalia A. Common-Law Courts in a Civil-Law System. P. 40.*

значима для доктрины прецедента как с точки зрения ценности постоянства, так и с точки зрения ценности переменчивости судебного толкования. Возможности конституционного законодателя в равной степени ограничены как в исправлении ошибки суда, которая охраняется нормативной силой прецедента, так и в стабилизации практики, когда она складывается непоследовательно. Дихотомия прецедентов толкования, предложенная Л. Брэндайсом, имеет свои резоны, поскольку и ошибки в толковании, и непоследовательность практики скорректировать с помощью изменения первичного источника, если речь идёт о законе, гораздо легче. Но вывод из этого напрашивается несколько иной: поскольку обе крайности судебного толкования в сфере конституционного правосудия исправить парламентским путём гораздо сложнее, высший суд должен избегать их и придерживаться умеренного подхода, позволяющего обеспечить баланс ценностей постоянства и переменчивости.

Низводя доктрину прецедента в конституционном правосудии в статус «мудрой политики», доктрина Брэндайса, в сущности, допускает возможность пересмотра во всех случаях, когда высший суд (или большинство его судей) полагает свою прежнюю правовую позицию ошибочной. Эта доктрина подразумевает право суда исправлять любые ошибки, в том числе все ошибки дискреционного характера, но при этом она никак не ограничивает судейское усмотрение, позволяя разрешить соответствующий вопрос права так, будто он никогда прежде судом не рассматривался (*res integra*). Иными словами, она базируется на представлении, согласно которому «для суда прецедент то же, что для законодателя закон, — он изменяет его, когда захочет», предполагая, следовательно, что у прецедента «нет той обязательности, какая свойственна норме права»<sup>12</sup>. Такая неограниченная свобода пересмотра равносильна полному отрицанию доктрины прецедента — по крайней мере, в её горизонтальном аспекте<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Вып. 2. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1911. С. 467.

<sup>13</sup> Ср.: «Хотя суды могут иногда опровергать свои прежние решения, такое действие требует больше, чем просто убеждения, что прежнее решение было ошибкой. Если бы это было всё, что необходимо, *stare decisis* оказался бы бессмысленным, поскольку суть его состоит именно в том, что суд должен воспринимать прежнее решение как обязательное просто в силу его существования, а не потому, что оно кажется ему корректным. Если бы всякий раз, когда суд считает предшествующее решение ошибочным, он мог опровергнуть такое

В настоящее время доктрина Холсбери и доктрина Брэндайса в целом отвергнуты, хотя и продолжают оказывать некоторое остаточное влияние на судей и учёных. Каждая из них уступила место — или, вероятно, проложила дорогу — современным, более умеренным доктринам. Дальнейшее изложение будет посвящено подробному их рассмотрению на примере судебной практики в Англии как «цитадели» англосаксонского права, а также практики высших судов четырёх юрисдикций этой правовой семьи, располагающих писаной конституцией — США, Канады, Ирландии и Австралии<sup>14</sup>.

## § 2. Доктрина *per incuriam*<sup>15</sup>

Единственное основание для пересмотра, которое допускала доктрина Холсбери, было чуть позже развито в практике Апелляционного суда Англии в виде так называемой доктрины *per incuriam* (лат.: «по небрежности»)<sup>16</sup>. Ключевым стало решение по делу *Янг против Бристол Эйрлайн*<sup>17</sup>, в котором этот суд (второй по значимости в английской судебной системе) последовал примеру Палаты лордов и признал свои прецеденты обязательными также и для себя самого<sup>18</sup>. При этом он допустил исключения для трёх случаев. Во-первых, судьи Апелляционного суда вправе отступить от прецедента, если существует другой, несовместимый с ним прецедент. Данное исключение продиктовано тем, что вплоть до этого момента статус его прецедентов был дискуссионным вопросом, в связи с чем решения отдельных судебных составов по одинаковым делам могли быть прямо противоположными. Во-вторых, не имеет силы преце-

---

решение, то не было бы никакого принципа *stare decisis* вообще» (*Schauer F.F. Thinking like a Lawyer. P. 59–60*).

<sup>14</sup> В этой главе за пределами нашего анализа остаются, в частности, Новая Зеландия, не имеющая писаной конституции, а также Израиль, Индия, Пакистан, ЮАР и другие страны, которые принято относить к числу смешанных юрисдикций.

<sup>15</sup> Материалы данного параграфа ранее были опубликованы в статье: Манжосов С. А. Пересмотр прецедента в англосаксонском праве: доктрина *per incuriam* // Журнал конституционного правосудия. 2020. № 6. С. 34–39

<sup>16</sup> Слово *incuria* означает «беззаботность», «беспечность», «легкомыслие», «небрежность», «нерадение». См.: Латинско-русский словарь. 2-е изд. / сост. И. Х. Дворецкий. М.: Русский язык, 1976. С. 512.

<sup>17</sup> England and Wales Court of Appeal (далее — EWCA). *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.* [1944] KB 718.

<sup>18</sup> Подробнее см.: Кросс Р. Указ. соч. С. 120–122, 140–147.

дент, противоречащий прецеденту Палаты лордов. Это продиктовано положением Апелляционного суда в судебной иерархии. Третье исключение было сформулировано для случая, «когда суд убеждён, что предшествующее решение было принято по неведению относительно формулировок статута или правила, имеющего силу статута». Суд не вправе игнорировать положения статутного права (законодательства) и потому не обязан «следовать своему собственному решению, принятому в ситуации, когда подобное положение не было предметом его размышлений». Это главный, хорошо известный с 1898 года, но отнюдь не единственный пример «небрежности», ибо окончательного завершения данная доктрина не получила: суд допустил, что «могут иметь место и иные случаи решений, принятых *per incuriam*», в которых он «мог бы оправданно считать себя вправе не следовать своему предшествующему решению». Однако её применение, так или иначе, должно быть ограничено «редчайшими явлениями». В этом смысле простое разногласие судей по вопросам толкования, вполне типичное для высокого правосудия, не может считаться основанием для пересмотра правовых позиций.

Пределы действия доктрины *per incuriam* позднее неоднократно уточнялись. В решении по делу *Морелль против Уэйкелинг*<sup>19</sup> Апелляционный суд указал: «По общему правилу, решения должны считаться принятыми *per incuriam* лишь в тех случаях, когда они приняты по неведению или забывчивости (*ignorance or forgetfulness*) в отношении некоторого несовместимого [с этими решениями] статутного положения или другого указания, обязательного для соответствующего суда, до такой степени, что в подобных случаях некоторая часть решения или некоторый шаг в рассуждении, на котором оно основано, оказываются в связи с этим явно неверными (*demonstrably wrong*). Данное определение не обязано быть исчерпывающим, но случаи, не подпадающие под него строго, которые могут оправданно считаться решёнными *per incuriam*, должны [быть]... редчайшими явлениями». Речь идёт только об «очевидных промахе или ошибке» (*manifest slip or error*), по поводу наличия которых нет и не может быть никаких сомнений. Суд отверг мысль о том, что он вправе «игнорировать своё собственное предшествующее решение... всякий раз, когда кажется, что Суд в предшествующем деле не воспользовался наилучшим аргументом, которым его могли бы снабдить научные исследования и усердие адвоката». Анализируя это решение сразу после его принятия, некоторые авторы склонялись также к мысли,

---

<sup>19</sup> EWCA. *Morelle Ltd. v. Wakeling* [1955] 2 QB 379.

что Апелляционный суд «провёл различие между случаем, когда по отдельному пункту никаких аргументов не было представлено вообще, и случаем, когда аргументация была совершенно неадекватной. Если значимое правоположение не было упомянуто, решение может быть оспорено; если оно было упомянуто, хотя бы очень бегло, решение должно сохранять силу»<sup>20</sup>. Доктрина *per incuriam*, в полном соответствии со своим наименованием, считалась на тот момент применимой только в том случае, когда ошибка допущена вследствие небрежности, а не умысла.

Как бы то ни было, в решении Апелляционного суда по делу *Фаррелл и другие против Александер*<sup>21</sup> двое из трёх судей поддержали расширительную трактовку этой доктрины, полагая, что она должна применяться и к «умышленным» ошибкам. В своей жалобе заявитель прямо указывал, что решение Апелляционного суда, которым руководствовался нижестоящий суд, было принято *per incuriam*. Один из судей, лорд Деннинг, высказался в пользу удовлетворения жалобы на том основании, что «ни один суд не вправе отбросить ясные слова статута, ссылаясь на предшествующее судебное решение. Когда имеет место конфликт между ясным статутом и предшествующим решением, торжествовать должен статут». Другой судья, лорд Скармэн, согласился с возможностью «расширить оговорку *per incuriam* настолько, чтобы она включала случай, когда... суд придал словам статута значение, которого они выдержать не могут и которое ведёт к результату, вступающему, по всей видимости, в противоречие с целью статута». Но, как он отмечает, «чтобы так поступить, мы должны быть готовы сказать, что мы не просто предпочитаем иное истолкование тому, которое суд избрал в решении, поставленном под сомнение; мы должны быть в состоянии показать, что слова статута несут в себе только одно значение и что значение, которое придаёт им предшествующее решение, невозможно. Критерием является ошибка, а не различие мнений». В прецеденте, вокруг которого шёл спор, такой ошибки судья не увидел: доводы, высказанные в пользу принятого ранее истолкования, по его мнению, «заслуживают уважения и вполне могут считаться разумными». Третий судья, придерживаясь доктрины *per incuriam* в её изначальной, узкой трактовке, отметил, что в ходе рассмотрения прецедентного дела суд был осведомлён обо всех относимых к делу положениях статутного

---

<sup>20</sup> *Valentine D. G. The Meaning of «Per Incuriam» // Modern Law Review. 1955. Vol. 18. P. 604.*

<sup>21</sup> *EWCA. Farrell and another v. Alexander [1976] 1 QB 345.*

права и что по этой причине жалоба подлежит отклонению. Таким образом, большинство судей в принципе поддержали идею, что эта доктрина может применяться во всех случаях, когда прецедент толкования очевидно противоречит семантике толкуемого текста. Хотя непосредственно в этом деле она такого применения не получила, спустя несколько лет суд воспользовался этой возможностью в решении по делу *Вильямс против Фосетта*<sup>22</sup>, опровергнув целую серию прецедентов, не имевших никакой текстуальной основы в применимых нормативных правовых актах<sup>23</sup>.

Другой важный вопрос состоит в том, должна ли доктрина *per incuriam* распространяться на ошибки, выявление которых предполагает использование других методов формального анализа, помимо сугубо грамматического толкования. Этот вопрос был поставлен уже в решении Апелляционного суда по делу *Роял Краун Дерби Порселайн против Рассела*<sup>24</sup>, но не был рассмотрен по существу. Обстоятельства дела были следующими. Один из канонов толкования, известных английскому праву, гласит: если формулировки прежнего статута, получившие в практике одного из высших судов определённое истолкование, инкорпорированы в новый статут в похожем контексте, то они должны толковаться согласно значению, которое придавалось им прежде. Этот канон, по мнению заявителя, диктовал решение в его пользу, однако нижестоящий суд принял противоположное решение, опираясь на прецедент Апелляционного суда, в котором инкорпорированная формулировка была истолкована в новом значении. Заявитель утверждал, что решение нижестоящего суда следует отменить, поскольку прецедент был установлен *per incuriam*. Однако Апелляционный суд единогласно отказал в удовлетворении жалобы. Один из трёх судей, лорд Коэн, высказал сомнение, что каноны толкования находятся на одном уровне со «статутом или правилом, имеющим силу статута», но дальнейший анализ он основывал на допущении, что это так, и пришел к выводу, что оспоренный прецедент нельзя было считать установленным по неведению. Остальные судьи посчитали, что упомянутый канон толкования вообще не подлежал применению в данном деле, и тем

---

<sup>22</sup> EWCA. *Williams v. Fawcett* [1985] 1 All ER 787.

<sup>23</sup> Поскольку дело касалось уголовного права, ещё один аргумент суда состоял в том, что пересмотр правовой позиции приведёт к немедленному освобождению множества людей из тюрем. Подробнее об особенностях действия прецедента в уголовных делах см. ниже.

<sup>24</sup> EWCA. *Royal Crown Derby Porcelain Co. Ltd. v. Russell* [1949] 2 KB 417.

самым они уклонились от рассмотрения вопроса, направленного на уточнение доктрины *per incuriam*.

Однако в более поздней практике Апелляционного суда вполне можно найти случаи, когда он мотивировал пересмотр указанием на ошибку, выявленную с помощью иных методов формального анализа. Так, в решении по делу *Купера*<sup>25</sup> суд дезавуировал свою правовую позицию, опираясь на подготовленный британским министерством внутренних дел исторический обзор правового регулирования, который не был представлен суду в предшествующем деле, но при новом рассмотрении вопроса позволил достоверно установить действительную волю законодателя. Хотя суд не упомянул доктрину *per incuriam*, это решение рассматривается в литературе как ещё один случай её применения<sup>26</sup>.

Интересно, что в уголовных делах Апелляционный суд вообще не считает себя связанным своими прецедентами, если пересмотр совершается в пользу свободы личности, то есть, в пользу обвиняемого<sup>27</sup>. Подобный подход напоминает особенность практики Верховного суда США и некоторых других судов, зачастую не уделяющих большого внимания обоснованию пересмотра, если новое решение ведёт к расширению сферы конституционных свобод<sup>28</sup>. Правда, некоторые решения Апелляционного суда также давали основание полагать, что если новое дело рассматривается расширенной коллегией суда (пять судей вместо трёх), то исключительные основания для пересмотра, такие как допущенная судом *incuria* в рассмотрении вопросов права, не требуются даже в том случае, когда это происходит к невыгоде обвиняемого<sup>29</sup>. Однако впоследствии он отказался от этой идеи, подчеркнув, что в отсутствие таких оснований нельзя лишить прецедентной силы решение, принятое «по результатам полноценной дискуссии и тщательного анализа применимых законоположений»<sup>30</sup>, хотя бы оно и могло показаться неверным с точки зрения публичных интересов.

<sup>25</sup> EWCA. *R. v. Cooper* [2011] EWCA Crim 1872.

<sup>26</sup> См.: *Bettinson V. Has the Court of Appeal Extended the Per Incuriam Exception?* // *Journal of Criminal Law*. Vol. 75. 2011. No. 6. P. 448–452.

<sup>27</sup> См.: EWCA. *R. v. Taylor* [1950] 2 All ER 170; *Director of Public Prosecutions v. Merriman* [1972] 3 All ER 42; *R. v. Spencer* [1985] 1 All ER 673.

<sup>28</sup> См. § 3 настоящей главы.

<sup>29</sup> См.: EWCA. *R. v. Simpson* [2003] 3 All ER 531.

<sup>30</sup> EWCA. *R. v. Magro* [2010] EWCA Crim 1575. Подробнее об этом решении см: *Gillespie A. A. Precedent and the Limits of Simpson* // *Journal of Criminal Law*. Vol. 74. 2010. No. 6. P. 492–495.

Не так давно доктрина *per incuriam* получила признание и в практике Верховного суда Соединённого Королевства, в качестве высшей судебной инстанции пришедшего на смену Апелляционному комитету Палаты лордов. В решении по делу *Королева (по жалобе Уистона) против министра юстиции*<sup>31</sup> этот суд пришёл к выводу, что один из прецедентов Палаты по вопросу толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года был установлен *per incuriam*, поскольку Палата проигнорировала достаточно ясную правовую позицию Европейского Суда по правам человека. Как сказано в решении, соответствующие дела из практики Страсбургского суда были процитированы Палатой, но она не стала следовать принятому в них подходу и, более того, не предложила этому никакого объяснения<sup>32</sup>. Примечательно, что этот ошибочный прецедент расширял сферу применения конвенционных гарантий, в то время как Верховный суд, вслед за Европейским Судом, решил придерживаться более узкого их прочтения (в деле рассматривался вопрос о применимости параграфа 4 Статьи 5 Конвенции, гарантирующего судебный контроль в отношении ареста и заключения под стражу). Пересмотр прецедента Палаты произошёл к невыгоде осуждённого, но суд выдвинул объективные основания для пересмотра, применив доктрину *per incuriam*.

Благодаря авторитету английских судов, эта доктрина получила признание и в других странах англосаксонского права<sup>33</sup>. Анализ её развития показывает, что сегодня она открывает гораздо более широкие возможности для пересмотра прецедентов, чем доктрина Холсбери, от которой она ведёт свою родословную. Однако в практике конституционного правосудия эта доктрина практически не упоминается. Думается, это неслучайно. Доктрина *per incuriam* — это

---

<sup>31</sup> United Kingdom Supreme Court (далее — UKSC). *R. (on the application of Whiston) v. Secretary of State for Justice* [2014] UKSC 39.

<sup>32</sup> См.: *Ibid.* § 41.

<sup>33</sup> См., например: *Connolly N.* The Prospective and Retrospective Effect of Judicial Decisions in Ireland // *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings across Jurisdictions* / ed. by E. Steiner. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015. P. 27–63, 38; *Forde M., Leonard D.* Constitutional Law of Ireland. 3<sup>rd</sup> ed. Dublin: Bloomsbury Professional, 2013. P. 24 (fn. 180); *Noonan R.* Stare Decisis, Overruling, and Judicial Law-Making: The Paradox of the JC Case // *Irish Jurist (New Series)*. 2017. Vol. 57. P. 119–143, 123 (в Ирландии); *Guthrie N.* Stare Decisis Revisited // *Advocates' Quarterly*. Vol. 31. 2006. No 4. P. 448–468, 458 ff.; *Kerwin S.* Stare Decisis in the B. C. Supreme Court: Revisiting Hansard Spruce Mills // *Advocate (Vancouver Bar Association)*. Vol. 62. 2004. No. 4. P. 541–566, 551–553 (в Канаде).

формалистическая доктрина; её целевое назначение — это исправление аналитических ошибок. Между тем, вероятность их совершения в ходе разрешения конституционных споров гораздо ниже, чем в иных случаях.

Когда речь идёт о толковании законодательства, очевидные ошибки могут совершаться вполне умышленно. Сторонники активного судебного правотворчества, в том числе и в России, открыто высказываются в пользу допустимости толкования *contra legem*, мотивируя это невысоким качеством законов и тем, что «в правовой системе помимо буквы закона существуют также принципиальные конституционные ценности»<sup>34</sup>. В такой формулировке эта идея не только не вызывает возражений, но даже и не нова, поскольку современному российскому праву феномен конституционно-правового истолкования законов известен уже достаточно давно. Разумные доводы в пользу этой распространённой в мире практики протекают из принципов верховенства и прямого действия конституции<sup>35</sup>. Однако в области конституционного правосудия проблема судейского активизма приобретает более угрожающие очертания. Дело не только в том, что ошибочные прецеденты толкования конституции преодолеть с помощью поправок гораздо сложнее, чем прецеденты толкования закона. Важно ещё и то, что принципиально не существует позитивно-правовых оснований, исходя из которых суд мог бы принять решение, откровенно противоречащее конституции. Если бы их предусматривала сама конституция, — например, провозглашая недействительной всякую конституционную норму, не соответствующую основам конституционного строя или международному праву, — то решение суда, в котором он исходил бы из этих оснований, было бы актом применения конституции, а не отклонения от неё. По-настоящему неконституционное решение, следовательно, может найти своё оправдание только за пределами позитивного правопорядка, в нормах «естественного права», справедливости, морали и т. д., предписывающих суду в некоторых слу-

---

<sup>34</sup> Верещагин А. Н., Каранетов А. Г., Тай Ю. В. Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. № 6. С. 4–81, 42.

<sup>35</sup> По поводу полномочия российских судов общей юрисдикции и арбитражных судов давать закону конституционно-правовое истолкование см.: Белов С. А. Непосредственное применение судами Конституции в Российской Федерации // Государство и право. 2014. № 1. С. 52–53. Собственно, при таких условиях толкование закона *contra legem* нельзя считать и ошибкой.

чаях не подчиняться конституции. Иначе говоря, такое оправдание предполагает принятие непозитивистской точки зрения по поводу понятия права и оснований действительности правопорядка — точки зрения, лаконично выражаемой в «формуле Радбруха», согласно которой «несправедливое право не является правом». И хотя во второй половине XX века юснатурализм пережил новый виток популярности как в юридической теории, так и в судебной практике<sup>36</sup>, его догмы отнюдь нельзя считать общепринятыми. По этой причине очень сложно теоретически оправдать даже само по себе принятие решения *contra constitutionis*, не говоря уже о том, чтобы убедительно мотивировать его по существу. Подобный шаг требует особенной смелости — и особенной веры в правильность принимаемого решения. Кроме того, даже в рамках естественно-правовой парадигмы сегодня господствует мнение, что норма позитивного права недействительна в случаях отнюдь не всякой, а только *крайней* несправедливости<sup>37</sup>. Поскольку такие случаи очевидны<sup>38</sup>, столь же очевидным будет и нарушение этого условия, когда суд попытается пренебречь буквой конституции во имя сомнительного морального идеала.

Что не менее важно, в демократическом обществе буква конституции вообще редко противоречит общественной морали. Конституционные положения, наиболее востребованные в судебных спорах, как правило, отличаются повышенной абстрактностью. Это, прежде всего, нормы о правах человека, которые к тому же имеют свойство конкурировать не только с публичными интересами (часть 3 статьи 55 Конституции РФ), но и друг с другом (часть 3 статьи 17 Конституции РФ). Методология аналитического толкования, которая включает в себя различные правила грамматического, исторического и систематического толкования, не очень эффективна в деле установления нормативного содержания конституционных положений и разрешения их конкуренции<sup>39</sup>. Как отмечает Федеральный

---

<sup>36</sup> См. постановления Большой палаты Европейского Суда по правам человека от 22 марта 2001 года по делам «Штрелец, Кесслер и Кренц (Streletz, Kessler and Krenz) против Германии» (жалобы № 35532/97, 34044/96 и 44801/98) и «К.-Х.В. (К.-Н. W.) против Германии» (жалоба № 37201/97).

<sup>37</sup> См.: Алексн Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М., Берлин: Инфотропик Медиа, 2011. С. 157.

<sup>38</sup> См.: Там же. С. 65.

<sup>39</sup> См.: Белов С. А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский

конституционный суд Германии, в конституционном толковании обычно невозможны «абсолютно правильные, для компетентных лиц бесспорные утверждения», достижимые «в ходе методически безукоризненной работы»<sup>40</sup>. Возникающая в результате неопределённости оставляет очень широкое пространство для судебного усмотрения, в границах которой могут найти пристанище моральные убеждения весьма широкого спектра. Многие несправедливости, ощущаемые судьёй при рассмотрении конституционных дел, можно устранить, не прибегая в толковании конституции к такому радикальному средству, как «формула Радбруха». Всё это хорошо объясняет, почему решения, явно противоречащие конституции, на практике едва ли вероятны. И наоборот, развитие методов аналитического толкования и рост популярности формализма вполне могут повысить значение доктрины *per incuriam*. Однако даже выступая в роли, скорее, грозного напоминания о принципе верховенства конституции, нежели реально востребованного и применимого механизма корректировки прецедентного права, эта доктрина способна выполнять в рамках доктрины прецедента важную функцию сдерживания судебской активности.

### § 3. Доктрина «специального оправдания»<sup>41</sup>

В теории пересмотра прецедентов наследницей доктрины Брэндайса можно считать так называемую доктрину «специального оправдания» (англ.: *special justification*). Хотя под этим наименованием она появилась в США, её основные черты хорошо различимы и в практике судов других стран. Это — реалистическая доктрина, в конституционном толковании необходимая для исправления дискреционных ошибок. В то же время она ограничивает возможность пересмотра, поскольку предполагает, что перемена мнений внутри высшего суда для этого недостаточна. Однажды приняв решение по

---

юрист. 2016. № 1. С. 64; Alexy R. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification / transl. by N. MacCormick. New York: Oxford University Press, 2010. P. 2–4.

<sup>40</sup> BVerfGE 82, 30. Цит. по: Должиков А. В. Толкование конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4. С. 130.

<sup>41</sup> Материалы данного параграфа были ранее опубликованы в статье Манжосов С. А. Пересмотр прецедента в англосаксонском праве: доктрина «специального оправдания» // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 6. С. 29–38.

«сложному делу» с помощью дискреционного толкования, суд может вернуться к рассмотрению соответствующего вопроса права лишь при обнаружении неких прежде неизвестных внешних факторов, свидетельствующих об ошибке. Указание на эти факторы как раз и позволяет говорить об особом характере аргументации суда при пересмотре прецедента в рамках этой доктрины. «Специальное оправдание» не может просто повторять аргументы против состоявшегося решения, которые были рассмотрены в прецедентном деле; оно должно дополнять их и придавать им новую силу. Именно эта общая идея в той или иной степени воплощается в различных тестах, выработанных судами стран англосаксонского права для проверки обоснованности пересмотра.

### 1. США: тест *Кейси*

Считается, что первый случай пересмотра в практике Верховного суда США произошел ещё в начале XIX века<sup>42</sup>. В отличие от Палаты лордов, американский суд никогда не был сторонником слишком строгой обязательности прецедента<sup>43</sup>. По состоянию на ноябрь 2020 года насчитывалось более двухсот решений, в которых он открыто заявил о пересмотре позиции или которые «функционально эквивалентны» открытому пересмотру<sup>44</sup>. Именно этот накопленный опыт позволил со временем кодифицировать требования, которым должен отвечать пересмотр.

Понятие «специального оправдания» впервые прозвучало в 1984 году, когда судья С. Д. О'Коннор в лидирующем мнении по делу *Аризона против Рамси*<sup>45</sup> отметила, что «хотя соблюдение прецедента не является строгим требованием в конституционных делах, любое отклонение от доктрины *stare decisis* нуждается в спе-

---

<sup>42</sup> См.: *Blaustein A. P., Field A. H.* «Overruling» Opinions in the Supreme Court // *Michigan Law Review*. Vol. 57. 1958. No. 2. P. 159–160.

<sup>43</sup> См.: *Duxbury N.* Op. cit. P. 123–124 (п. 44).

<sup>44</sup> Перечень таких решений ведётся и пополняется Исследовательской службой Конгресса США и Библиотекой Конгресса в рамках регулярно переиздаваемой книги «Конституция Соединённых Штатов Америки: анализ и толкование» (англ.: *Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*). В актуальном виде информация публикуется на официальном сайте Конгресса США. См.: Table of Supreme Court Decisions Overruled by Subsequent Decisions. URL: <https://constitution.congress.gov/resources/decisions-overruled/> (дата обращения: 23.11.2020).

<sup>45</sup> USSC. *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1984).

циальном оправдании»<sup>46</sup>. Подобный реверанс в адрес «дихотомии Брэндайса» в практике суда звучал и раньше; он продолжает сопровождать новую доктрину и в более поздних решениях<sup>47</sup>. Само понятие «специального оправдания», между тем, изначально не получило никакого разъяснения. Однако ситуация быстро менялась: уже через несколько лет в решении по делу «Планирование семьи» в юго-восточной Пенсильвании против Кейси<sup>48</sup> суд сформулировал перечень критериев, определяющих, в каком случае пересмотр прецедента возможен. В этом деле рассматривался вопрос о пересмотре позиции, принятой судом в известном решении по делу *Roe против Уэйда*, в котором было признано право женщины на совершение аборта (в течение первого триместра беременности — почти безусловное)<sup>49</sup>. Суд не нашёл оснований для пересмотра. В своём совместном мнении трое судей<sup>50</sup>, связывая уважение к прецеденту с принципом верховенства права, на основе анализа предшествующей практики суда сформулировали четыре критерия (так называемый тест Кейси)<sup>51</sup>.

Критерий «неработоспособности» (англ.: *unworkability*) требует подтверждения, что правило, установленное прецедентом, нетерпимо, поскольку доказало свою неработоспособность на практике. Трактовка этого критерия может быть различной. В качестве примера судьи ссылались на решение по делу *Свифт и Ко против Уикхэма*<sup>52</sup>, где было установлено, что норма прецедента страдает внутренним телеологическим противоречием, поскольку издержки применения нормы настолько высоки, что лишают её практически-

---

<sup>46</sup> Ibid. P.212.

<sup>47</sup> Как отмечает от лица Верховного суда США его Главный судья в 1986–2005 годах, У.Ренквист, «в то время как *stare decisis* не является непоколебимым требованием... особенно в тех случаях, когда мы толкуем Конституцию... даже в конституционных делах эта доктрина имеет такую убеждающую силу, что мы всегда требовали, чтобы отклонение от прецедента было подкреплено неким «специальным оправданием»». См.: USSC. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 443 (2000).

<sup>48</sup> USSC. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

<sup>49</sup> USSC. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Об этом деле и в целом о практике Верховного суда США по делам об абортах см.: *Бернам У. Указ. соч.* С. 590–593.

<sup>50</sup> В той части, в какой их мнение касалось доктрины прецедента, к ним присоединились ещё двое судей, в связи с чем высказанная ими точка зрения получила большинство голосов (пять судей из девяти) и считается позицией суда.

<sup>51</sup> *Casey*, 505 U.S. 833, 854–855.

<sup>52</sup> USSC. *Swift & Co. v. Wickham*, 382 U.S. 111 (1965).

го смысла<sup>53</sup>. Однако в отношении дела *Роу* этот критерий прозвучал, скорее, как требование правовой определённости: слишком неясный прецедент попросту не выполняет главную функцию прецедентного права, а потому должен быть пересмотрен. Применяя этот критерий, судьи отметили, что, хотя прецедентное решение «требовало судебной оценки законов штата... необходимые [для этого] изыскания находятся в пределах судебской компетенции»<sup>54</sup>. Очевидно, что некоторую степень неясности можно вменить любому правилу. Возможность пересмотра открывает только «нетерпимая» степень такой неясности.

Критерий «доверия» (англ.: *reliance*) затрагивает проблему обманутых ожиданий: необходимо выяснить, пользовалось ли правило таким доверием, которое делает последствия пересмотра особенно суровыми и добавляет к издержкам отказа от прежней позиции ещё и нечестность по отношению к тем, кто полагался на него, или причиняет значительный вред общественной стабильности. Считается, что эта проблема наиболее актуальна в коммерческом контексте: «соображения в пользу *stare decisis* наиболее сильны в делах, затрагивающих собственность и договорные права»<sup>55</sup>, поскольку в этих сферах «заблаговременное и очень точное планирование является наиболее очевидной необходимостью»<sup>56</sup>. Аборт, напротив, обычно является «незапланированным ответом на последствия незапланированного поведения». Отметив это обстоятельство, судьи тем не менее пришли к выводу, что степень доверия в данном случае нельзя точно измерить и что связанные с этим издержки пересмотра не исключены, поскольку «на протяжении двух десятилетий экономического и социального развития люди устраивали интимные отношения и делали выбор, который определяет их суждения о себе и их место в обществе, полагаясь на доступность аборта в том случае, если контрацепция окажется недостаточной»<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> В указанном деле прецедент, призванный определять подсудность споров, был признан неработоспособным по той причине, что на его основе подсудность невозможно было определить до тех пор, пока дело не будет рассмотрено по существу. Установленный им стандарт в результате только затягивал судебный процесс, вместо того чтобы ускорить его.

<sup>54</sup> *Casey*, 505 U.S. 833, 855.

<sup>55</sup> *USSC. Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 828 (1991).

<sup>56</sup> *Casey*, 505 U.S. 833, 856.

<sup>57</sup> *Ibid.* P. 856–857. Рассуждая о специальном запрете ретроактивных налоговых законов, Лон Фуллер справедливо отмечает, что «в своих решениях и расчетах люди учитывают все законы... Человек может принять решение овладеть

Критерий «современного развития права» (англ.: *new developments in law*) может быть задействован в том случае, когда относимые к делу принципы права за прошедшее время получили столь сильное развитие, что превратили прежнее правило в «остаток отвергнутой доктрины», не принимаемый в расчёт «доктринальный анахронизм» или даже «пережиток устаревшего конституционного мышления»<sup>58</sup>. Изучая решение по делу *Pou* в контексте последующего развития конституционного права, суд не нашёл повода усомниться в надёжности его оснований, упомянув прежние и новые правовые позиции, в которых были развиты принципы личной автономии, свободы, телесной неприкосновенности и т. д.

Критерий «изменившихся обстоятельств» (англ.: *changed circumstances*) предполагает, что факты могут настолько измениться или предстать настолько в ином свете, что прежнее правило будет неоправданным или нерелевантным в отношении предмета, который оно регулирует. Классическим примером является пересмотр позиции Верховного суда США по вопросам законодательного регулирования наёмного труда, которое предполагало ограничение свободы договора между работником и работодателем<sup>59</sup>. Как отмечают

---

конкретной профессией, жениться, ограничить или увеличить размер семьи, избавиться от своего имущества, — и все это решается с учетом существующего корпуса права, в который входят не только налоговые законы, но законы о собственности, договорное право и, возможно, даже избирательное законодательство, которое приводит к той или иной конфигурации политической власти» (Фуллер Л. Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой; под ред. А. Куряева; ред. кол.: Ю. Кузнецов, А. Якимчук и др. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 77). Другой автор ещё в конце XIX века высказывал предположение, что, «в первом приближении, кажется более неудобным всему народу сомневаться по поводу вопросов конституционного толкования, нежели сравнительно малому числу... по поводу какого-нибудь пункта в коммерческом праве» (*Chamberlain D.H. The Doctrine of Stare Decisis as Applied to Decisions of Constitutional Questions // Harvard Law Review. 1889. Vol. 3. P. 125–131, 131*).

<sup>58</sup> *Casey*, 505 U.S. 833, 855, 857. Этот критерий известен общему праву довольно давно. См.: Демченко Г. В. Указ. соч. С. 15.

<sup>59</sup> В то время как в начале XX века трудовое и социальное законодательство стран Европы бурно развивалось, постепенно формируя новые отрасли права, Верховный суд США на протяжении десятилетий оказывал упорное сопротивление усилиям Президента и Конгресса, позволяя лишь фрагментарное регулирование. Этот период в его истории получил именование «локнеровской эры», поскольку одним из первых и самых спорных стало решение по делу *Локнер против Нью-Йорка* (*Lochner v. New York*), 198 U.S. 45 (1905), где суд пришел к выводу, что закон штата Нью-Йорк, устанавливающий максимальную продолжительность рабочего времени в одной из отраслей промышленности,

судьи, к середине 1930-х годов вследствие Великой Депрессии для большинства людей стало ясным, что бескомпромиссная защита договорной свободы основывается на принципиально ложных фактических предпосылках относительно способности нерегулируемого рынка обеспечивать минимальный уровень человеческого благополучия<sup>60</sup>. В отношении дела *Роу* суд констатировал, что развитие медицинских технологий позволяет обеспечить выживание младенца на более ранних сроках беременности, равно как и безопасное для матери прерывание беременности на более поздних сроках, но всё это, по его мнению, не оказывает существенного влияния на предусмотренную прецедентом общую схему пределов реализации конкурирующих интересов во времени (то есть, в зависимости от trimestра беременности)<sup>61</sup>.

Тест *Кейси* не требует одновременного удовлетворения всех четырёх условий. Однако он предполагает, что одно только убеждение большинства судей в ошибочности прецедента, вызванное, скажем, изменением состава суда, не может служить основанием пересмотра<sup>62</sup>.

---

нарушает Четырнадцатую поправку к Конституции, поскольку ограничивает свободу договора. Суд указал, что «право свободного заключения договора является составной частью той свободы, которая защищается Четырнадцатой поправкой к федеральной Конституции». Основой для такого вывода стала клаузула о надлежащей правовой процедуре (англ.: *due process of law*), которая содержится также и в Пятой поправке, провозглашая, что никто не может быть лишен жизни, свободы и собственности без надлежащей процедуры. Суд, распространив упомянутое здесь понятие «свобода» также и на свободу договора в отношениях наёмного труда, впоследствии признал неконституционными множество законов. Так, в решении по делу *Адкинс против детского госпиталя* (*Adkins v. Children's Hospital*), 261 U.S. 525 (1923), неконституционным был признан закон, установивший минимум заработной платы для женщин и детей в округе Колумбия. Суд поддержал мнение, что продажа труда ничем не отличается от продажи товаров и что юридическое равенство работодателя и работника должно исключать столь серьёзное вмешательство со стороны государства. Ситуация изменилась только с принятием решения по делу *Уэст Кост Отель против Парриш* (*West Coast Hotel Co. v. Parrish*), 300 U.S. 379 (1937), где суд дезавуировал свою прежнюю позицию.

<sup>60</sup> *Casey*, 505 U.S. 833, 861–862.

<sup>61</sup> *Ibid.* P. 860.

<sup>62</sup> Судьи большинства подчёркивают: «Чтобы опровергнуть предшествующее право ни по какой другой причине, а только в связи с доводом, который противоречит взгляду, неоднократно повторявшемуся в наших делах, такое решение... должно опираться на некое специальное основание в дополнение к убеждению, что предыдущее дело было решено неправильно... «Фундамен-

Тем не менее, в некоторых более поздних решениях данный тест был воспринят не особенно серьёзно. Например, в решении по делу *Лоуренс против Техаса*<sup>63</sup> Верховный суд США пересмотрел прецедент, который просуществовал всего семнадцать лет. Предметом конституционной проверки было уголовное преследование за совершение гомосексуального полового акта. Прецедентом по делу *Бауэрс против Хардвика*<sup>64</sup> было установлено, что Конституция оставляет этот вопрос на усмотрение штатов, однако в новом деле суд решил, что подобное преследование недопустимо. Формулируя позицию большинства, судья Э.Кеннеди не стал излагать столь же обстоятельный анализ, какой имел место в деле *Кейси*. Из четырёх критериев для оценки возможного пересмотра прямо упоминается только критерий «доверия»: по мнению судьи, когда речь идёт о прецеденте, признающим и защищающим некий интерес в качестве конституционной свободы, «индивидуальное или общественное доверие к существованию этой свободы с особенной силой говорит против пересмотра», но в данном случае «нет такой индивидуальной или общественной веры в [прецедент по делу] *Бауэрс*, которая могла бы говорить против опровержения его существования, когда имеются убедительные аргументы сделать это»<sup>65</sup>. Здесь же он, многозначительно цитируя начальную сентенцию решения по делу *Кейси* («свобода не найдёт убежища в юриспруденции сомнений»<sup>66</sup>), приходит к заключению, что решение по делу *Бауэрс* «не было правильным, когда оно принималось, и остаётся неправильным и в наши дни»<sup>67</sup>. Получается, ошибка была изначальной; контекст принятого ранее решения остался в целом прежним, а изменилось только мнение суда.

Подобное развитие американской судебной практики заставляет несколько иначе взглянуть на сферу применения теста *Кейси*. По сути, речь идёт о введении дополнительного критерия, который можно обозначить как «воздействие на свободу». Когда пересмотр прецедента открывает новую сферу конституционных прав, осталь-

---

тальная перемена в праве на основании не более прочном, чем перемена в нашем составе, способствует популярному заблуждению, что данный орган не многим отличается от двух политических ветвей власти. Никакое другое заблуждение не могло бы причинить более серьёзный вред Суду и системе права, служение которому является нашей постоянной миссией» (Ibid. P. 864).

<sup>63</sup> USSC. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>64</sup> USSC. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>65</sup> *Lawrence*, 539 U.S. 558, 577.

<sup>66</sup> *Casey*, 505 U.S. 833, 844.

<sup>67</sup> *Lawrence*, 539 U.S. 558, 578.

ные критерии могут и не применяться — во всяком случае, относительный вес этих критериев уменьшается. И наоборот, если переосмотр приводит к сокращению объёма этих прав, то проверка его обоснованности должна быть очень строгой<sup>68</sup>. С точки зрения подобной дифференциации легко объяснимы лаконичность и отсутствие щепетильности по отношению к прецеденту, свойственные, скажем, решению Верховного суда США по делу *Браун против Совета по образованию Тоупики*<sup>69</sup>. Интерес некоторой части населения к сохранению режима сегрегации не был «интересом конституционной свободы»; в этом деле не было и речи об отмене или умалении какой-либо конституционно гарантированной свободы граждан, ибо никакого субъективного права на сегрегацию в публичном пространстве никогда не существовало.

Независимо от того, насколько строго должны применяться критерии, перечисленные в решении по делу *Кейси*, можно констатировать, что эта судебная кодификация стала выражением общей тенденции к росту популярности прецедентной аргументации в конституционном праве США, которую к середине 1980-х годов стали всё более активно использовать как «либеральные», так и «консервативные» судьи<sup>70</sup>.

## 2. Канада: тест *Бедфорд/Картер*

Критерии, аналогичные американскому тесту *Кейси*, были разработаны и Верховным судом Канады в его практике по конституционным делам. Знаковым стало единогласно принятое в 2013 году решение по делу *Канада против Бедфорд*<sup>71</sup>, где были сформулированы условия, при которых допускается так называемый предвосхищающий пересмотр (англ.: *anticipatory overruling*). Речь идёт о ситуации, когда нижестоящий суд «возвращается к предмету», по которому

---

<sup>68</sup> Исследуя практику суда «после» решения по делу *Кейси*, один из авторов резюмирует: «Когда предыдущее решение принимало экспансивную точку зрения по поводу конституционно гарантированных свобод индивида, оно с гораздо большей вероятностью должно было пользоваться уважением как обязательное, нежели те прецеденты, которые принимали ограничительную позицию» (*Ensign D. C. The Impact of Liberty on Stare Decisis: The Rehnquist Court from Casey to Lawrence // New York University Law Review. 2006. Vol. 81. P. 1138*).

<sup>69</sup> USSC. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>70</sup> См.: *Powe Jr. L. A. Intragenerational Constitutional Overruling // Notre Dame Law Review. Vol. 89. 2014. No. 5. P. 2113–2114*.

<sup>71</sup> Supreme Court of Canada (далее — SCC). *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

уже состоялся прецедент Верховного суда, как бы «предвосхищая» будущий пересмотр такого прецедента. Верховный суд указал, что нижестоящие суды вправе рассмотреть и оценить аргументы, которые не были высказаны в прецедентном деле, ибо по сути они образуют «новый юридический вопрос» (англ.: *new legal issue*). Кроме того, «вернуться к предмету» можно и в том случае, когда новый юридический вопрос возникает вследствие значительного развития права, а также если произошло изменение обстоятельств или доказательств, фундаментально меняющее параметры обсуждения<sup>72</sup>. Эти критерии почти дословно совпадают с критериями «современного развития права» и «изменившихся обстоятельств», которые были выработаны Верховным судом США. Однако «значительное развитие права» канадский суд склонен рассматривать как частный случай более общего критерия, который состоит в наличии «нового юридического вопроса».

В отношении некоторых оснований и доводов жалобы Верховный суд Канады посчитал аргументацию заявителей не отвечающей ни одному из указанных выше критериев, но даже в этой части он в принципе допустил возможность отклонения от прецедента, если к такому решению приведёт поиск баланса между «правильностью» и определённой, которые суд должен будет подвергнуть взвешиванию<sup>73</sup>. Необходимость оценить в конкретном деле вес принципа определённости, безусловно, напоминает американский критерий «доверия».

Через два года тест, выработанный в деле *Бедфорд*, получил подтверждение в решении суда по делу *Картер против Канады*<sup>74</sup>, где был подвергнут пересмотру прецедент, допускавший уголовное преследование лиц (в основном врачей), принимавших участие в совершении активной эвтаназии<sup>75</sup>. Достаточно громкое в силу своей материально-правовой значимости, это решение позволяет также отметить важное содержательное различие между канадским и американским подходами к установлению «изменившихся обстоятельств». В качестве доказательств такого изменения канадские

---

<sup>72</sup> Ibid. § 42.

<sup>73</sup> Ibid. § 46–47.

<sup>74</sup> SCC. *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

<sup>75</sup> SCC. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

Об этом прецеденте см.: *Мелкевик Б.* Ответственность перед лицом смерти: Дело Сью Родригез, рассмотренное Верховным судом Канады // *Известия вузов. Правоведение.* 2013. № 2. С. 161–171.

суды приняли во внимание, что спустя два десятилетия среди западных демократий появилось сразу несколько юрисдикций, допускающих активную эвтаназию<sup>76</sup>, в связи с чем значительно ослаб тот «прочный консенсус» по поводу запрета и наказуемости, который существовал среди западных стран в 1993 году<sup>77</sup>. Соответствующие данные о зарубежном нормативном регулировании и практике его применения были учтены в ходе применения теста на пропорциональность<sup>78</sup>. Подобная аргументация нетипична для Верховного суда США, где использование сравнительно-правового метода в толковании национальной Конституции встречается серьезный скепсис<sup>79</sup>.

Перечисленные критерии допустимого пересмотра не были нововведением. Как и решение по делу *Кейси* в США, они всего лишь отражают предшествующую практику высшего суда<sup>80</sup>. Однако тест *Бедфорд/Картер*, в отличие от теста *Кейси*, содержит только три критерия («новый юридический вопрос», «фундаментальное изменение обстоятельств или доказательств», «определённость»). Четвёртый критерий теста *Кейси*, «работоспособность», прослеживается в практике Верховного суда Канады весьма явно<sup>81</sup>, однако в новейших решениях упомянут не был. С другой стороны, он не был и напрямую отвергнут. Дело *Бедфорд*, как и дело *Картер*, посвящено допустимости именно «предвосхищающего пересмотра», поэтому, вполне возможно, суд вообще не имел намерения дать исчерпывающий перечень критериев, обозначив только те из них, которые могут применяться нижестоящими судами. Кроме того, критерий «работоспособности» — по крайней мере, в той части, в какой он оправдывает пересмотр прецедента, вносящего путаницу и не-

---

<sup>76</sup> См.: *Carter*, § 8.

<sup>77</sup> См.: *Ibid.* § 47.

<sup>78</sup> См.: *Ibid.* § 25–28, 102–121.

<sup>79</sup> Подробнее об использовании этого метода в конституционном толковании, в том числе в канадской и американской практике, см.: *Троицкая А. А., Храмова Т. М.* Использование органами конституционного контроля зарубежного опыта // *Государство и право*. 2016. № 8. С. 5–22.

<sup>80</sup> По поводу предшествующей практики см.: *Parkes D.* Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada // *Manitoba Law Journal*. Vol. 32. 2007. No. 1. P. 135–162; *Eadem.* Precedent Revisited: Carter v Canada (AG) and the Contemporary Practice of Precedent // *McGill Journal of Law and Health*. Vol. 10. 2016. No. 1. P. 123–158.

<sup>81</sup> См., например: *SCC. R. v. Askov* [1990] 2 S. C. R. 1199; *R. v. Henry* [2005] 3 S. C. R. 609, 2005 SCC 76; *R. v. Kapp* [2008] 2 S. C. R. 483, 2008 SCC 41.

ясность, — может рассматриваться как частный случай критерия «определённости»<sup>82</sup>.

### 3. Ирландия: тест *Могула/Джордан*

В течение нескольких десятилетий после того, как страна обрела независимость, Верховный суд Ирландии не признавал возможность пересмотра собственных прецедентов<sup>83</sup>. Хотя некоторые авторы (например, С. Хенчи, будущий судья этого суда), настаивая на большей гибкости, полагали, что вопрос о пределах обязывающей силы прецедента в его практике следует считать открытым, они всё же были вынуждены констатировать, что ещё ни в одном из решений суд не указал, при каких условиях он мог бы пойти на пересмотр<sup>84</sup>. Причина, вероятно, состояла в том, что в этот период в статусе высшей судебной инстанции он считал себя, скорее, преемником британской Палаты лордов, нежели британского Апелляционного суда Ирландии, который придерживался более свободной трактовки принципа *stare decisis*<sup>85</sup>.

Ситуация изменилась в середине 1960-х годов. «Первой ласточкой» послужило мнение судьи Б. Уэлша в постановлении по делу *Куинн против Райана*<sup>86</sup>, где он выступил против того, чтобы рассматривать ирландский Верховный суд в качестве преемника Палаты лордов, и усомнился в пригодности английской судебной методологии к толкованию писанных конституций и конституционному контролю законодательства, полагая более удачным образцом Верховный суд США<sup>87</sup>. В духе доктрины Брэндайса он определяет

---

<sup>82</sup> Характерно замечание Б. Диксона, Главного судьи Верховного суда Канады в 1984–1990 гг., который в одном из своих особых мнений приводил в пользу пересмотра тот аргумент, что «предшествующее решение было само по себе причиной неопределённости, а значит, следование этому... решению по мотиву [соблюдения принципа] *stare decisis* противоречило бы ценности, которая лежит в основе этой доктрины, то есть, ясности и определённости права» (SCC. R. v. *Bernard* [1988] 2 S. C. R. 833, 858).

<sup>83</sup> См.: Supreme Court of Ireland (далее — SCI). *U.S. Maritime Commission v. Cork Harbour Commissioners* [1939] IR 165, 187; *Smith v. Cavan and Monaghan County Councils* [1949] IR 322, 332, 388; *Attorney General and the Minister for Posts and Telegraphs v. C. I. E.* (1956) 90 ILTR 139, 141.

<sup>84</sup> См.: *Henchy S.* Precedent in the Irish Supreme Court // *Modern Law Review*. 1962. Vol. 25. P. 544–558, 553–554.

<sup>85</sup> См.: *Walsh I.* Precedent in Former Irish Superior Courts // *Irish Jurist (New Series)*. 2005. Vol. 40. P. 160–187, 182–184.

<sup>86</sup> SCI. *The State (Quinn) v. Ryan* [1965] IR 70.

<sup>87</sup> См.: *Ibid.* P. 126.

принцип *stare decisis* как «политику» суда, а не какое-то обязательное и к тому же неизменное правило. В то же время он упомянул достоинства этого принципа и сделал вывод, что суд не должен отклоняться от предшествующего решения, если для этого нет «самых веских причин»<sup>88</sup>.

Решающим событием стало принятое вскоре постановление по делу *Генеральный атторней и министр обороны против Райанс Кар Хайар*<sup>89</sup>, в котором Верховный суд Ирландии впервые совершил открытый пересмотр установленного им прецедента. В своём лидирующем мнении судья Т. К. Кингсмилл Мур указал, что соображения определённости, стабильности и предсказуемости права, при всей их значимости, не могут оправдать решение, которое высший суд в силу веских причин считает ошибочным. Напомнив, что даже Палата лордов всегда допускала исключение на тот случай, если судьи упустили из виду применимое к делу положение статутного права, он предположил, что подобный подход справедлив и тогда, когда судьи не знали о каком-либо другом важном источнике, а также в ситуации, когда какой-нибудь вопрос вообще не был рассмотрен или был разрешён без обсуждения. Строгое требование соблюдения прецедентов должно уступить место более «эластичной формуле», а именно: если высший суд полагает несомненным, что решение ошибочно, он вправе отказаться следовать ему. И хотя судья подчеркнул, что речь должна идти только об «исключительных случаях» наподобие указанных выше, в этом деле он воздержался от попытки привести их полный перечень<sup>90</sup>.

Дальнейшее уточнение позиции суда предпринял судья С. Хенчи в постановлении по делу *Могул Ирландии против Совета графства Типперэри (Северный округ)*<sup>91</sup>. Он сразу отметил, что «между непреклонностью и непостоянством должен быть установлен баланс», и в связи с этим сформулировал несколько руководящих идей, призванных прояснить понятия «веских причин» и «исключительных случаев». По его мнению, решение, принятое судом в полном составе по результатам всестороннего обсуждения дела и рассмотрения всех имеющих значение материалов, как правило, не должно пере-

---

<sup>88</sup> См.: Ibid. P. 127.

<sup>89</sup> SCI. *Attorney General and Minister for Defence v. Ryan's Car Hire Ltd* [1965] IR 642.

<sup>90</sup> См.: Ibid. P. 654.

<sup>91</sup> SCI. *Mogul of Ireland v. Tipperary (North Riding) County Council* [1976] IR 260.

сма­тривать­ся толь­ко на том ос­но­ва­нии, что суд или боль­шин­ство его чле­нов скло­ня­ют­ся в но­вом де­ле к и­ным вы­во­дам. Ошибочность ре­ше­ния дол­жна быть не­со­м­нен­ной, ина­че но­вый пре­це­дент то­же ока­жет­ся от­кры­тым для пе­ре­смот­ра. Не­до­статоч­но ус­та­но­вить воз­мож­ность и­но­го ис­тол­ко­ва­ния при­ме­ни­мо­го пра­ва; не­об­хо­ди­мо по­ка­зать, что пе­ре­смот­ра тре­бу­ет спра­вед­ли­вость, в чём едва ли мож­но быть уве­рен­ным, если «нет ни­ка­ких но­вых фак­то­ров, ни­ка­ко­го из­ме­не­ния в ос­но­во­по­ла­га­ю­щих пред­по­сыл­ках, и ни на­мё­ка на то, что ре­ше­ние вы­з­ва­ло не­бла­го­при­ят­ные по­след­ствия, ко­то­рые не бы­ли пред­ви­ди­мы су­дом». Бо­лее то­го, да­же если ошиб­ка не­со­м­нен­на, то и в э­том слу­чае суд мож­ет в ин­те­ре­сах спра­вед­ли­во­сти от­ка­зать­ся от пе­ре­смот­ра, если пре­це­дент глу­бо­ко укор­е­нил­ся в прак­ти­ке и если в сво­их дей­ствиях лю­ди по­ла­га­лись на его пра­виль­ность до та­кой сте­пени, что его пе­ре­смот­р при­чинит е­щё боль­ший вред<sup>92</sup>.

Пе­ре­чис­лен­ные кри­те­рии, од­на­ко, бы­ли сфор­му­ли­ро­ва­ны су­дом в спо­ре о тол­ко­ва­нии за­ко­но­да­тель­ства, а не Кон­сти­ту­ции. Это по­з­во­ли­ло су­дье Р. Ки­ну, из­ла­гая осо­бое м­не­ние в *пя­том де­ле Об­ще­ства по за­щи­те не­ро­ж­дён­ных де­тей в Ир­лан­дии про­тив Гро­га­на*<sup>93</sup>, пред­по­ло­жить, что в спо­рах по по­во­ду кон­сти­ту­ци­он­ных прав гра­ждан пра­ви­ла пе­ре­смот­ра дол­жны быть бо­лее гиб­ки­ми, по­сколь­ку в э­том слу­чае тол­ку­е­мые по­ло­же­ния за­тра­ги­ва­ют ин­те­ре­сы не от­дель­ной чёт­ко оп­ре­де­лён­ной и уз­ко очер­чен­ной ча­сти на­се­ле­ния, а го­раз­до бо­лее ши­ро­ко­го кру­га гра­ждан. В под­твер­жде­ние сво­ей ги­по­те­зы он при­во­дит три при­ме­ра из прак­ти­ки Вер­хов­но­го су­да Ир­лан­дии, ко­гда «ве­ро­ят­ное на­ру­ше­ние кон­сти­ту­ци­он­ных прав гра­ждан или дру­гие ве­со­мые кон­сти­ту­ци­он­ные со­об­ра­же­ния рас­с­ма­три­ва­лись как оп­рав­да­ние для от­кло­не­ния от пре­ж­них ре­ше­ний». Это, во­пе­р­вых, по­ста­но­в­ле­ние по де­лу *Мак­гим­пси про­тив Ир­лан­дии*<sup>94</sup>, в ко­то­ром суд при­шёл к вы­во­ду, что ста­тья 2 Кон­сти­ту­ции вы­ра­жа­ет не по­ли­ти­че­ское, а юри­ди­че­ское пра­во ир­лан­д­ской на­ции на вос­со­еди­не­ние<sup>95</sup>. Вто­рой при­мер — по­ста­но­в­ле­ние по де­лу *Фин­у­кейн*

---

<sup>92</sup> См.: Ibid. P. 272 ff.

<sup>93</sup> SCI. *Society for the Protection of the Unborn Children (Ireland) Ltd v. Grogan* (No. 5) [1997] IESC 4.

<sup>94</sup> SCI. *McGimpsey v. Ireland* [1990] IESC 3.

<sup>95</sup> Дан­ная ста­тья в её пре­ж­ней ре­дак­ции (до 1998 го­да) гла­си­ла, что «на­ци­о­наль­ная тер­ри­то­рия вклю­ча­ет в се­бя весь о­стров Ир­лан­дия, при­ле­га­ю­щие к не­му о­стро­ва и тер­ри­то­ри­аль­ные во­ды». По­дроб­нее о тол­ко­ва­нии э­той нор­мы в прак­ти­ке су­да см.: *Dickson B. The Irish Supreme Court: Historical and Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press, 2019. P. 146–149.

против Макмахона<sup>96</sup>. В этом деле суд признал «политическими» те обвинения, которые Великобритания предъявляла участникам незаконных вооружённых формирований наподобие Ирландской республиканской армии, чьей целью было насильственное свержение британского правления в Северной Ирландии. Новая правовая позиция суда стала основанием для отказа в экстрадиции такого рода обвиняемых и осуждённых, многие из которых бежали в Республику из североирландских тюрем<sup>97</sup>. Наконец, в постановлении по делу Кенни<sup>98</sup>, третьем из указанных судьёй Р. Кином, суд провозгласил практически абсолютное правило об исключении доказательств, полученных органами уголовного преследования с нарушением конституционных прав граждан (*exclusionary rule*). Во всех трёх постановлениях пересмотр прецедентов привёл к расширению сферы конституционных прав, будь то коллективные права ирландской нации или индивидуальные права граждан в их столкновении с публичным интересом, при этом тест *Могула* суд использовал только во втором деле.

Хотя в тот момент судья Р. Кин был в меньшинстве, и пересмотр не состоялся, никто из судей большинства не высказал несогласие с его предложением по поводу ещё большей гибкости в конституционных делах<sup>99</sup>. С другой стороны, его особое мнение не было востребовано в судебной практике последующего десятилетия<sup>100</sup>. Кроме того, приводимые судьёй примеры серьёзно отличались от конкретного дела, в котором он призывал к пересмотру. Предметом рассмотрения в этом деле было не столкновение конституционных прав с публичным интересом, а, как он сам отмечает, «сложная и часто обсуждаемая проблема, которую представляют собой конфликтующие конституционные права». Прецедент запрещал распространять в Ирландии информацию о зарубежных клиниках, оказывающих услуги по совершению аборта. В подобной ситуации пересмотр к выгоде одного из прав, а именно права граждан на распространение и получение информации, было бы умалением признанной ранее сферы права на жизнь, принадлежащего ещё не рождённому ребёнку.

---

<sup>96</sup> *SCI. Finucane v. McMahon* [1990] 1 IR 165.

<sup>97</sup> Подробнее см.: *Dickson B. Op. cit.* P. 166; *Forde M., Leonard D. Op. cit.* P. 843.

<sup>98</sup> *SCI. The People (DPP) v. Kenny* [1990] 2 IR 110.

<sup>99</sup> См.: *Dickson B. Op. cit.* P. 123.

<sup>100</sup> См.: *Binchy W. The Supreme Court of Ireland // Judicial Activism in Common Law Supreme Courts / ed. by B. Dickson. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 169–216, 177 (fn. 40).*

На самом деле, аргументация судьи в пользу пересмотра отнюдь не выглядит менее строгой, чем это предполагалось в *деле Могула*. В частности, он упоминает целый ряд последующих событий, таких как постановление Европейского Суда по правам человека, признавшего, что права заявителей в прецедентном деле были нарушены, а также важные постановления самого Верховного суда Ирландии по делам об абортах, где широкое толкование получили конституционные гарантии прав матери. Всё это можно рассматривать как «новые факторы», потенциально влияющие на судьбу прецедента. Судья также обратил внимание на тот фрагмент прецедентного решения, где суд прямо указал, что конкурирующее право на жизнь, принадлежащее матери, не входило в предмет рассмотрения, поскольку дело было возбуждено только против организации, которая распространяла информацию о клиниках и которая при этом не настаивала в процессе, что её усилия были продиктованы стремлением обеспечить реализацию именно этого права беременных женщин. Такое сознательное упущение давало повод для критики прецедента как принятого в отсутствие «всестороннего обсуждения».

Дальнейшее развитие позиции суда на основе особого мнения судьи Р.Кина предпринял недавно судья Д. О’Доннелл. Вначале он с одобрением сослался на него в совпадающем мнении по *делу Джей Си*<sup>101</sup>, указав, что в конституционных спорах тест *Могула* имеет меньшую силу. В этом деле суд пересмотрел упомянутый выше прецедент по *делу Кенни* и, руководствуясь публичным интересом в борьбе с преступностью, смягчил правило об исключении доказательств. Оправдывая пересмотр, судьи большинства отметили, помимо прочего, тенденцию развития уголовно-процессуального законодательства и практики доказывания в странах англосаксонского права, а также повышение общей культуры уголовных исследований в Ирландии, подкрепляя это утверждение некоторой статистикой.

Позднее, в лидирующем мнении по *делу Джордан против министра по делам детей и молодёжи и других*<sup>102</sup>, судья Д. О’Доннелл изложил свои взгляды более подробно. По его представлению, теста *Могула* в конституционном контексте должен применяться в модифицированном виде, поскольку риски, связанные с ошибочным ис-

---

<sup>101</sup> SCI. *The People (DPP) v. J. C.* [2015] IESC 31.

<sup>102</sup> SCI. *Jordan v. Minister for Children and Youth Affairs and Others* [2015] IESC 33.

толкованием Конституции, гораздо выше, чем в иных случаях. Более того, отклонение от прецедента иногда становится необходимостью даже в отсутствие какой-либо ошибки, поскольку «в свете опыта или в новых условиях, которые не существовали в момент принятия первоначального решения, может оказаться очевидным, что это решение больше не должно рассматриваться как [надлежащее] истолкование Конституции». Последняя представляет собой «длящийся диалог между поколениями», поэтому «когда мы говорим... о том, что народ, принял и даровал себе Конституцию, это непременно подразумевает также одобрение Конституции последующими поколениями, а также [некоторые] приращения к ней в процессе конституционного толкования». Указанный процесс представляет собой «часть исторической преемственности и важное проявление межпоколенческого диалога и солидарности». Однако предоставленное суду полномочие по толкованию и применению Конституции — это очень «весомое полномочие», поэтому «было бы уместным признанием значимости и размаха этого полномочия, если бы судьи подходили к своей задаче с осторожностью и смирением, частью которого является доктрина прецедента». Будучи значимой частью отправления правосудия, которого требует Конституция, эта доктрина «обеспечивает качества определённости и предсказуемости, существенные и, на самом деле, жизненно важные части этой системы». Тот факт, что суд прежде уже рассмотрел вопрос вдумчиво и внимательно — это существенный фактор, которым нельзя легко пренебречь, поэтому «необходимо тщательно проанализировать аргументацию предшествующего решения, равно как и любой другой аргумент в его поддержку, прежде чем отклониться от него». Но если суд всё-таки «сознательно приходит к выводу, что предшествующее решение неверно и не может оставаться в силе, его очевидный долг — сказать об этом», и исполнению этого долга неспособно помешать даже то, что в этом пункте «могут иметь место добросовестные и при этом энергичные разногласия».

Суть предложенной модификации — отказ от принятой ранее идеи, что для пересмотра прецедента необходимо установить несомненную ошибку и что ошибка должна быть изначальной. Иными словами, Верховный суд Ирландии признал, что в сфере конституционного толкования решение о пересмотре может иметь дискреционный характер и что ошибки могут быть эвентуальными. Однако требование «новых факторов», хотя бы и в другой формулировке, было подтверждено: такое решение возможно только «в свете опы-

та или новых условий». Поскольку суд не нашёл повода усомниться в конкретном прецеденте, подобные факторы не были предметом анализа и оценки в этом деле. В качестве актуальной судебной доктрины модифицированный тест *Могула/Джордан* упоминается в последующих решениях суда<sup>103</sup>, а также в особых мнениях<sup>104</sup>, но всё ещё не получил положительного применения.

#### 4. Австралия: тест *Эйкина/Джон*

Возможность пересмотра собственных прецедентов Высокий суд Австралии подтвердил ещё в начале XX века в постановлении по делу *Австралийская сельскохозяйственная компания против Федеративной ассоциации машинистов и пожарных Австралии*<sup>105</sup>. Лидирующим считается мнение судьи А. Айзекса, который, опираясь на деклараторную теорию<sup>106</sup>, выдвинул идею, что Высокий суд вправе переменить свои взгляды, если предшествующее решение «явно неверно» и при этом «никакие обстоятельства не противятся первостепенному долгу применения права таким, каким находит его Суд». Независимо от последствий он должен отвергнуть «очевидно неверное» решение и исполнить свой долг, а именно «объявить истинное право». Рассуждая о конкретном прецеденте, к которому было приковано внимание в этом деле, судья заключил, что решение было «явно ошибочным» и что никакие обстоятельства не создают препятствий для исправления данной ошибки<sup>107</sup>.

Трудно рассматривать в качестве полноценных правил пересмотра столь размытые формулировки, быстро встретившие признание в качестве общих мест, но не получившие авторитетного разъяснения. Как следствие, в литературе иногда встречается мнение, что Высокий суд Австралии вообще не связан своими прецедентами<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> См.: *SCI. W.T. and others v. Minister for Justice and Equality and others* [2015] IESC 73.

<sup>104</sup> См.: *SCI. Redmond v. Ireland and another* [2015] IESC 98, *per* Charleton J; *Dun Laoghaire Rathdown County Council v. Westwood Club Ltd* [2019] IESC 43, *per* Charleton J.

<sup>105</sup> High Court of Australia (далее — HCA). *Australian Agricultural Company v. Federated Engine-Drivers and Firemen's Association of Australasia* (1913) 17 CLR 261.

<sup>106</sup> См.: *Ibid.* P. 275.

<sup>107</sup> См.: *Ibid.* P. 278–279.

<sup>108</sup> См., например: *Богдановская И. Ю.* Прецедентное право. М.: Наука, 1993. С. 212; *Gifford D. J.* *Understanding the Australian Legal System.* Sydney; London: Cavendish Publishing (Australia) Pty Limited, 1997. P. 57; *Williams J. M.* *The Griffith Court // The High Court, the Constitution and Australian Politics*

Подобная оценка, однако, преувеличивает степень его свободы, по поводу которой сам он предпочитает высказываться более осторожно. Например, в постановлении по *делу Томаса*<sup>109</sup> он отказался изменить свою правовую позицию, прямо сославшись для этого на прецедентную силу своих решений. «Последовательность и согласованность права, — заявляет от имени суда Главный судья Д. Летхэм, — требуют, особенно в этом Суде, который является высшим апелляционным судом Австралии, чтобы соблюдался принцип *stare decisis*, не считая разве что самых исключительных случаев». Суд, как отмечается далее, «не связан своими предшествующими решениями», но только в том смысле, что доктрина прецедента не может «абсолютно исключить пересмотр принципа, одобренного и применённого в каком-нибудь прошлом деле». Что особенно важно, Главный судья приходит к мысли, что «изменения в персональном составе судей» (а значит, и соответствующая перемена мнений внутри суда) «сами по себе не могут служить доводом в пользу пересмотра». Правда, в завершение он сопровождает постановление оговоркой, что всё сказанное не касается конституционных дел, где в пользу пересмотра могут существовать соображения, которые не возникают в других делах. Это связано с тем, что в Австралии парламент не может изменить Конституцию (поправки к ней должны приниматься на референдуме)<sup>110</sup>. Рассматривая *дело о политической свободе слова*<sup>111</sup>, суд вновь единодушно отметил то обстоятельство, что «ошибки в конституционном толковании невозможно исправить законодательным путём», в связи с чем «подход Суда к конституционным вопросам не обязательно должен быть таким же, как в вопросах по поводу общего права и статутов». Тем не менее, хотя «Суд не связан своими предшествующими решениями» и не предлагает никаких «правил или набора факторов для возобновления [обсуждения] правильности его решений», он готов совершить пересмотр «только с величайшей осторожностью и при наличии серьёзных причин», если решение касается вопроса «жизненной конституционной важности» и «очевидно неверно».

---

/ ed. by R. Dixon and G. Williams. Melbourne: Cambridge University Press, 2015. P. 77–97, 88.

<sup>109</sup> HCA. *Perpetual Executors and Trustees Association of Australia Ltd v. Federal Commissioner of Taxation* (1949) 77 CLR 493.

<sup>110</sup> См.: Ibid. P. 496.

<sup>111</sup> HCA. *Lange v. Australian Broadcasting Corporation* [1997] HCA 25, (1997) 189 CLR 520.

Исследование практики Высокого суда Австралии показывает, что в поисках «правильного» истолкования Конституции судьи не готовы пренебречь важностью соблюдения прецедентов<sup>112</sup>. Идея о том, что перемена мнений внутри суда сама по себе недостаточна для пересмотра, давала о себе знать в конституционных делах неоднократно<sup>113</sup>. Наиболее показательным примером служит постановление по *втором деле о сенаторах территорий*<sup>114</sup>, где во второй раз обсуждался вопрос о том, могут ли территории, так же как и штаты, иметь своё представительство в Сенате (верхней палате австралийского парламента). Незадолго до этого суд при перевесе всего лишь в один голос ответил на этот вопрос утвердительно<sup>115</sup>. Каждая из территорий после этого сразу же провела всеобщие выборы, на которых население выбрало своих сенаторов. Новая инициатива заявителей (штатов) имела шансы на успех, поскольку за это время в суде сменился один из судей, в результате чего новое большинство принадлежало противникам состоявшегося решения. Тем не менее, прецедент не был пересмотрен: эту инициативу отказались поддержать судьи Г. Гиббс и Н. Стивен, которые в первом деле голосовали против (и даже продолжали считать решение ошибочным). Мотивом для них послужила прецедентная сила решения, которое, как замечает судья Н. Стивен, было «тщательно аргументировано» и принято при участии всех членов суда по результатам «полноценного обсуждения», когда «устоявшиеся принципы права» не давали «ясного руководства». В подобной ситуации «разные умы могли прийти к разным умозаключениям», но это само по себе не даёт оснований для пересмотра.

В этом же постановлении судья К. Эйкин попытался на основе предшествующей практики сформулировать тест, призванный помочь в разрешении вопроса о пересмотре прецедентов конституционного толкования. Он предложил учитывать пять критериев, а именно: 1) не становится ли ошибочность решения очевидной благодаря последующим делам, в которых оно не было пересмотрено напрямую; 2) соответствуют ли решения чёткой линии указаний суда и не противоречат ли какому-нибудь устоявшемуся принципу;

---

<sup>112</sup> См.: *Boeddu G., Haigh R. Terms of Convenience: Examining Constitutional Overrulings by the High Court // Federal Law Review. 2003. Vol. 31. P. 167–194, 193.*

<sup>113</sup> См.: *Ibid.* P. 170.

<sup>114</sup> *HCA. Queensland v. Commonwealth [1977] HCA 60, (1977) 139 CLR 585.*

<sup>115</sup> См.: *HCA. Western Australia v. Commonwealth [1975] HCA 46, (1975) 134 CLR 201.*

3) можно ли свести прецедентную силу решения к более узкому вопросу, по поводу которого оно состоялось, и не выходят ли его последствия за пределы этого вопроса; 4) является ли решение изолированным в том смысле, что оно не подкреплено предшествующими решениями и не образует часть некоторой цепочки дел; 5) касается ли решение настолько фундаментального положения Конституции или вопроса такой «жизненной конституционной важности», что оно, весьма вероятно, будет иметь далеко идущие последствия, хотя бы и не вполне доступные сейчас для детального прогноза. Перечисленные факторы, по замечанию судьи, не образуют исчерпывающий перечень; кроме того, они «в некоторой степени накладываются друг на друга».

Указанные «общие соображения», как их обозначил К.Эйкин, были в одном из последующих дел<sup>116</sup> с одобрением восприняты и переосмыслены судьёй Г.Гиббсом, мнение которого, в свою очередь, послужило основой для выработки практически единодушной позиции суда в постановлении по делу *Джон против Федерального комиссара по налогам и сборам*<sup>117</sup>, где рассматривался спор о толковании законодательства. Суд высказал намерение принимать во внимание четыре фактора: 1) опирается ли предшествующее решение на какой-либо принцип, тщательно разработанный в значительном и непрерывном ряде случаев; 2) имелось ли какое-то различие между аргументами судей большинства, принявшего решение; 3) принесло ли решение какой-нибудь полезный результат или причинило существенное неудобство; 4) послужило ли решение самостоятельной основой для совершения действий, природа которых препятствует пересмотру прецедента, как это было во *втором деле о сенаторах территорий* (где пересмотр означал бы отмену сенатского представительства, предоставленного их жителям согласно ранее принятому решению).

Хотя первый предложенный тест был мнением лишь одного из судей, а второй был сформулирован судом при пересмотре прецедента статутного толкования, и тот и другой востребованы в мотивах решений по конституционным делам<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> См.: HCA. *Commonwealth v. Hospital Contribution Fund* [1982] HCA 13, (1982) 150 CLR 49.

<sup>117</sup> HCA. *John v. Federal Commissioner of Taxation* [1989] HCA 5, (1989) 166 CLR 417.

<sup>118</sup> См., например: HCA. *Street v. Queensland Bar Association* [1989] HCA 53, (1989) 168 CLR 461, *per* Mason CJ, Dawson J, Toohey J, Gaudron J, and McHugh J;

Пристальный анализ аргументации судей позволяет сделать некоторые дополнительные выводы. Замечено, во-первых, что суд более расположен к пересмотру прецедента, если это ведёт к расширению сферы конституционных прав граждан или, во всяком случае, если новое решение не покушается на эти права<sup>119</sup>. Во-вторых, он учитывает то, в какой степени органы власти в своей деятельности полагались на его прецеденты, особенно когда речь идёт о фискальном планировании<sup>120</sup>. В-третьих, серьёзное значение для него имеет уровень общественного беспокойства, которое пересмотр может вызвать, нарушив сложившиеся в обществе ожидания<sup>121</sup>.

### 5. Англия: «когда это покажется правильным»?

Отказ от доктрины Холсбери был провозглашен в Англии в 1966 году, когда Палата лордов Соединённого Королевства, неожиданно для всех, выпустила так называемое Заявление по вопросам практики<sup>122</sup>. По форме оно представляло собой нечто вроде пресс-релиза, в котором лорд-канцлер от имени всех членов высшего суда сообщал, что отныне Палата лордов считает для себя возможным отступить от прецедента, «когда это покажется правильным» (англ.: «*when it appears right to do so*»). Никаких специальных условий пересмотра автор Заявления напрямую не обозначил: он лишь заверил, что Палата будет «учитывать опасность ретроспективного нарушения основы состоявшихся договоров, актов распоряжения имуществом и фискальных мероприятий, а также особую потребность в определённости, когда речь идет об уголовном праве». Считается в связи с этим, что «после Заявления по вопросам практики Палата лордов стала первым и единственным [в Англии] судом, который *абсолютно свободно* (курсив наш. — Авт.) может отклонять свои прецеденты»<sup>123</sup>.

Аргументы, выдвинутые в Заявлении, состояли в том, что «слишком жёсткая приверженность прецеденту может привести

---

*Newcrest Mining (WA) Ltd v. Commonwealth* [1997] HCA 38, per Brennan CJ and Gummow J; *Wurridjal v. The Commonwealth of Australia* [2009] HCA 2, per French CJ; *Alqudsi v. The Queen* [2016] HCA 24, per French CJ; *Re Day [No 2]* [2017] HCA 14, per Kiefel CJ, Bell and Edelman JJ.

<sup>119</sup> См.: *Boeddu G., Haigh R.* Op. cit. P. 171–175.

<sup>120</sup> См.: *Ibid.* P. 175–182.

<sup>121</sup> См.: *Ibid.* P. 182–186.

<sup>122</sup> UKHL. *Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

<sup>123</sup> *Кросс Р.* Прецедент в английском праве / пер. с англ. Т. В. Апаровой; под общ. ред. Ф. М. Решетникова. М.: Юридическая литература, 1985. С. 138.

к несправедливости в отдельном случае, а также чрезмерно ограничить надлежащее развитие права». В сообщении для прессы к Заявлению также прилагалась «пояснительная записка», которая не была официально опубликована. В качестве примера в ней было указано, что Палата вправе отклониться от прецедента, если посчитает, «что предшествующее решение было [принято] под влиянием существовавших тогда условий, которые более не имеют силы, и что в современных условиях право должно быть другим». Кроме того, в качестве обстоятельства особой важности было отмечено, что отныне Палата сможет «обращать большее внимание на судебные решения, принятые высшими судами Содружества наций»<sup>124</sup>.

Неприемлемость «свободного» пересмотра прослеживается в последующих решениях Палаты лордов — например, в решении по делу *Джонс против Государственного секретаря по социальным услугам*<sup>125</sup>, где пересмотр не состоялся вопреки тому, что большинство судей были убеждены в ошибочности прецедента. Все они пришли к выводу, что эта убежденность, даже если бы имело место единодушие, сама по себе не даёт оснований для пересмотра<sup>126</sup>. Непосредственно после того, как дело было решено заслушать в полном составе судей, Палата приняла поправку к своему регламенту<sup>127</sup>, в которой предписала заявителям, ожидающим пересмотра прецедентов, специально указывать это при обращении в Палату как одно из оснований апелляции. Учитывая также дальнейшее развитие практики, можно прийти к выводу, что вопросы пересмотра, в отличие от обычных дел, Палата считала необходимым рассматривать в полном составе судей<sup>128</sup>.

Верховный суд Соединённого Королевства, учреждённый в 2009 году, продолжает придерживаться подхода, выработанного Палатой. В регламенте Верховного суда<sup>129</sup> сохраняется правило, что если сторона просит о пересмотре его прецедентов или прецедентов Палаты лордов, то в апелляционной жалобе и в извещении об

---

<sup>124</sup> Цит. по: Zander M. *The Law-Making Process*. 6th ed. New York: Cambridge University Press, 2004. P. 218.

<sup>125</sup> UKHL. *Jones v. Secretary of State for Social Services* [1972] 1 All ER 145.

<sup>126</sup> См.: Stone J. *On the Liberation of Appellate Judges: How Not to Do It!* // *Modern Law Review*. Vol. 35. 1972. No. 5. P. 470.

<sup>127</sup> UKHL. *Cases (Practice Direction)* [1971] 2 All ER 159.

<sup>128</sup> См.: Stone J. *Op. cit.* P. 469–470.

<sup>129</sup> UKSC. *The Supreme Court Rules 2009*. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/composite-rules-and-practice-directions.pdf> (дата обращения: 31.09.2019).

апелляции, которое направляется участникам дела, это должно быть указано прямо и со всеми подробностями<sup>130</sup>, в качестве отдельного параграфа в обосновании, к которому необходимо привлечь особое внимание<sup>131</sup>. Заявление по вопросам практики 1966 года было подтверждено в решении по делу *Остин против мэра и членов муниципального совета Лондонского боро Саутуарк*<sup>132</sup>. Суд, кроме того, подтвердил последующие позиции Палаты, которые касались принципов пересмотра<sup>133</sup>. Так, отказ от принципа абсолютной обязательности не означает, что пересмотру подлежит каждый прецедент, который представляется ошибочным или аномальным; в интересах правовой определённости необходимо удостовериться, что для пересмотра имеется очень веская причина<sup>134</sup>. Пересмотр может быть уместен, если приверженность прецеденту приводит к серьёзным аномалиям или другим явно неудовлетворительным результатам<sup>135</sup>. Основанием для пересмотра могут быть, в частности, фундаментальное изменение обстоятельств<sup>136</sup> или опыт, показывающий, что прецедент приводит к непредвиденной серьёзной несправедливости<sup>137</sup>. В недавнем решении по делу *Кнауэр против Министерства юстиции*<sup>138</sup> Верховный суд указал, что не намерен отказываться следовать прецеденту только на том основании, что прецедентное дело он решил бы иначе; для пересмотра требуется нечто большее<sup>139</sup>. Суд усмотрел основания для пересмотра в том, что с момента появления оспоренных заявителем прецедентов Палаты произошло существенное изменение релевантного правового ландшафта; их применение в существующем правовом климате алогично и ведет к несправедливым последствиям<sup>140</sup>. Спор был посвящен вопросам деликтного права. Суд отметил, что в Англии оно является продуктом судебно-

---

<sup>130</sup> См.: Ibid. § 3.1.3, 4.2.4.

<sup>131</sup> См.: Ibid. § 6.3.4.

<sup>132</sup> UKSC. *Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark*, [2010] UKSC 28. § 25.

<sup>133</sup> См.: Ibid. § 26.

<sup>134</sup> UKHL. *R. v. Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd* [1973] AC 435.

<sup>135</sup> UKHL. *R. v. National Insurance Commissioner, Ex parte Hudson* [1972] AC 944.

<sup>136</sup> UKHL. *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2004] 1 AC 309.

<sup>137</sup> UKHL. *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd* [1976] AC 443.

<sup>138</sup> UKSC. *Knauer v. Ministry of Justice* [2016] UKSC 9.

<sup>139</sup> См.: Ibid. § 22.

<sup>140</sup> См.: Ibid. § 23.

го правотворчества (дело не касалось толкования статутов), поэтому его корректировка и адаптация должны производиться судьями, а не законодателем, если нет веских аргументов в пользу обратного. Разумеется, могут иметь место случаи, когда изменения в праве либо слишком сложны, либо повлекут потенциальную несправедливость или более широкие последствия, в связи с чем проблему будет лучше оставить законодателю; однако в данном деле таких препятствий суд не обнаружил<sup>141</sup>. Этот фрагмент фактически предполагает для прецедентов общего права меньшую сдержанность суда в вопросах пересмотра, чем для прецедентов статутного толкования<sup>142</sup>.

В качестве редкого случая пересмотра по вопросу, который носил конституционно-правовой характер, можно привести решение Палаты лордов по делу *Пеннер против Харта*<sup>143</sup>. В деле был поставлен вопрос о том, может ли суд в ходе толкования статута обращаться к стенограмме заседаний Палаты общин (англ.: *Hansard*) без её разрешения. Прежде это было запрещено: считалось, что этому препятствует положение статьи 9 Билля о правах 1688 года, где сказано, что «свобода слова, прений и процедур в Парламенте не должна быть стесняема или подвергаема рассмотрению (англ.: *impeached or questioned*) в каком-либо суде или другом месте вне Парламента».

Представитель заявителя указал несколько оснований для пересмотра. Во-первых, с течением времени суды в целом отвергли старый «буквалистский» подход к статутному толкованию и теперь приняли телеологический подход, стремясь, по возможности, проводить намерения законодателя в жизнь, а не препятствовать их реализации. Во-вторых, другие юрисдикции англосаксонского права отказались от этого запрета без вредных последствий. Хотя запрет не был лишён разумных причин (учитывая трудности в получении доступа к парламентским материалам, а также издержки по их исследованию), опыт стран Британского Содружества не позволяет считать недостатки его отмены существенными, если суд строго контролирует обстоятельства, при которых допускаются ссылки на парламентские материалы.

---

<sup>141</sup> См.: *Ibid.* § 26.

<sup>142</sup> Рассуждения Суда напоминают логику «дихотомии Брэндайса»: чем меньше вероятность устранения ошибочного прецедента законодательными средствами, тем меньшую строгость должны иметь условия пересмотра. Однако британский суд, в отличие от американского судьи, предпочитает не делать радикальных выводов, продолжая считать убеждённость в наличии ошибки недостаточным условием для пересмотра.

<sup>143</sup> *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* [1992] 3 WLR 1032.

В результате Палата лордов пересмотрела свою позицию. Автор лидирующего мнения, лорд Н. Браун-Уилкинсон, к которому присоединились почти все остальные судьи, высказался в пользу допустимости такого приёма толкования, хотя и сопроводил свой вывод оговорками. При этом он прямо заявил, что принимает доводы заявителя. Развивая соответствующую аргументацию, судья указал, что применению данного запрета трудно дать разумное объяснение в свете новейшей практики Палаты лордов, которая касалась иных способов учёта намерений законодателя<sup>144</sup>. Он также сослался на опыт Австралии и Новой Зеландии, в той или иной мере отменивших запрет. В этих аргументах очевидно указание на «современное развитие права» и «фундаментальное изменение обстоятельств» (с использованием сравнительно-правового метода).

Таким образом, вопреки возникшему после 1966 года впечатлению «абсолютной свободы» высший суд Англии отвергает принцип «свободного» пересмотра. К слову, в самом Заявлении по вопросам практики прямо указано, что Палата лордов по-прежнему считает свои прецеденты, «как правило, обязательными» (англ.: *normally binding*). Абсолютная свобода несовместима с понятием обязательности. В то же время нельзя не отметить, что критерии пересмотра, известные английской практике, не всегда располагают достаточной ясностью, а главное, не образуют исчерпывающего перечня.

## § 4. Завершающие выводы

Как было замечено выше, «ошибочность» правовых позиций суда может устанавливаться с помощью как формалистических, так и реалистических критериев «правильного» толкования первичного источника. Инструментом формализма в прецедентном праве выступает доктрина *per incuriam*, позволяющая, вопреки своему наименованию, устранять в судебной практике не только небрежные, но и умышленные аналитические ошибки. Реакцией на правовой реализм, в свою очередь, следует считать доктрину «специального оправдания», с помощью которой могут устраняться любые дискреционные ошибки, но только если переоценку прошлого решения суд

---

<sup>144</sup> См., например: UKHL. *R. v. Secretary of State for Transport, Ex parte Factortame Ltd (No. 1)* [1989] 2 WLR. 997 (решение допустило обращение к отчётам Правовой комиссии — независимого совещательного органа, который проводит разработку реформ).

связывает с какими-то новыми (или вновь открывшимися) обстоятельствами. Убеждение в ошибочности прецедента, каким бы сильным оно не было, само по себе недостаточно для пересмотра. Благодаря этим доктринам прецедентное право приобретает гибкость, в то же время сохраняя приверженность принципу *stare decisis*. Очевидно, что в последние десятилетия судебная практика Англии, США, Канады, Ирландии и Австралии, отвергая радикальные точки зрения, стремится в вопросах пересмотра прецедентов найти баланс между ценностями постоянства и переменчивости.

Поскольку из двух упомянутых доктрин в конституционном правосудии наиболее востребована доктрина «специального оправдания», следует остановиться на ней чуть подробнее.

Прежде всего, обращает на себя внимание сходство различных тестов, которые в разное время были выработаны судами для проверки обоснованности пересмотра. Это особенно бросается в глаза при сопоставлении американских и канадских критериев, но и в иных случаях параллели в развитии судебской мысли хорошо заметны благодаря лингвистической и (или) практической близости используемых понятий. Они также разделяют общее свойство, которое можно одновременно рассматривать и как преимущество, и как недостаток — их размытый, оценочный характер, предполагающий необходимость взвешивания различных аргументов за и против вероятного пересмотра. Конечно, если критерий слишком неясен, то он фактически не способен и выполнять функцию ограничения судебного усмотрения (как, например, понятие «веских» «серьёзных», «убедительных» и тому подобных «причин»). Равным образом это усмотрение сохраняет лазейку для произвольного отклонения от прецедента, если перечень критериев остаётся открытым. Процессы их конкретизации и кодификации в разных судах достигли разной стадии и в целом ещё не пришли к завершению. Однако и нынешний уровень выглядит серьёзным достижением и позволяет говорить о вполне отчётливой тенденции, успеху которой в немалой степени может способствовать (и способствует) научная критика. Особенно подробной конкретизации, впрочем, ожидать не стоит, поскольку это противоречило бы реалистической сущности доктрины «специального оправдания». В настоящее время она призвана не устранить, а ограничить судебское усмотрение в вопросах корректировки прецедентного права. Выработанные судами тесты всего лишь обозначают типы легитимной аргументации в пользу пересмотра, отсекая иные аргументы как нелегитимные.

Сходство касается и критерия «воздействия на свободу», который обычно остаётся невысказанным, но достаточно явно подразумевается судами в тех случаях, когда в своей практике они с большей охотой идут на пересмотр, приводящий к увеличению объёма конституционных прав индивида. Это даёт повод выдвинуть некоторые гипотезы по поводу возможной судьбы доктрины прецедента в конституционном и международном правосудии.

С одной стороны, если судебную экспансию прав человека, со второй половины XX века происходящую во многих странах, а в последние годы и на международном уровне, рассматривать как проявление судейского активизма, то в этом случае принцип *stare decisis*, очевидно, не вызовет энтузиазма у сторонников судейской сдержанности. Хотя цель доктрины прецедента — это именно сдерживание судей, при такой конфигурации критериев пересмотра она, скорее, сдерживает тех, кто хотел бы воспротивиться подобной экспансии и снять некоторые (или даже очень многие) ограничения, которые конституция (или международная конвенция) в её современном судебном истолковании налагает на государство. Подкрепляя нормативной силой прецедента плоды судейского активизма, она, вероятно, будет в дальнейшем разделять с ним любые удачи и неудачи в теоретических дискуссиях и в судебной политике.

С другой стороны, такую траекторию развития прецедентного права можно было бы рассматривать и как признание человека, его прав и свобод в качестве высшей ценности (статья 2 Конституции РФ), а произвольный пересмотр прецедента, защищающего эти права — как недопустимое их умаление (часть 2 статьи 55 Конституции РФ). Подобным образом некоторые американские исследователи<sup>145</sup> усматривают текстуальные основания доктрины прецедента не где-нибудь, а в Пятой и Четырнадцатой поправках к Конституции США, полагая, что строгие правила пересмотра представляют собой важный элемент «надлежащей правовой процедуры», без которой, согласно этим конституционным правовоположениям, «никто не может быть лишён жизни, свободы или собственности». Эта юридическая конструкция напоминает полузабытую доктрину «приобретённых прав», которая имела в виду в основном имущественные права, но иногда привлекала внимание юристов и судей XVIII–XIX веков

---

<sup>145</sup> См.: *Burton S. J. The Conflict between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication // Cardozo Law Review. 2014. Vol. 35. P. 1687–1714, 1698–1700.*

в качестве универсального инструмента защиты прав от их произвольной отмены<sup>146</sup>. Однако критерий «воздействия на свободу» ещё не означает, что нормативная сила прецедента превращает судебное толкование прав человека в дорогу с односторонним движением. Хотя он созвучен идеям тех сторонников динамического толкования, которые полагают, что эволюция права всегда будет (или должна) развиваться исключительно в направлении большей свободы личности, объективно эта эволюция, как и в природе, остаётся ненаправленной. Критерий «воздействия на свободу» способствует этому развитию, но не исключает противоположных шагов, тем более, что расширение объёма конституционных прав зачастую невозможно без наступления на конкурирующие с ними иные конституционные права<sup>147</sup>. В этом смысле доктрина «специального оправдания», а вместе с ней и принцип *stare decisis*, в значительной мере сохраняют свою содержательную нейтральность, будучи выражением формальных принципов равенства и правовой определённости.

---

<sup>146</sup> Считается, что исторически именно она была предшественницей смелых судебных трактовок клаузулы о надлежащей правовой процедуре, на которой сегодня базируются многие конституционные права американских граждан, не указанные в тексте Конституции США напрямую. О том, как развивалась доктрина «приобретённых прав» в американской юриспруденции, см., например: *Corwin E. S. The Basic Doctrine of American Constitutional Law // Michigan Law Review. Vol. 12. 1914. No. 4. P. 247–276* (особенно с учётом рассуждений Д. Мэдисона о широкой трактовке понятия собственности, которые приводятся на странице 271); *Haines C. G. Judicial Review of Legislation in the United States and the Doctrines of Vested Rights and of Implied Limitations on Legislatures // Texas Law Review. Vol. 2. 1924. No. 3. P. 257–290*; *Idem. Judicial Review of Legislation in the United States and the Doctrines of Vested Rights and of Implied Limitations on Legislatures // Texas Law Review. Vol. 2. 1924. No. 4. P. 387–421*; *Inglis L. Substantive Due Process: Continuation of Vested Rights? // American Journal of Legal History. 2012. Vol. 52. P. 459–497* (в статье оспариваются некоторые выводы Э. С. Корвина). Эта доктрина была известна и в Европе. См., например: *Мейер Г. Государство и приобретённые права. СПб.: Изд. Н. К. Мартынова, 1909. С. 5–12, 22–27*. По поводу русской и европейской литературы см. также: *Аранов Н. А. Принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства в российском конституционном праве и правосудии: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2015. С. 123* (сноска 2).

<sup>147</sup> В своей критике тезиса «направленной эволюции» подобные примеры из практики Верховного суда США приводит А. Скалиа. См.: *Scalia A. Common-Law Courts in a Civil-Law System. P. 42–44*.

## Глава 4

# АНАЛИЗ ПРАКТИКИ КОНСТИТУЦИОННЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ

### § 1. Конституционные суды Западной Европы<sup>1</sup>

Правовое пространство континентальной Европы в сравнительном правоведении обозначается как территория романо-германской правовой традиции, для которой характерно использование законов и других нормативных актов как основных источников правовых норм, а также непризнание источниками права судебных прецедентов. Иногда это общепризнанное концептуальное положение, опирающееся на индуктивное дескриптивное обобщение особенностей континентальных правовых систем, используется для обратного, дедуктивного и прескриптивного утверждения, что в странах, относящихся к романо-германской правовой системе, прецедент неприменим. В дополнение приводятся аргументы, описывающие особенности романо-германского права, не допускающего судебного правотворчества<sup>2</sup>.

В то же время в последние годы судебная практика играет все большую роль в правовых системах континентальной Европы. Распространенным объяснением служит «конвергенция» правовых систем<sup>3</sup>, в результате которой предполагается взаимное перенимание юридического инструментария и сближение правовых система раз-

---

<sup>1</sup> Материалы данного параграфа ранее были опубликованы в статье Белов С. А. Обязанность следовать собственным прецедентам в практике конституционных судов Западной Европы // Журнал конституционного правосудия. № 5. С. 19–25.

<sup>2</sup> Арановский К. В., Князев С. Д. Судьба судебного прецедента в романо-германском праве // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4 (34). С. 30–38.

<sup>3</sup> См., например: Муругина В. В. Прецедент как составляющая конвергенции правовых систем // Российский судья. 2014. № 10. С. 23–26; Клочкова Ю. А.

ных типов В немалой степени такому объяснению способствовало появление во второй половине XX в. в большинстве стран континентальной Европы конституционных судов; решения этих судов, в том числе, в нормах конституции и законодательства объявляются обязательными для соблюдения даже в тех случаях, когда решения других, в том числе высших, судов остаются сугубо правоприменительными актами, не имеющими значения прецедентов. Руководствуясь тем, что в случае с актами конституционных судов речь в принципе идет о судебных решениях, многие комментаторы склонны расценивать обязательность следования решениям конституционных судов как обязательность судебного прецедента, причём обязательность именно этих решений остаётся единственным примером общеобязательности судебных актов во многих национальных правовых системах государств континентальной Европы<sup>4</sup>.

Этот тезис, однако, не может не вызывать сомнений с теоретической точки зрения. Создание конституционных судов в европейских государствах потребовалось как раз потому, что традиции использования судебного прецедента в этих государствах не было, и взамен общей обязательности судебных решений, принятых по конкретным делам, появился новый правовой институт — специализированный конституционный суд, чьи решения получили особое положение среди судебных актов. Деятельность этого суда лежит больше в сфере обеспечения системного непротиворечия нормативных актов, нежели в сфере создания правовой нормы путем разрешения конкретного дела<sup>5</sup>. Обязательность следования решениям конституционных судов другими судами лежит скорее в области применения надлежащих нормативных положений, нежели в области следования судебному прецеденту, а сами решения конституционных судов для других судов и вообще правоприменителей, обязанных применять их как часть системы нормативно-правового регулирования, представляют собой вовсе не прецеденты, а некое явление *sui generis*, что еще подлежит признанию современной правовой теорией в бу-

---

Конвергенционные правовые системы как результат современной глобализации // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 4. С. 6–10.

<sup>4</sup> D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Routledge, 2016. P. 25–26, 154, 237, 272.

<sup>5</sup> Объяснение этой логики хорошо видно в статье основоположника института конституционных судов Г. Кельзена. Kelsen H. *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution* // *The Journal of Politics*. Vol. 4. No. 2 (May, 1942). P. 183–200.

душем и рассматриваться здесь не будет. Несмотря на то что именно этому аспекту применения принципа *stare decisis* в отношении решений конституционных судов уделяется больше всего внимания в литературе, реальное внедрение принципов прецедентного права в романо-германские правовые порядки оценивать по нему сложно.

В настоящем параграфе предпринимается попытка анализа практики конституционных судов Западной Европы (действующих в рамках именно континентальных правовых систем и меньше подверженных влиянию общего права, чем страны Латинской Америки<sup>6</sup> и Азии) с точки зрения другого важнейшего элемента системы прецедентного права — признания конституционными судами обязательности для них самих ранее принятых ими решений (*stare decisis* в пределах практики самого конституционного суда), а также специфики практики конституционных судов в части действия такой обязательности.

Именно конституционные суды среди других национальных европейских судов имеют больше всего оснований следовать принципам прецедентного права.

Во-первых, специализация и централизация полномочий конституционного контроля сосредоточивает все вопросы, касающиеся конституционности, в руках одного суда и не требует решения сложных вопросов соотношения компетенции разных судов для определения того, какой именно прецедент будет иметь приоритет по конкретному вопросу. Эта особенность, правда, скорее служит аргументом в пользу обязательности решений конституционного суда для других судов, но и для самого конституционного суда вынесенное им решение ввиду специализации должно в первую очередь быть решением, устанавливающим общее правило или определяющим содержание конституционной нормы.

Во-вторых, предметом рассмотрения конституционного суда выступают достаточно общие вопросы — вопросы установления и признания общих правовых принципов, которые по своей природе легче подвергаются обобщению, а конкретные прецеденты имеют более широкую сферу применения, нежели судебные акты, в которых находят разрешение конкретные гражданские, уголовные или административные дела.

---

<sup>6</sup> *Rodrigo Camarena González*. From jurisprudence constante to stare decisis: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism // *Transnational Legal Theory*. Vol. 7. 2016. Issue 2. P. 257–286.

В-третьих, решения конституционных судов публикуются, вследствие чего они доступны для анализа как внутри суда, так и за его пределами — аналитиками, которые могут оказать суду значительную помощь, «напоминая» ему о ранее принятых решениях, обобщая сформированные им подходы и детально разбирая аргументацию и основания принятых решений.

Несмотря на это, не признают себя связанными своими собственными предшествующими решениями большинство европейских конституционных судов. В качестве примера можно привести Федеральный конституционный суд ФРГ, который делал подобные выводы сам<sup>7</sup> и в отношении которого делают такой вывод исследователи<sup>8</sup>. Аналогичную ситуацию можно обнаружить в Австрии<sup>9</sup>, Италии<sup>10</sup>, Испании<sup>11</sup> и Португалии<sup>12</sup>.

Не помогают признанию обязательности прецедента и конституционные принципы, лежащие в обосновании главного требования прецедентного права — «стоять на решенном», т. е. *stare decisis* (обязательности следования ранее вынесенному решению). В качестве таковых выступает необходимость обеспечить гарантии стабильности правовой системы, равенства перед законом и правовой определенности. Если именно под этим углом зрения рассматривать идеи прецедентного права, то главной целью самой концепции прецедента будет обеспечения последовательности (в немецком праве возведенной в конституционный принцип *Folgerichtigkeit*) и непротиворечивости судебной практики, предсказуемости решений конституционного суда и недопустимости произвольного изменения однажды принятого на вооружение правового подхода. Это вовсе не исключает возможности изменения практики, однако любое такое

---

<sup>7</sup> BVerfGE 4, 31 (38); 20, 56 (87); 77, 84 (104).

<sup>8</sup> Например, в отношении практики Федерального конституционного суда такой вывод делают Коммерс и Миллер в книге: *Kommers D.P., Miller R.A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3<sup>rd</sup> ed. Durham; London: Duke University Press, 2012. P. 37, а вслед за ними — Роберт Алекси и Ральф Драйер, см.: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.) *Op. cit.* P. 27.

<sup>9</sup> András Jakab, Arthur Dyevre and Giulio Itzcovich (eds.). *Comparative Constitutional Reasoning*. Cambridge Univ. Press, 2017. P. 94.

<sup>10</sup> D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.) *Op. cit.* P. 163.

<sup>11</sup> *Ibid.* P. 278.

<sup>12</sup> Antonio Cortes, Teresa Violante (2011). *Concrete Control of Constitutionality in Portugal: A means Towards Effective Protection of Fundamental Rights* // *Penn State International Law Review*. Vol. 29. No. 4. Article 3.

изменение, дабы не быть неожиданным для всех участников правовой системы, должно быть мотивировано, должны быть указаны разумные основания для пересмотра сложившегося подхода, имеющие непосредственное отношение к существу рассматриваемого вопроса. Принятое решение ориентирует на выраженный в нем принцип или правовую норму всех участников правовой системы, которые выстраивают свое поведение, ориентируясь на позицию суда.

*Stare decisis* в этом отношении, отражая суть доктрины судебного прецедента в странах общего права, создает для суда ограничения, связанность принятым решением, даже если речь идет об одном-единственном решении, и предполагает необходимость в каждом следующем похожем случае объяснять, применим ли к этому случаю прецедент, а если применим, но суд считает необходимым пересмотреть сформулированную ранее позицию, — то как именно и почему. Такие ограничения суда и вызывают в континентальном праве протест против самой идеи прецедентного права как такового.

В то же время практически каждое свое решение любой конституционный суд из числа анализируемых нами обильно снабжает ссылками на свою предшествующую практику<sup>13</sup>. Такое воспроизведение собственных «прецедентов» отличается от следования прецеденту, которое сложилось в странах общего права как принцип *stare decisis*. Подходы континентальных судов в обобщенном виде можно обозначить как приверженность доктрине *jurisprudence constante*<sup>14</sup> (постоянной судебной практики, т.е. последовательной линии судебных решений), известной многим западноевропейским континентальным правовым системам, например, Испании<sup>15</sup> и Италии<sup>16</sup>. Термины *jurisprudence constante* (франц.), *giurisprudenza costante* (итал.) и *jurisprudencia constante* (исп.) демонстрируют приверженность этой доктрине в странах романской правовой семьи, однако,

---

<sup>13</sup> См.: Andrés Jakab, Arthur Dyevre and Giulio Itzcovich (eds.). Op. cit. P.94 (Австрия) 375 (ФРГ), 538–539 (Италия), 624–625 (Испания).

<sup>14</sup> Robert L. Henry. *Jurisprudence Constante and Stare Decisis Contrasted* (1929) 15 American Bar Association Journal 11, цит. по: Rodrigo Camarena González. *From jurisprudence constante to stare decisis: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism* // *Transnational Legal Theory*. Vol. 7. 2016. Issue 2. P.257–286. См. тж. Vincy Fon and Francesco Parisi. *Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis* (2006) 26 (4) *International Review of Law and Economics* P.519.

<sup>15</sup> См., например: Sentencia nº 58/2018 de Tribunal Constitucional España, Sala 1ª, 4 de Junio de 2018 // BOE núm. 164, de 7 de julio de 2018. P.68409.

<sup>16</sup> D.Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.). Op. cit. P.160–161.

как показывает анализ практики стран германской традиции, там она тоже распространена, хотя и под другим терминологическим обличьем. В частности, в Германии<sup>17</sup> подобная функция выполняется «постоянными судебными решениями» (*ständige Rechtsprechung*)<sup>18</sup>, обозначающими не простую последовательность прецедентов, а именно сформированную в прецедентах правовую позицию<sup>19</sup>. В рамках романо-германской системы главным «минусом» этой доктрины становится то, что она выработана самими судами, а не устанавливается предписаниями нормативных правовых актов, которые определили бы условия и порядок ее применения.

Доктрина *jurisprudence constante* предполагает, что одно решение не может иметь принципиального значения; последующие решения не должны ставиться в зависимость от судебного акта, принятого в конкретных обстоятельствах конкретного дела, однако связующее суд значение имеет продолжающаяся практика, которая выстраивается в последовательную линию применения судом какого-то общего правового подхода.

В отличие от отдельных судебных прецедентов выявление *jurisprudence constante* в большей степени зависит от самого суда, который выявляет такие цепочки в своей практике, приводит их в последующих решениях и тем самым признает формирование определенного правового подхода, который даже большому знатоку практики суда может показаться не очевидным. Тем самым фиксация *jurisprudence constante* становится результатом обобщающей, а в некотором смысле — и решающей воли самого суда. Простое перечисление ранее вынесенных решений с обозначением, по какому поводу и какой именно общий подход был в них выработан, само по себе представляет собой признание сформировавшейся *jurisprudence constante*. Такое перечисление не имеет значения лишь простой демонстрации того, что конкретный вопрос уже возникал перед конституционным судом ранее. Если суд не видит в своих прежних решениях общего правового подхода, то в этом случае ссылки на предшествующую практику не имели бы никакого правового смысла, и практика кон-

---

<sup>17</sup> Edgar Reiners. Die Normenhierarchie. In: Den Mitgliedstaaten Der Europäischen Gemeinschaften, 275–76 (1971), цит. по: András Jakab. Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective // German Law Journal. 2013. Vol. 14, no. 08. P. 1215–1275.

<sup>18</sup> См., например: BVerfGE 92, 122 (123), BVerfGE 80, 137 (152).

<sup>19</sup> D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.). Op. cit. P. 51–54.

тинентальных конституционных судов дает этому многочисленные подтверждения.

Следование последовательной практике ряд конституционных судов признают обязательным, например Конституционный суд Австрии<sup>20</sup>, или сильно связывающими суд, как, например, Конституционный суд Италии<sup>21</sup>. Решения, в которых суды без соблюдения надлежащей процедуры (в случае с Федеральным конституционным судом ФРГ — без передачи дела на общее пленарное рассмотрение) отступают от прежней практики, подвергаются на этом основании критике, в том числе, и самими судьями, выступающими с особыми мнениями<sup>22</sup>.

Конституционный суд ФРГ признает подобные «линии прецедентов» и в отношении практики других германских судов, в некоторых случаях даже придавая им большую силу, чем положениям законодательного регулирования<sup>23</sup>.

Даже идея существования так называемых ведущих дел (которые выделяются особой прецедентной силой даже в странах общего права и обозначаются в Англии как *leading case*, а в США — как *landmark case*), известных континентальным европейским правовым порядкам (например, практика ссылок на такие дела известна в Италии<sup>24</sup> и в Испании<sup>25</sup>), не меняет общей картины. И хотя такие дела (в ФРГ — *Grundsatzentscheidung*<sup>26</sup>) обозначают новый подход, принципиально меняют практику и становятся основанием для последующей цепочки дел, однако их существование не приближает континентальный

---

<sup>20</sup> Решение от 13.12.1968 // *Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (Official Digest)*, 5872/1968.

<sup>21</sup> D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.) Op. cit., 173 ; Laura Baccaglini, Gabriella di Paolo, Fulvio Cortese. *Judicial Precedent in the Italian Legal System: A Shift Toward a Stare Decisis Model?* Stanford Law School China Guiding Cases Project. Apr. 7, 2017. URL: <http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/19-baccaglini-di-paolo-cortese>, V. 4.

<sup>22</sup> *Leiss J. R. One Court, Two Voices: Case Note on the First Senate's Order on the Ban on Headscarves for Teachers from 27 January 2015: Case No. 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 // German Law Journal. 2015. Vol. 16, no. 4. P.901–915.*

<sup>23</sup> BVerfGE 34, 269 (286 ff).

<sup>24</sup> D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.). Op. cit. P. 174.

<sup>25</sup> Упоминается в особом мнении судьи Родригеса Берейхо (Rodriguez Bereijo) к решению 222/1992, de 11 de diciembre // BOE (Official State Gazzete). № 16. 19.01.1993.

<sup>26</sup> На сайте ФКС ФРГ подобная характеристика дается многим решениям суда — см., например: URL: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/1999/bvg99-101.html>

европейский подход к доктрине *stare decisis*. Выявление «ведущих» дел обычно становится результатом анализа последующей практики, обобщения ссылок и выявления тех решений, на которые суд ссылается наиболее часто<sup>27</sup>. Подобный анализ позволяет выявить, какие именно свои решения сам конституционный суд считает ведущими, кладущими начало цепочкам других решений, поскольку для стороннего наблюдателя это может быть неочевидным. И именно складывающаяся из многих решений, формирующая определенный подход, концепции и доктрины практика суда ограничивает его собственное усмотрение в будущем, заставляя при отклонении от сложившегося подхода объяснять и мотивировать отступление от выработанного практикой суда общего решения.

Анализ подобной ситуации позволил Яну Комареку сделать вывод о различиях в концепции прецедентного права и концепции обоснования решений ссылками на предшествующую практику, т. е. на *jurisprudence constante*<sup>28</sup>. Делают вывод о необходимости изменения доктрины прецедента и другие авторы<sup>29</sup>, расширяя концепцию прецедентного права за пределы следования принципу *stare decisis* и предлагая разные варианты следования прецеденту без связанности конкретным решением.

В рамках континентальной правовой системы такой вывод чрезвычайно важен. Общее неприятие идеи внедрения прецедентного права в правовые системы романо-германского типа если не нивелируется вовсе, то существенно смягчается идеей о том, что прецедент может существовать в иных формах, нежели в странах общего права, и необязательно безапелляционно требует следования одному конкретному решению (в соответствии с принципом *stare decisis*). Прецедент обнаруживает те формы, в которых он оказывается вполне совместим с особенностями романо-германской системы, более того — вполне успешно в них существует, как показывает анализ судебной практики в этих системах.

Принципы стабильности, предсказуемости и последовательности правового регулирования одинаково важны в любой конституционной системе. Если совершенно отрицать связанность судов своими прецедентами, ранее сформированными подходами и принципами, особенно теми, которые имеют постоянный характер и не-

---

<sup>27</sup> D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.). Op. cit. P. 174.

<sup>28</sup> Jan Komarek. Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent // 61 Am. J. Comp. L. (2013). P. 149–171.

<sup>29</sup> См.: Rodrigo Camarena González. Op. cit.

однократно применялись в прошлом, то эти конституционные принципы, как и принцип равенства перед законом и судом, будут подвергаться существенной угрозе. Если в традициях романо-германской правовой системы за судом не признается право создавать новое правовое регулирование и не предполагается связанность суда в будущем его конкретными единичными решениями, это не означает отказ от прецедента вовсе.

Таким образом, между позициями, что конституционный суд «подчинен лишь Конституции, ограничен в получении законодательных руководств и оттого больше, чем другие суды, должен полагаться на свои же правовые позиции, т. е. “следовать решенному”»<sup>30</sup>, и позицией, что конституционный суд не связан жесткими рамками прецедентов<sup>31</sup>, нет существенного противоречия. Конституционный суд не связан своим собственным конкретным решением в том смысле, в котором этого требует принцип *stare decisis*, однако он связан своей общей правовой позицией, выработанной и сформированной в цепочке дел (*jurisprudence constante*) — практике суда по конкретному вопросу. Именно в этом находят свое воплощение особенности романо-германского правовой системы, не отрицающей правовое значение судебной практики, но и не придающей обязательной силы решениям по конкретным делам.

Континентальный стиль ссылок на судебную практику не предполагает подробного обсуждения прецедента, особенностей того дела, по которому было вынесено прецедентное решение, и самого решения, анализа аргументов, сформулированных в решении. Суд обычно воспроизводит только саму правовую позицию, которую он намеревается применить, и ограничивается ссылками на решения, где эта позиция была высказана им раньше, причем в достаточно общем виде, зачастую — просто перечисляя набор решений, формирующих прецедентную линию. Правовая позиция тем самым оказывается в духе традиции романо-германского права абстрактно сформулированным правилом, чье содержание во многом отрывается от конкретных дел, в рамках которых оно было сформулировано, в том числе в меньшей степени оказывается ограниченным по содержанию и сфере действия условиями того дела, в рамках которого оно впервые было использовано судом.

---

<sup>30</sup> Арановский К. В., Князев С. Д. Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // Правоведение. 2012. № 4. С. 65.

<sup>31</sup> Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–9.

Теория прецедентного права традиционно разделяет любое судебное решение на *ratio decidendi* и *obiter dictum*, предполагая, что именно *ratio* представляет собой формулировку общего правила, сформулированного применительно к конкретной ситуации, но имеющего общее значение. Выявление *ratio decidendi* в решениях конституционных судов представляет определенную сложность отчасти потому, что эти решения пишутся не с расчетом на их универсальное использование в отрыве от тех конституционных норм, толкование которых в них представлено, отчасти потому, что их вообще сложно воспринимать в отрыве от тех нормативных положений, толкование которых в этом решении представлено (так же как прецедент из традиции общего права сложно воспринимать за пределами контекста конкретного дела).

Логика романо-германской правовой традиции предполагает действие *a priori* положений нормативного акта, тогда как судебная практика его применения лишь раскрывает содержание этого положения, задает направления его толкования и определяет смысл, который нужно вкладывать в это нормативное положение. При таком подходе любая часть судебного решения может впоследствии быть использована как элемент формирования правовой позиции; любое «попутно сказанное» суждение (*obiter dictum*) раскрывает содержание нормативных актов и потому может внести свой прецедентный вклад в формирование практики толкования нормативного положения. Одно решение суда может порождать несколько последующих линий судебных решений. Именно это дает основание Федеральному конституционному суду Германии утверждать, что любые доводы в обоснование принятого решения могут рассматриваться как обязательные выводы суда<sup>32</sup>.

Для континентального права в судебных решениях скорее характерны прецеденты толкования, нежели прецеденты создания новой нормы. Несмотря на очевидное различие в пределах полномочий суда, связанного или не связанного положением нормативного акта, подлежащего применению, разницу между этими двумя видами прецедентов по существу иногда сформулировать довольно сложно. Особенную сложность для этого создает стремление континентальных судов любое свое решение преподнести как результат применения нормативного акта, т. е. как прецедент толкования, даже если идет речь о настолько неочевидном следствии из содержания

---

<sup>32</sup> BVerfGE 1, 14 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (87); 36, 1 (36); 40, 88 (93).

правовой нормы или применении очень абстрактного нормативного положения, что происходит создание нового правила.

При нормативном регулировании деятельности судов в странах романо-германской правовой системы в конституциях или законодательных актах содержится принцип, согласно которому суд связан именно нормативными актами, а не прецедентами. В Испании подобный вывод был сделан Конституционным судом в постановлении 49/1985<sup>33</sup>, в Германии Федеральный конституционный суд в отношении своих задач отметил, что к ним относится «сопоставление актов законодательной власти с самой Конституцией, а не с прецедентами»<sup>34</sup>. Тем самым подчеркивается второстепенная, подчиненная роль прецедента по сравнению с нормативными правовыми актами, хотя толкование зачастую определяет содержание правовой нормы в не меньшей степени, чем ее текстуальное выражение в нормативном правовом акте. В связи с этим прецедент толкования служит формой выражения могущества судов, однако делается это в традициях романо-германской системы завуалированно, под видом лишь выявления воли авторов нормативного акта через толкование его содержания. И если в законодательный акт, реагируя на сложившуюся практику его применения, законодатель может внести изменения, то в отношении конституций, текст которых изменяется в сложном порядке, все государственные органы оказываются бессильны пересмотреть выявленное судом толкование и вынуждены принимать за правильное именно то содержание, которое вложил в нормативное положение суд.

Учитывая приведенное выше решение Федерального конституционного суда ФРГ<sup>35</sup>, суды видят свою задачу в «приспособлении» законодательных норм к изменяющейся социальной реальности, и Федеральный конституционный суд ФРГ расширяет их полномочия до права принимать решения *contra legem*, очевидно, допуская для себя подобные же возможности.

Практика конституционных судов создает еще один вид прецедента, наряду с прецедентом установления правовой нормы и прецедентом толкования. С 1958 г., после известного решения Федерального конституционного суда ФРГ по делу Люта<sup>36</sup>, практика конституционных судов дает основания обнаруживать прецеденты

---

<sup>33</sup> Gazzetta Ufficiale. № 55. 05.03.1985.

<sup>34</sup> BVerfGE 77, 84 (104).

<sup>35</sup> См. сноску 23 (BVerfGE 34, 269 (286 ff)).

<sup>36</sup> BVerfGE 7, 198.

установления иерархии конституционных ценностей. Этому типу прецедента пока уделялось мало внимания в научной литературе; между тем выявленный конституционным судом в конкретном деле баланс конституционных ценностей представляет собой не только вывод, значимый в рамках конкретного дела, но и демонстрирует общий подход суда. Еще более явным значение такого типа прецедентов становится после выстраивания последовательной линии решений, вырабатывающих общий подход к соотношению основных конституционных ценностей. Такой подход специфичен для национальных правовых систем и потому, что, не имея универсального характера, он находит свое отражение в практике каждого отдельного национального суда как сформированные и выработанные им особенные правовые подходы к соотношению конституционных ценностей.

Прецеденты установления иерархии конституционных ценностей не следует считать третьим видом наряду с прецедентами установления норм и толкования норм: они существуют в другой юридической плоскости, выделяются по другим основаниям и могут проявляться наряду с созданием и толкованием нормативных положений.

Прецеденты установления иерархии конституционных ценностей становятся результатом применения анализа пропорциональности, в котором неизбежно устанавливается, какая конституционная ценность подлежит пропорциональному ограничению для защиты другой конституционной ценности. Если принимать в качестве методологического руководства идею взвешивания конституционных ценностей и конкретно используемую для этой цели «формулу веса», описанную Робертом Алекси<sup>37</sup>, каждой из конфликтующих или взвешиваемых ценностей придается определенная величина ее значения (веса) по сравнению с другими ценностями. Такой вес в целом будет выявляться ситуативно, *ad hoc* в конкретном разбирательстве, однако серия подобных дел позволит в обобщенном виде сформулировать, каким ценностям конкретный суд в рамках конституционной системы отдельно взятого государства придает большие вес и большее значение.

Выявление прецедентов установления иерархии конституционных ценностей важно как элемент анализа практики конкретного суда, однако не менее важно, чтобы сам конституционный суд отда-

---

<sup>37</sup> Алекси Р. Формула веса / пер. с англ. В. В. Архипова // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228.

вал себе отчет в том, как именно в его решениях выстраивается иерархия конституционных ценностей, и при изменении своего подхода ясно и недвусмысленно заявлял об изменении позиции и пересмотре прежней прецедентной практики.

Даже обязательность прецедента в соответствии с принципом *stare decisis* не означает абсолютного запрета на его пересмотр, и уж тем более возможен пересмотр *jurisprudence constante*<sup>38</sup>. Сам по себе такой пересмотр не может вызывать принципиальных возражений. По мнению Федерального конституционного суда ФРГ, для этого даже не требуется объективных оснований, доказательств «существенного изменения обстоятельств или общего мнения»<sup>39</sup>, если только при этом будет поддерживаться принцип доверия к государству и обеспечиваться принцип правовой определенности — если суд будет приводить аргументы, почему это необходимо и четко обозначит изменение своей позиции, прямо объявив об этом. Пересмотр, таким образом, должен сопровождаться рядом условий, которые остаются плохо разработанными в практике континентальных конституционных судов, не опирающихся на методологию прецедентного права в своих правовых системах.

Общая методология романо-германского права стимулирует создание формальных условий пересмотра прецедентной практики. В законодательство о конституционных судах закладываются правила изменения правовой позиции, ранее сложившейся в судебной практике. Эти правила требуют передачи дела из палаты в пленарное заседание, т. е. на рассмотрение всего состава суда<sup>40</sup>. В Германии помимо этого правила действует также конституционная норма статьи 100(3), согласно которой конституционный суд федеральной земли, желающий отступить от прецедента, установленного конституционным судом другой федеральной земли или Федеральным конституционным судом, должен представить это намерение Федеральному конституционному суду.

---

<sup>38</sup> В практике Федерального конституционного суда ФРГ было несколько случаев, когда суд открыто и явно провозглашал пересмотр ранее сложившегося подхода, см.: BVerfGE 85, 264 (285 f); 85,191 (206); 89, 155 (175).

<sup>39</sup> BVerfGE 84, 212 (227).

<sup>40</sup> Раздел 16(1) Закона от 12 марта 1951 г. о Федеральном конституционном суде ФРГ // Конституционный контроль в зарубежных странах: учеб. пособие / отв. ред. В. В. Маклаков. 2-е изд., испр. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2010. С. 268 ; ст. 13 Закона о Конституционном суде Испании. URL: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-en.pdf>

Очевидно, что подобные правила никак не могут восполнить отсутствие методологии пересмотра прецедента, поскольку вопрос о том, происходит ли в конкретном деле отклонение от сложившейся практики, остается на усмотрение суда; в отсутствие канонов, тестов и правил отклонения от прецедента суды часто прямо не объявляют о пересмотре прежней практики, но пересматривают ее *de facto*<sup>41</sup>. В этом отношении практика континентальных судов значительно отличается от практики судов стран общего права, где были выработаны тесты, которые позволяют и судам, и участникам процесса, и аналитикам в рамках конкретного дела оценивать, в каких пределах действует прецедент и при каких условиях он может быть пересмотрен.

В этой части не имеет значения, происходит ли пересмотр конкретного решения или пересмотр сложившегося в практике суда общего подхода, хотя в отношении других условий разница, безусловно, есть. Пересмотр конкретного решения возможен со ссылкой на изменение конкретных условий, в которых принималось прецедентное решение, пересмотр общего подхода требует более масштабного обоснования изменением общих социальных условий, в которых сформировался этот подход. Сфера действия общего подхода, выработанного прецедентной практикой, в силу самой природы такой практики оказывается шире, больше напоминая общий правовой принцип, нежели решение по конкретному делу. В отношении *jurisprudence constante* сомнений и споров относительно пределов применимости и условий, при которых она действует, возникает меньше, чем в отношении конкретного прецедентного решения, хотя такие сомнения и споры не исключаются вовсе.

В качестве главного предположения нами было сформулировано, что действительное признание судебного прецедента в странах романо-германской правовой традиции имело бы место в том случае, если бы сами конституционные суды считали себя связанными своими собственными предыдущими решениями.

Проведенное изучение практики судов Австрии, Германии, Италии, Испании и Португалии, а также научной литературы, анализирующей эту практику, показало, что подобной связанности конституционных судов своими прецедентами чаще всего как раз не наблюдается, несмотря на обилие ссылок в решениях конституционных судов на их собственную практику. Эти ссылки не подтверж-

---

<sup>41</sup> D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.). Op. cit. P. 57.

дают признание обязательности предшествующих решений суда для него самого, его связанность собственными прецедентами, а лишь демонстрируют приверженность суда ранее сформированным в его практике общим подходам.

Иными словами, конституционные суды редко признают себя связанными своими решениями в том виде, в котором это предполагало бы признание принципа *stare decisis*. Подход конституционных судов больше похож на следование доктрине *jurisprudence constante* — обязательности устоявшейся судебной практики (линии судебных решений, формирующих общий подход).

В результате проведенного анализа можно сделать вывод, что наблюдаемое сегодня расширение применения судебной практики в романо-германских правовых системах лишь при поверхностном взгляде позволяет делать вывод о «конвергенции» правовых систем и о признании прецедента источником права в странах романо-германской правовой семьи; глубокий анализ ставит подобный вывод под сомнение.

Романо-германская правовая система проявляет инертность и сопротивляется внедрению изначально чуждых для нее правовых институтов, в рассматриваемой ситуации — судебного прецедента в том виде, в каком он существует в странах общего права. В то же время значение судебной практики и ссылки континентальных конституционных судов на их собственные предшествующие решения не следует совершенно игнорировать. Скорее можно предположить, что использование собственных решений в практике конституционных судов принимает формы, характерные для континентальных правовых систем, а прецедент следует рассматривать как более общее и универсальное правовое явление, нежели только в том виде, в каком он существует в юрисдикциях общего права. Следование принципу *stare decisis* (обязательности следования конкретному решению) не может рассматриваться как единственно возможный вариант действия судебных прецедентов, в связи с чем подобное узкое и ограниченное понимание прецедента должно быть преодолено. С учетом особенностей континентальной правовой системы следование прецедентам возможно в рамках следования устоявшейся судебной практике (*jurisprudence constante*). Особенности такого подхода были в целом показаны выше, однако они требуют дальнейшего анализа на материале практики конкретных судов, в частности Конституционного Суда Российской Федерации.

## § 2. Конституционные суды Центральной и Восточной Европы<sup>42</sup>

Резко негативное отношение к судебным прецедентам объединяет страны Центральной и Восточной Европы, помимо всего остального, что они имеют общего в своей правовой культуре, истории и правовых системах. Отказ от советского права и «демократический транзит» сопровождался обсуждениями общих вопросов о принципиальной приемлемости и необходимости внедрения прецедента в этих странах, исторически не знавших прецедентного права. Это был вопрос о том, не теряют ли они с появлением прецедентов своеобразия своих правовых систем, свою правовую и конституционную идентичность.<sup>43</sup> Сторонники прецедента апеллировали к конвергенции правовых систем и взаимному проникновению разных правовых институтов в правовые системы разных традиций,<sup>44</sup> противники — настаивали на принципиальной невозможности его внедрения там, где не было ни традиций, не методологии прецедентного права. В странах Центральной и Восточной Европы, пожалуй, сложно найти пример страны, где подобные дискуссии активно не велись с начала 1990-х. Тем не менее, несмотря на активные возражения, за судебной практикой во всех странах этого региона в последние десятилетия стала признаваться важная роль, и вопрос стал обсуждаться уже в другом ключе — в каких пределах должна признаваться обязательность правовых позиций, сформулированных в решениях судов,<sup>45</sup> и какой юридической методологией она должна обеспечиваться.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Материалы данного параграфа ранее были опубликованы в статье: Белов С. А. Вызовы прецедентного права конституционным судам Центральной и Восточной Европы // Журнал конституционного правосудия. 2020. № 1. С. 32–39.

<sup>43</sup> Арановский К. В., Князев С. Д. Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4 (303). С. 51–66.

<sup>44</sup> Aarnio A. *Wegen Recht und Billigkeit*, Berlin: Duncker & Humblot. 1988, P. 33; Егоров А. В. Правовая интеграция и ее содержание // Государство и право. 2004. № 6. С. 75–84; Садурский В. Конституционный контроль в Европе и США: влияние, парадоксы и сближение // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 4 (95). С. 49–67.

<sup>45</sup> Lech Morawski T., Zirk-Sadowski M. Precedent in Poland // D. Neil MacCormick and Robert S. Summers (eds.). *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Routledge, 2016. P. 219–248.

<sup>46</sup> Dangutė Ambrasienė, Solveiga Cirtautienė The role of judicial precedent in the court practice of Lithuania // *Jurisprudencija (Jurisprudence)*. 2009, 2(116), p. 61–78

Более того, ряд конституционный судов стран Восточной Европы признал обязательным для всех судов следование их собственным ранее вынесенным решениям, поскольку только так может быть обеспечена правовая определенность для граждан.<sup>47</sup>

Конституционные суды и их решения изначально в рамках таких дискуссий стояли особняком. Это связано с рядом обстоятельств, отличающих предмет деятельности и характер решений этих судов. Создание конституционных судов в странах этого региона в 1990-е гг. породило парадоксальную ситуацию. С одной стороны, создание специализированного органа конституционного контроля было связано с необходимостью восполнить отсутствие поддержки и обеспечения обязывающей силой прецедента нормоконтроля, в том числе конституционного.<sup>48</sup>

С другой стороны, конституционные суды сразу после их создания были восприняты как органы судебной власти, в основе обязательности решений которого лежит обязывающая сила именно судебного прецедента. Правда, это восприятие сопровождалось многочисленными спорами о том, можно ли конституционный суд считать судом,<sup>49</sup> а его решения — судебным прецедентом.<sup>50</sup> Эти спо-

---

<sup>47</sup> См., напр., решения Конституционного Суда Словении N Ur-121/96 от 23 марта 2000 (OdIUS IX, 134),

<sup>48</sup> Конституционного Суда Чехии от 25 января 2005 года N III. ÚS 252/04 (N 16/36 SbNU 173, доступно на официальном сайте суда на англ. яз. <https://www.usoud.cz/en/decisions/20050125-iii-us-25204-constitutionally-conforming-interpretation-1/>); Конституционного Суда Литвы от 24 октября 2007, case No. 26/07 (доступно на официальном сайте суда на англ. яз.: <https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1381/content/>);

<sup>48</sup> Так объяснял необходимость создания конституционных судов в странах континентальной правовой системы автор самой идеи специализированного конституционного правосудия Г. Кельзен — см. *Kelsen H. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution // The Journal of Politics. Vol. 4, no. 2 (May, 1942). P. 183–200.*

<sup>49</sup> В России эта дискуссия отражена на страницах настоящего издания: *Петров М. В., Ливеровский А. А. Органы конституционного нормоконтроля как «квазисуды» // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С. 23–28; Бондарь Н. С. Конституционный Суд России: не «квазисуд», а «больше, чем суд» // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С. 28–34. Т.ж., см., напр.: *Бородин В. В., Бородина С. В. Конституционный Суд Российской Федерации — «квази» правотворческий орган // Мир политики и социологии. 2016. №2. 74–81**

<sup>50</sup> *Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного суда РФ // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–9; Смоголь Е. А. Акты Конституционного Суда Республики Беларусь и судебный прецедент // Тенденции развития науки и образования. 2017. № 29-1. С. 15–20; Синицына А. М. Правовая*

ры были окончательно решены, причем самым радикальным образом, только в Республике Беларусь, где акты Конституционного Суда прямо отнесены законом к нормативным правовым актам, что сняло вопрос об отнесении их к прецедентам.<sup>51</sup>

Законодательство других стран ограничивается только нормами об обязанности исполнять решения конституционных судов, оставляя вопрос об их характере (и «правовой природе») открытым. Нормы об обязательности решений конституционных судов используются в качестве аргументов сторонникам внедрения судебного прецедента, несмотря на отличия этих решений от решений других судов своим предметом, содержанием и юридическими свойствами. Тем самым институт конституционного контроля вовлекается в глобальный спор о необходимости и возможности прецедентного права. Такое вовлечение, однако, принципиально неверно: считать признание обязательности решений конституционных судов внедрением судебного прецедента так же странно, как и приравнивать эти решения к решениям судов по гражданским, уголовным или административным судам. Обязательность решений конституционных судов закреплена в конституциях и законодательстве подобно тому, как закреплена обязательность исполнения нормативных правовых актов, и имеет мало отношения к прецедентам.

Вместе с тем анализ практики конституционных судов может продемонстрировать, насколько в конкретной правовой системе представлена логика и методология прецедентного права. Для этого необходимо анализировать не столько свойства актов конституционных судов, их нормативный характер и обязательность для других лиц и органов, а то, как обязательность следования ранее вынесенным решениям и отраженным в них «правовым позициям» отражается в содержании решений конституционных судов, в том числе считают ли они себя связанными своими собственными ранее вынесенными решениями и выраженными в них правовыми позициями. Для стран Центральной и Восточной Европы такой анализ будет наиболее показателен, поскольку позволит оценить, происходит ли изменение отношения к прецедентной логике в странах, традиционно не признававших обязательности прецедентного права, либо

---

природа актов Конституционного Суда Республики Беларусь // Журнал Белорусского государственного университета. Право. 2018. № 1. С. 30–35.

<sup>51</sup> *Иванова Т. В.* Правотворческая деятельность органов конституционного контроля в Республике Беларусь и в зарубежных государствах: сравнительный анализ // Экономическая наука сегодня. 2014. № 2. С. 342–357.

институциональные и методологические препятствия для этого еще слишком сильны.

Выяснение пределов проникновения идей прецедентного права в практику конституционных судов стран Центральной и Восточной Европы и будут основным предметом нашего внимания в настоящем параграфе вкупе с анализом институциональных и методологических препятствий к этому. Под судебным прецедентом не будет подразумеваться строгое классическое его понимание как обязательности любого решения суда для разрешения аналогичных дел в соответствии с принципом *stare decisis*. Речь скорее пойдет о связанности судов позициями по вопросам толкования и применения правовых норм. При этом вопрос поставлен об обязательности именно общих позиций, а не конкретных решений в смысле *res judicata*<sup>52</sup>.

В предыдущем параграфе речь шла о восприятии обязательности судебной практики конституционными судами в странах Западной Европы, не проводивших радикальных реформ правовых систем в последние десятилетия. Теперь мы проведем анализ восприятия этого вопроса конституционными судами, созданными относительно недавно в рамках радикальных реформ правовых систем в процессе «демократического транзита», связанного с отказом от советского права и восприятием конституционных демократических систем.

Признание прецедента в России не входило в основной предмет нашего внимания. Работы отечественных авторов представлены как хорошо знакомые читателю и демонстрирующие общие подходы к поставленным проблемам (что особенно важно в отношении работ советского времени, поскольку труды авторов из СССР оказали значительное влияние на развитие права в социалистических странах Европы). Анализ практики Конституционного Суда РФ заслуживает отдельного рассмотрения.

---

<sup>52</sup> Конституционный Суд Чехии указывал на обязательность для него его собственного решения в части нормативных последствий этого решения исходя из общей нормы, которая провозглашает обязательность решений Конституционного Суда для всех органов и лиц // см. решение от 02.04.1998 III. ÚS 425/97 // Sb. n. u. sv. 10, str. 285

*Правовые системы стран Центральной и Восточной Европы — место на правовой карте мира и восприятие прецедентов в их правовых системах*

Правовые системы стран Центральной и Восточной Европы в полной мере принадлежат континентальной правовой традиции, чаще всего обозначаемой в отечественной литературе как романо-германская правовая система.<sup>53</sup> Одним из основных отличий этой традиции выступает отказ от признания возможности судов создавать новые нормы, разрешая конкретные дела на основе общих принципов права, идей справедливости, а иногда — просто здравого смысла. В романо-германской правовой системе предполагается четкое разделение правотворческих и правоприменительных функций. Можно было бы считать, что это связано с соответствующим прочтением принципа разделения властей, однако очевидно, что этим дело не ограничивается. Правовые системы романо-германского типа предполагают системное конструирование, с четкой структурой и разделением по областям правового регулирования. Подобная системность возможна только если законодатель последовательно ее выстраивает своими нормативным актами. Прецедент изначально не предполагает системности; при принятии прецедентного решения неважно, к какой области правового регулирования относится рассматриваемый вопрос, прецедентному праву даже безразлично, о частном или публичном праве идет речь.

В странах Центральной и Восточной Европы на особенности романо-германской системы накладывается специфика, связанная с советским правовым наследием, что делает ситуацию с отношением к прецеденту особенным в том числе и по сравнению со странами, где романо-германская правовая традиция изначально формировалась. Эти особенности, как практические, так и доктринальные, позволяют говорить об особенностях правовых систем именно этого региона и их отличиях от правовых систем других регионов мира.

Советская правовая система предполагала еще более отрицательное отношение к судебному прецеденту, чем это было в странах Западной Европы, относящихся к романо-германской правовой традиции. Если в Западной Европе на протяжении 20 столетия в качестве одного из базовых, фундаментальных принципов конституционных систем доминировал принцип разделения властей, то в со-

---

<sup>53</sup> Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) / под ред. В. А. Туманова. М.: Юристъ, 2003.

ветских системах государственного устройства действовал принцип демократического централизма.<sup>54</sup> Нормотворчество судов в рамках разделения властей лишь нарушало бы баланс между полномочиями разных ветвей власти, да и то если предполагать, что суды не ограничиваются восполнением пробелов, оставленных в нормативном регулировании законодателем, а начинают составлять ему конкуренцию. В рамках советской системы, основанной на принципе демократического централизма, считалось категорически неприемлемым, чтобы суды выходили за пределы деятельности по буквальному и «неукоснительному» применению законодательных положений. Любое судебное правотворчество составляло бы не просто конкуренцию полномочий, но и угрозу политическому всевластию советов, концентрировавших в своих руках всю полноту государственной власти, поскольку само право рассматривалось главным образом как результат нормотворческой деятельности органов политической власти, и не предполагалось, что в нем существуют какие-либо общие принципы, фундаментальные и недоступные для изменения волей законодателя.<sup>55</sup> Этот подход в частности включал и то, что конституция — это лишь закон, хоть и основной, но мало чем по своей природе и юридическим свойствам отличающийся от других законов. Среди свойств и функций конституций не предусматривалось ограничение власти законодателя, следовательно, и судебный конституционный контроль за принимаемыми законодательными актами не устанавливался.

В этих условиях само право воспринималось максимально формально — задача судов состояла в том, чтобы, считая нормативные акты текстуальным способом передачи воли законодателя, ориентируясь на их максимально буквальное и формализованное толкование, обеспечить применение общего политического решения к конкретной ситуации, конкретным фактам.<sup>56</sup> Про формализм советского и как следствие — постсоветского права много пишут

---

<sup>54</sup> Boguszak, *Zaklady socialisticke zakonnosti v CSSR*. Praha 1963. P. 144. Цит. по: *Kühn Z. Worlds apart: western and Central European judicial culture at the onset of the European enlargement // The American Journal of Comparative Law*. 2004. Vol. 52, no. 3. P. 540-541

<sup>55</sup> Советская теория права опиралась на идею о существовании только исторических типов права различных общественно-экономических формаций, но не сущности права вообще — см. *Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права*. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 1.

<sup>56</sup> *Utter Robert F., Lundsgaard David C. Comparative Aspects of Judicial Review: Issues facing the New European States*, 77 *Judicature* 240, 241 (1994).

в современной литературе о странах Центральной и Восточной Европы.<sup>57</sup> Формализм был направлен на искоренения какой-либо конкуренции Советам со стороны судов. Задача судов сводилась к истолкованию, разъяснению положений законов, их конкретизации, созданию на основе общих абстрактных норм законов более конкретных правовых предписаний,<sup>58</sup> при этом прямо указывалось на недопустимость ссылок на толкование правовой нормы судом в другом конкретном деле.<sup>59</sup> Ссылки допустимы только на результате обобщения сложившейся практики высшими судебными инстанциями.

Из формального восприятия права вытекает очевидное возражение против прецедентного характера любых решений судов: их обязательность за пределами конкретного дела (*erga omnes* — для любых лиц, а не только для сторон спора) должна прямо и недвусмысленно закрепляться в законе, регламентирующем деятельность суда. В отсутствие нормы об обязательности общих выводов, сформулированных в судебной практике, обязательность распространяется исключительно на нормативные положения, к числу которых в части нормативных последствий оценки конституционности конкретного акта относятся и выводы конкретного решения конституционного суда. Общими выводами, сделанными в предшествующих решениях, ни сам суд, ни кто-либо еще не могут быть связаны. Альтернативным обоснованием может быть интерпретация общих конституционных принципов (в частности, принципов правового государства, равенства перед законом и судом) как требующих последовательной и непротиворечивой практики применения правовых норм как средства обеспечения предсказуемости и правовой определенности. Однако такая интерпретация должна быть сделана в каком-то правовом акте; это может быть акт конституционного суда о толковании соответствующих законодательных положений. Фактически либо появление законодательной нормы, либо интерпретирующего решения конституционного суда должно предполагать обязанность следовать ранее решенному.

---

<sup>57</sup> Kühn Z. The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation? Law in Eastern Europe, no. 61. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011; Varga C. The Changing Judicial Patterns in Central Europe // Acta Juridica Hungarica. Vol. 55, no. 2, 2014. P.87–106.

<sup>58</sup> См. Судебная практика в советской правовой системе / под ред. С. Н. Братуся. М.: Юридическая литература, 1975. СС. 14–16 и др.

<sup>59</sup> Ibid. С. 60–61.

В роли таких норм, косвенно обосновывающих обязательность для суда ранее сформулированных им правовых позиций, могут быть правила пересмотра правовых позиций. Однако из всех стран Центральной и Восточной Европы только в двух (Чехии и Украине) законы о конституционных судах предусматривают специальную процедуру вынесения решения, связанного с пересмотром ранее сформулированной правовой позиции — в обоих случаях вопрос передается из палат или секций на рассмотрение полному составу суда. В законодательстве других стран подобные правила отсутствуют, и вопросы обязательности следования предшествующей практике остается исключительно предметом толкования суда.

Определенный вклад в формирование права за судебной практикой признавался и в советском праве, признаётся в странах романо-германской правовой традиции и сегодня. Во-первых, судебным решениям отводится более скромная, чем в странах общего права, роль толкования применяемых ими нормативных положений. Формально суды не создают новых норм, а интерпретируют уже существующие. Однако иногда пространство интерпретации оказывается достаточно широким, особенно если речь идёт о применении и соответствующем толковании правовых принципов. «Прячась» за применяющее истолкование правовых норм, изданных нормотворческими органами, суды в реальности творят право, вкладывая в нормативные положения такой смысл, который сильно отличается от изначально предполагавшегося законодателем, иногда — до прямо противоположного.

Особенно широким усмотрением обладают конституционные суды. Общие, абстрактные нормы конституций предоставляют широкие возможности для интерпретирующего толкования, настолько широкие, что фактически не ограничивают конституционные суды в формировании содержания конституционных положений. Однако еще важнее то, что конституционные суды выносят окончательные решения, которые не подлежат пересмотру. Причём пересмотр невозможен не только другими судами (как в случае с другими судами судебной системы), но и законодателем. Чаще всего изменение положений конституций крайне затруднено, требует соблюдения сложной процедуры и не может осуществляться законодательным органом. В последние годы наметилась тенденция к дополнительному ограничению (правда, пока за пределами региона Центральной и Восточной Европы): конституционные суды стали присваивать себе полномочия по оценке конституционности поправок к кон-

ституциям, вынося решения о несоответствии конституционных поправок общим принципам и основополагающим нормам конституционного текста.<sup>60</sup> В этих условиях содержание конституций действительно становится предметом конструирования со стороны конституционных судов. Уяснение смысла любого законодательного положения осуществляется через изучение его интерпретации конституционным судом, в результате чего само содержание конституции становится предметом прецедентного наполнения.

Во-вторых, в романо-германской правовой традиции не имеет значения отдельно взятое судебное решение. Об этом на примере практики стран Западной Европы шла речь в предыдущем параграфе. Особенности восприятия права в Романо-германской традиции требует отделять решение, принятое в конкретном случае, содержание которого предопределяется особенностями конкретной ситуации, от последовательно формируемой практики (*jurisprudence constante*) и выработке общего подхода. Выработка такого подхода становится результатом принятия не одного, а последовательной линии решений, результатом формирования устойчивой практики. В этом отношении взгляд на возможность участия судов в формировании содержания права предполагает, что суды не иницируют появление новых норм, однако оказывают существенное влияние на наполнение норм их юридическим содержанием.

### *Значение прецедента в создании конституционных судов и восприятие конституционных судов как судов*

«Демократический транзит» от советской системы к демократическим конституциям западноевропейского типа практически во всех странах Центральной и Восточной Европы сопровождался созданием конституционных судов, встраивание которых в систему государственных органов требовал радикального пересмотра и восприятия права и роли судов в формировании его содержания.<sup>61</sup> Конституционные суды предполагались как гаранты реализации принципов новых демократических конституций и предотвращения реванша советской идеологии, хотя на практике эти суды часто

---

<sup>60</sup> *Roznai Y. Unconstitutional Constitutional Amendments. Oxford University Press, 2017.*

<sup>61</sup> *Кюн З. Горизонтальный конституционализм: три конституционные стратегии стран центральной Европы // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2 (55). С. 37–50.*

не были свободны от тех же особенностей восприятия права и своей роли в его формировании, которые отличали правовые культуры и традиции соответствующих стран.<sup>62</sup> Восприятие прецедентного характера их решений относится к числу вопросов, наиболее наглядно это демонстрирующих.

Прецедент рассматривается в публикациях, посвящённых деятельности конституционных судов (в том числе и судей этих судов), не столько с точки зрения обеспечения стабильности, последовательности и предсказуемости (а в конечном счете — определенности) правового регулирования, сколько с точки зрения формальных институциональных противоречий, которые он порождает.<sup>63</sup>

В то же время отношение к прецеденту несколько различается по отношению к прецедентам в практике обычных судов и в практике конституционных судов. Решения конституционных судов ставят особняком, провозглашая их нормативную природу,<sup>64</sup> и тем самым избегая признания их прецедентами. Сами конституционные суды, где работают люди с тем же критичным отношением к прецеденту, с самого начала не были приверженцами идеи прецедента в части собственной связанности своими предшествующими решениями (даже сложившимися правовыми позициями, выработанными последовательными линиями судебной практики).

На формировании этого отношения к связанности своими предшествующими решениями сказывается и отсутствие методологической традиции, которое не позволяет судьям эффективно вычленять из своих ранее вынесенных решений те общие подходы, которые должны применяться к новым сходным случаям. Об этом свидетельствует, в частности, глобальная дискуссия о природе, роли в правовой системе и юридических свойствах правовых позиций Конституционного Суда РФ, пик которой в России пришёлся на

---

<sup>62</sup> Садурский В. *Op. cit.*

<sup>63</sup> *Ľalík T.* O sudcovskej tvorbe práva // *Justičiná Revue*. 2014. 66. Č.1, ss.1-19; Смоголь Е. А. Акты Конституционного Суда Республики Беларусь и судебный прецедент // *Тенденции развития науки и образования*. 2017. № 29-1. С. 15–20; в российской литературе такие дискуссии отражены в публикациях: *Витрук Н. В.* Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс. М.: «Закон и право». Издательское объединение «ЮНИТИ», 1998. С. 110; *Лучин В. О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 532–569; *Арановский К. В., Князев С. Д.* *Op. cit.*, и др.

<sup>64</sup> *Бондарь Н. С.* Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // *Журнал российского права*. 2007. № 4. С. 75–85.

начало 2000-х гг.<sup>65</sup> Концентрируясь на истолковании формального положения закона о Конституционном Суде РФ об особом порядке пересмотра «правовых позиций Конституционного Суда», сам Конституционный Суд и представители юридической науки разрабатывали концепцию правовых позиций, споря о том, как их выявлять в текстах судебных актов и как применять в сходных по содержанию делах. Правовые позиции предлагалось кодифицировать, систематизировать, т. е. в конечном счете изложить их в таком виде, который был бы привычен для юристов в рамках данной правовой традиции. Однако вопрос об обязательности ранее сформулированных правовых позиций Конституционного Суда для него самого — если и поднимался,<sup>66</sup> то оставался на периферии внимания.

Утверждая своё место в судебной и правовой системе, конституционный суд обычно настаивает на обязательности своих решений для любых органов, граждан и организаций, избегая при этом риторики, связанной с прецедентным правом. Создание конституционных судов и наделение их решений формальной обязательностью большинство юристов в странах Центральной и Восточной Европы не считают признанием прецедента, скорее наоборот — появление конституционного суда с особенностью и процедуры, и юридических свойств решений, необходимых, как и писал Г. Кельзен, вследствие отсутствия прецедентов, не означало признания прецедента. На конституционный суд распространяется общее представление о вторичности судебного решения и правовых последствий таких решений — их обязательность и сама юридическая сила признаётся проистекающей из того нормативного акта, который они применяют — из Конституции.<sup>67</sup> За ними признаются свойства решения не как источника новой нормы, а как вторичного правоприменительного акта.

Практика стран Центральной и Восточной Европы, по крайней мере к настоящему времени в силу своей консервативности и влияния советского прошлого в реализации идеи создания специального конституционного суда увидела в создании конституционных судов попытку проникновения прецедентного права и оказала мак-

---

<sup>65</sup> Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. ОАО Издательский дом «Городец»; «Формула права», 2003.

<sup>66</sup> Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М., 1998. С. 228.

<sup>67</sup> Марченко А. А. Прецедентный характер рішень Конституційного суду України // Митна Справа №1(91)' 2014, частина 2, книга 1. С. 28–33.

симальное сопротивление, стараясь придать идее конституционного правосудия максимально «нормативное», а не «прецедентное» прочтение.

Продиктован ли этот подход юридическими предрассудками или имеет характер принципиальной позиции, связан он с отношением к судебным решениям в правовых системах стран Центральной и Восточной Европы или отсутствием привычки и отсутствием методологии? Ряд исследователей из Центральной и Восточной Европы утверждают, что отношение к прецедентам в целом поменялось, они признаны в правовых системах,<sup>68</sup> а значит их отрицание не носит принципиального характера, а скорее связано с отсутствием традиции методологии следования или пересмотра прецедента именно в конституционных судах.

### *Практика конституционных судов стран Центральной и Восточной Европы*

Непосредственный анализ практики конституционных судов стран Центральной и Восточной Европы и изучение оценок этой практики в научной литературе показывают, что в последние годы в этих судах обозначилась отчетливая тенденция к признанию обязательности следовать сложившейся предшествующей практике. Это констатируют многие авторы. Например, «анализ деятельности Конституционного Суда Украины показывает, что тенденция связанности собственной практикой суда все больше усиливается» (в том числе и в связи с развитием этой практики).<sup>69</sup>

Как утверждает Жденек Кюн,<sup>70</sup> сегодня сложно найти решение чешского Конституционного Суда, в котором не было бы ссылок на предшествующую практику. Даже если возникает новый вопрос, который ранее судом не рассматривался, считается необходимым «легитимировать» решение цитатами из предшествующей практики, независимо от того, насколько конкретный вопрос может оказаться далеким от того, что рассматривалось раньше. Даже в своем самом первом решении, вынесенном в условиях отсутствия какой-либо

---

<sup>68</sup> Kühn Z. The Constitutional Court of the Czech Republic // András Jakab, Arthur Dyevre and Giulio Itzcovich Comparative Constitutional Reasoning. Cambridge Univ. Press, 2017.

<sup>69</sup> Савчин М., Марчук Р. Динамічне тлумачення Конституції та конституційна юрисдикція в Україні // Вибори та демократія. 2009. № 4 (22). С. 22.

<sup>70</sup> Kühn Z. The Constitutional Court of the Czech Republic, см. выше. С. 220.

собственной практики, суды посчитал необходимым сослаться на решение суда ФРГ.

Чешский конституционный Суд, по утверждению Ж.Кюна, «технически» связан своими предыдущими решениями, вынесенными по существу соответствующих дел, независимо от того, идет ли речь о единичном решении или о последовательной «линии» решений (что происходит далеко не во всех странах Центральной и Восточной Европы) и от того, вынесено было решение полным составом суда или только одной из его палат. Ratio ранее принятых решений может быть преодолено только если пленум суда пересматривает прецедент большинством в 9 голосов из 15. Подобное случилось с 1993 по 2013 год 26 раз, что, по мнению Кюна, совсем немного, поскольку Суд предпочитает при необходимости вынесения нового решения чаще обнаружить расхождения с ранее высказанной позицией, а не менять ее.

Схожая ситуация, по мнению аналитиков, сложилась в Венгрии. Обычно венгерский Конституционный Суд упоминает прецеденты либо в качестве единичных решений, либо, что выглядит более сильно с риторической точки зрения, ссылается на «постоянную и последовательную практику», приводя в скобках длинный список дел, даже если в конкретном решении суд всего лишь констатировал наличие постоянной и последовательной практики по конкретному правовому вопросу.<sup>71</sup>

В качестве обоснования обязательности следовать выработанным ранее правовым позициям конституционные суды указывают на то, что они считают себя связанными правовым требованием (адресованным, как упоминалось выше, вообще всем судебным и иным правоприменительным органам) следовать позициям из своей практики, вытекающим из гарантированного Конституцией права на равную защиту<sup>72</sup> или более общих правовых принципов справедливости, правовой определенности,<sup>73</sup> уважения законных ожиданий, составляющих принцип правового государства.

---

<sup>71</sup> *Jacob A., Fröhlich J. The Constitutional Court of Hungary // Jacob A., Dyevre A., Itzcovich G. Comparative Constitutional Reasoning. Cambridge Univ. Press, 2017. P. 411.*

<sup>72</sup> Решения No. Up-121/96 от 23.03.2000, No.Up-337/00 от 26.02.2002, No.Up-207/00 от 24.02.2002 и No. Up-337/00 от 26.02.2002 — см. *Galič A. The human rights dimension of the argument of precedent in the case law of the Slovenian Constitutional Court // 1 Slovenian L. Rev. 5 (2005). P. 41–54.*

<sup>73</sup> Например, решения Конституционного Суда Словакии IV. ÚS 49/06, III. ÚS 300/06, III. ÚS 192/06 (доступны на официальном сайте суда <https://www.>

Очевидно маргинальными и не находящими никакой поддержки становятся возражения против ссылок на предшествующую практику суда, обосновываемые тем, что тем самым оказывается давление на суд, ограничивающее его независимость.<sup>74</sup>

В то же время большинство конституционных судов Центральной и Восточной Европы, в отличие от Конституционного Суда Чехии, не готовы признать себя связанными отдельными ранее вынесенными решениями в соответствии с принципом *stare decisis*, рассматривая для себя в качестве обязательной исключительно сложившуюся последовательную практику (*jurisprudence constante*). В качестве такой практики рассматривается последовательная линия решений — неоднократно сформулированная и подтвержденная правовая позиция. К примеру, Конституционный суд Словении сослался на то, что два последовательно вынесенных одинаковых решения еще не формируют сложившуюся судебную практику.<sup>75</sup> Такая позиция согласуется с общим подходом, характерным для стран с романо-германской правовой системой, что также подробно анализировалось выше.

Вместе с тем нужно отметить, что несмотря на значительное сходство в общих подходах признание связанности судов своей предшествующей практикой в разной степени обеспечено необходимой прецедентной методологией. Например, словацкие авторы констатируют, что Конституционный Суд Словакии за последние 20 лет своей работы не разработал доктрину преемственности своего собственного прецедентного права, будь то его изменения или условия, при которых возможен отход от ранее сделанных выводов.<sup>76</sup> Наличие такой методологии важно, поскольку позволяет установить критерии, в каких случаях ранее вынесенные решения формиру-

---

ustavnysud.sk/terminy-verejnych-pojednavani). Про практику Конституционного Суда Украины см. *Савчин М., Марчук Р.* Динамічне тлумачення Конституції та конституційна юрисдикція в Україні // *Вибори та демократія*. 2009. No. 4 (22). С. 24.

<sup>74</sup> *Emmert F.* Independence of Judges — A Concept Often Misunderstood in Central and Eastern Europe // *European Journal of Law Reform*. Vol. 3. Issue 4 (2001). P. 405–410.

<sup>75</sup> *Novak M.* Ensuring Uniform Case Law in Slovenia: Jurisprudence Constante, Stare Decisis, and a Third Approach // *Studia Iuridica Lublinensia* vol. XXVII, 1, 2018. P. 131–142.

<sup>76</sup> *Ľalík T.* Precedens a Ústavný súd Slovenskej republiky // *Vybrané aspekty súdneho precedensu v podmienkach Slovenskej republiky*, Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2013. S. 36–65.

ют общую правовую позицию, как именно она выявляется и в каких делах ее следует считать обязательной к применению.

Наиболее ясно сформулированную методологию такого рода удалось обнаружить в практике Конституционного Суда Чехии. Этот суд в одном из постановлений 2003 года сформулировал следующее.<sup>77</sup> Конституционный Суд как конституционный орган публичной власти не должен действовать произвольно, а потому он должен считать себя связанным своими предшествующими решениями, отступая от них только при определенных обстоятельствах. Конституционный Суд обязан уважать принципы конституционного государства, в котором произвольное поведение органов публичной власти строго запрещено. Этот подход можно рассматривать также как существенную часть демократического государства, в котором действует принцип господства права.

Опираясь на эти принципы, чешский Конституционный Суд определил условия отступления от своей практики. Первым обстоятельством, при котором Суд может отойти от собственной практики, выступает изменение социальных и экономических отношений в стране, изменение их структуры, либо изменение культурных концепций в обществе. Другим обстоятельством может быть изменение в правовом регулировании, когда в результате принятия в развитие конституционных положений правовых норм, которые в своей совокупности влияют на восприятие конституционных принципов и идей, разумеется, не отступая от них и не ограничивая действие принципа демократического государства, связанного господством права. Изменение практики Конституционного суда может быть дозволено также изменением тех правовых норм, которые формируют для суда правовые условия его деятельности (*binding frame of reference*) — те, которые содержатся в Конституции Чехии, при условии, что такие изменения не входят в конфликт с ограничениями, установленными в самой Конституции, а именно — не отменяют существенных элементов конституционной концепции демократического государства и господства права.

Таким образом, в практике конституционных судов стран Центральной и Восточной Европы наметилась отчетливая тенденция к признанию обязанности суда следовать ранее сформированной судебной практике. Конституционные суды усматривают в этом

---

<sup>77</sup> Решение Pl. ÚS 11/02 от 11.06.2003 (доступно на официальном сайте суда <https://www.usoud.cz/en/decisions/20030611-pl-us-1102-judgessalaries/>).

реализацию принципа правовой определенности, справедливости и равенства перед законом. Однако далеко не все конституционные суды отчетливо сформулировали это в своей практике, а для многих судов очевидным затруднением становится отсутствие методологии выявления сформированных правовых позиций и условий, при которых возможно отступление от них.

### § 3. Конституционные суды Азии<sup>78</sup>

Современное сравнительное правоведение сегодня большей частью опирается на ставшее классическим разделение основных правовых традиций на романо-германскую традицию и традицию общего (англо-американского) права. Они подробно описаны, разобраны до мелких деталей и обнаруживаются не только в тех странах, откуда получили первоначальное распространение, но и практически во всем мире: право любой страны мира относится либо к одной, либо к другой традиции как в классических<sup>79</sup>, так и в современных трудах по сравнительному правоведению<sup>80</sup>, справочниках<sup>81</sup> и другой литературе. Выделение прочих «правовых семей» происходит в дополнение к этим основным правовым традициям: системы обычного права, религиозного права и социалистического права рассматриваются как дополнительная характеристика национальных правовых систем, наряду с их базовой принадлежностью или к англо-американской или романо-германской правовой традиции.

Несмотря на то, что выделение двух основных правовых традиций осуществлялось главным образом на материале частного права, их классификация имеет важнейшее значение для оценки организации конституционного контроля, по крайней мере в Европе, что

---

<sup>78</sup> Материалы данного параграфа ранее были опубликованы в статье: Белов С. А. Прецеденты в практике конституционных судов Азии // Журнал конституционного правосудия. 2020. № 6. С. 26–33.

<sup>79</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности = Les grands systemes de droit contemporains / пер. с фр. В. А. Туманова. М.: Международные отношения, 1998; Цвайгерт К., Кёту Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Том I. Основы: пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2000.

<sup>80</sup> Uwe Kischel. *Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>81</sup> Например, справочнике ЦРУ *The World Factbook 2020*. Washington, DC: Central Intelligence Agency, 2020. <https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/index.html>

было продемонстрировано в предшествующих двух параграфах. Децентрализованный конституционный контроль характерен для традиции общего права (при наличии писанной конституции): одним из главных его условий выступает принцип *stare decisis*, т. е. обязательность правовых выводов любого решения для последующего соблюдения им в аналогичных ситуациях. Именно принцип *stare decisis*, требующий, чтобы каждое судебное решение рассматривалось как обязательное с точки зрения изложения содержания правового регулирования и потому доводилось до всеобщего сведения, обеспечивает неприменение закона, который уже был провозглашен неконституционным решением любого суда. Отсутствие таких правил в романо-германском праве потребовало создания специализированного конституционного суда с особыми свойствами его решений — всеобщей обязательностью, нехарактерной для решений других судов, — т. е. централизованной системы конституционного контроля.

В странах Азии сложившиеся в Европе «чистые» правовые традиции практически не встречаются. Немало примеров стран, в праве которых сочетаются романо-германская система и черты общего права — например, в Камбодже, Кувейте или на Шри-Ланке. Само заимствование европейского права во многих случаях не было последовательным, и в ряде стран мы наблюдаем сочетание институтов и норм, взятых из разных европейских источников. Кроме того, в большинстве стран Азии имеет место сочетание заимствованной из Европы континентальной или английской правовой традиции с теми правовыми институтами, которые существовали раньше или параллельно с правом европейского типа. Это традиционное обычное право (например, в Афганистане или Камбодже) и религиозное право в странах ислама это шариат.

В ряде стран шариат интегрирован в правовую систему (например, указан в качестве источника права в конституции — в Египте и ОАЭ), в других действует автономно; где-то практика ограничивается применением норм шариата в общих судах, где-то создаются специальные шариатские суды (в Иране, Малайзии или Саудовской Аравии). Однако деятельность всех конституционных судов носит исключительно светский характер.<sup>82</sup> Исключением выступает Совет

---

<sup>82</sup> Сьюкияйнен Л. Р. Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 205–222.

стражей конституции Ирана — уникального органа, к чьим функциям относится оценка законодательства не только на соответствие конституции, но и нормам шариата.

Из всех стран Азии чуть больше половины организовали специализированные органы конституционного контроля: в 24 из 47 в настоящее время действуют конституционные суды, еще в 2 действуют конституционные советы. В 14 государствах функция конституционного контроля была возложена на суды общей юрисдикции. На выбор модели охраны конституции, разумеется, повлияли особенности правовой системы соответствующих государств: как правило, бывшие колонии Великобритании (Индия, Пакистан, Бангладеш, Шри-Ланка) адаптировали децентрализованную модель конституционного контроля, в том числе и потому, что изначально вместе с английским правом заимствовали принцип обязательности судебного прецедента. Правда, были отчетливые исключения: например, Бахрейн, Иордания и Кувейт, воспринявшие в целом традицию общего права и одновременно с этим учредившие конституционные суды. Япония, заимствовавшая правовую традицию континентальной Европы, тем не менее в вопросе конституционного контроля вместо создания специализированного суда возложила эту функцию на Верховный суд.

Национальные правовые системы Азии, несмотря на их пестроту и разнообразие, в сравнительном конституционном праве остаются малоизученными, особенно если задаться вопросом о характеристиках конкретных параметров функционирования органов конституционного контроля. В литературе ни на русском, ни на английском языке не найти зачастую даже основных характеристик особенностей организации отдельных конституционных судов, не говоря уже об ответах на конкретные вопросы.

В настоящем исследовании в рамках научного проекта по исследованию проблем прецедента в конституционных и международных судах была поставлена задача оценить, насколько конституционные суды в странах Азии, подобно своим европейским коллегам, отвергают принцип *stare decisis* как связывающий их выводами, которые сделаны в их собственных ранее вынесенных решениях.

Решение этой задачи оказалось сопряжено со значительными трудностями, главная из которых — крайняя скудность материала для исследования.<sup>83</sup> Несмотря на недавнее появление двух комплекс-

---

<sup>83</sup> Авторы сердечно благодарят за помощь в сборе материала для настоящего параграфа профессора Американского Университета в Каире Шамс Аль

ных монографий об организации конституционных судов в Азии,<sup>84</sup> в них представлен лишь общий контекст, в котором существуют азиатские конституционные суды, нежели даны ответы на конкретные вопросы их организации. Лишь в редких случаях можно было найти прямой ответ на поставленный вопрос в отношении конкретного суда.<sup>85</sup> У некоторых судов нет даже официальных сайтов (например, у Конституционного суда Сирии), решения судов на официальных сайтах или не представлены вовсе или представлены только на языке этих стран<sup>86</sup> либо представлены на английском языке, но без системы эффективного поиска по ключевым словам<sup>87</sup>. Только сайт Конституционного суда Кореи<sup>88</sup> позволил найти необходимые судебные акты по ключевому слову.

В результате анализа истории создания и общего контекста функционирования было выбрано несколько конституционных судов, которые использовались как примеры, представляющие организацию конституционных судов в нескольких частях азиатской части света: с Ближнего Востока — Египет и Турция, где действуют самые старые конституционные суды в Азии, с Дальнего Востока — Корея и Индонезия.

---

Дин Аль Хаджади, ассистент-профессора кафедры недвижимости и строительства университета Кангнам (Сеул) к. ю. н. Ли Чжеву, зам. директора отдела Ассоциации азиатских конституционных судов Конституционного Суда Кореи Фабиана Дусселя, зам. председателя Конституционного Суда Турции Энжина Йелдирима, профессора Высшей школы экономики (Москва) д. ю. н. Л. Р. Сюзийнена.

<sup>84</sup> *Tom Ginsburg, Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases.* Cambridge University Press, 2003; *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective* / ed. By Albert H. Y. Chen, Hongyi Chen, Andrew Harding. Cambridge University Press, 2018.

<sup>85</sup> *Simon Butt, Constitutional Court and Democracy in Indonesia.* Leiden/Boston: Brill, 2014. P. 64–66.

<sup>86</sup> Например, на официальном сайте Конституционного Суда Египта (<http://www.sccourt.gov.eg>), Индонезии (<https://mkri.id/>), или Монголии (<http://www.conscourt.gov.mn/>), Совета стражей конституции Ирана (<https://www.shora-gc.ir/>). Дата обращения ко всем электронным ресурсам, указанным здесь и далее — 10.10.2020.

<sup>87</sup> Официальные сайты Конституционного Суда Таиланда (<https://www.constitutionalcourt.or.th>) и Турции (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>).

<sup>88</sup> Сайт Конституционного Суда Кореи (<https://www.ccourt.go.kr>).

## *Общая характеристика конституционных судов и правовых систем*

Первый конституционный суд в Азии появился в 1961 году в Турции. Конституция Турции 1961 года стала результатом деятельности Комитета национального единства, захватившего власть в ходе военного переворота в 1960 году и подготовившего реформы, возвращавшие страну в русло политики Ататюрка после нескольких лет пребывания у власти правительства Мендереса, отступившего от этой политики. Конституционный Суд занял место защитника базовых принципов конституции и продолжал играть эту роль на протяжении многих лет, последовательно защищая принципы демократического и светского государства. В 1970-е годы Конституционный Суд признал неконституционным формирование судов из военнослужащих, в 1990-е — запретил деятельность партии Рефах (партии Благоденствия, борющейся за усиление роли ислама в государстве, одним из лидеров которой был Р. Эрдоган). Кульминацией такой практики стало решение 2008 года о признании не соответствующей базовым конституционным принципам поправки к конституции об отмене запрета на ношение мусульманских платков в университетах<sup>89</sup>.

Правовая система Турции относится к романо-германской правовой семье; эта правовая традиция была рецептирована в 1920-е годы в процессе реформ Ататюрка, одновременно с исключением из правовой системы религиозного (исламского) права и правовых обычаев. Прецедент формально не был признан источником права, однако суды рассматривали в качестве руководящих указаний решения высшей судебной инстанции — Кассационного суда.<sup>90</sup> Подобное признание прецедента не распространялось, однако, на конституционный суд, решения которого хотя и были обязательны к исполнению всеми государственными органами и судами,<sup>91</sup> но формально не связывали сам конституционный суд. Любопытно, что по Конституции 1961 года, до принятия Конституции 1982 года, конкуренцию Конституционному суду в осуществлении конституционного контроля создавали суды общей юрисдикции, которые имели полномо-

---

<sup>89</sup> Текст решения на турецком языке доступен [https://tr.wikisource.org/wiki/Anayasa\\_Mahkemesi%27nin\\_2008/116\\_nolu\\_karar%C4%B1](https://tr.wikisource.org/wiki/Anayasa_Mahkemesi%27nin_2008/116_nolu_karar%C4%B1)

<sup>90</sup> Basak Basoglu & Yasan, Candan, Turkey, 19 AM. U.J. GENDER Soc. POL'y & L. 319 (2011).

<sup>91</sup> *Esin Orucu*. The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the System, 3 J. COMP. L. 254 (2008). P. 261.

чия не применять законы, признанные ими неконституционными.<sup>92</sup> Правда, такие решения имели силу только для сторон, участвующих в конкретном деле, и после принятия Конституции 1982 года ушли в прошлое.

В схожих с турецкими обстоятельствах появился и Конституционный суд Египта, учреждение которого состоялось с принятием Конституции 1971 года, хотя его организация затянулась на несколько лет, и он начал свою деятельность только в 1979 году. Однако история конституционного контроля в Египте началась гораздо раньше. Попытки требовать от судов прямо применять конституцию и не применять законы, которые ей противоречат, начались практически сразу после принятия первой конституции независимого Египта в 1923 году<sup>93</sup>. Уже в 1924 и 1926 году суды Александрии и Тала были вынуждены отвечать на аргументы о неконституционности применяемых ими законов, а в 1941 и в 1948 году соответственно гражданский и административный суды Египта признали юрисдикцию любых судов по контролю за конституционностью.<sup>94</sup> На структуре правовой системы Египта больше сказалось влияние Франции, тогда как английское влияние в годы протектората Великобритании (1882–1922) оставило меньше внешних следов. В Египте действует кодифицированное право романской правовой традиции. Однако модель конституционного контроля в Египте до 1970-х годов складывалась децентрализованная, «американская» модель, и эта тенденция была пересмотрена при принятии Конституции 1971 года. Соображения юридического характера в этом случае, видимо, играли второстепенную роль.

После смерти президента Абдель Насера новый президент Анвар Садат изменил политический курс в сторону отказа от «египетского социализма», защиты принципов господства права и независимости суда, экономического либерализма с защитой собственности и стремлением привлечь иностранных инвесторов. Правда, одновременно с этим происходило усиление влияния религии в обществе (через год после начала работы Конституционного суда, в 1980 году, изменениями в Конституцию шариат был признан одним из источников права). Именно в условиях действия такой конституции,

---

<sup>92</sup> Ibid. P. 256.

<sup>93</sup> Материал об истории конституционного контроля в Египте с официального сайта Высшего конституционного суда Египта: <https://web.archive.org/web/20100305135646/http://www.hccourt.gov.eg/About/history.asp>

<sup>94</sup> Ibid.

принятой при Садате и действовавшей до свержения режима Хосни Мубарака в 2011 году, сформировалась основная практика Высшего конституционного суда.<sup>95</sup> Прямого влияния шариата, который признан в конституции одним из источников права, на отношение судов к прецеденту обнаружить достаточно сложно. И хотя в целом шариат не поощряет использование судебных прецедентов, его применение, по крайней мере в Египте, отделено от действия светского права и от деятельности светского конституционного суда.

По утверждению профессора Университета Джорджа Вашингтона Натана Брауна, «Высший конституционный суд Египта приобрел репутацию наиболее могущественного (powerful) суда в арабском мире и сохранил на глобальном уровне смелость принятия решений (его решения трижды приводили к роспуску парламента)».<sup>96</sup> Значение Конституционного суда в политической системе было особо подчеркнуто в ходе переворота 2013 года возложением обязанностей президента страны на председателя Конституционного суда. В 1990-е годы Высший конституционный суд под руководством председателя Аль Мурра использовал практически весь либеральный потенциал Конституции 1971 года, однако не ограничиваясь лишь текстуальным истолкованием Конституции, что придавало особое значение именно прецедентным решениям этого суда.

По оценке профессора Американского Университета в Каире и специалиста по вопросам организации судебной власти в Египте Шамс Аль Дин Аль Хаджади (Shams Al Din Al-Hajjaji), прецедентное значение было признано за всеми решениями высших судов Египта, публикуемых для всеобщего сведения,<sup>97</sup> — при том, что обязательному опубликованию подлежат все решения Высшего конституционного суда, а публикация решений других высших судов остается на их усмотрение.<sup>98</sup> Суды вправе свои решения пересматривать только с соблюдением определенной процедуры,<sup>99</sup> наличие которой

---

<sup>95</sup> Tamir Moustafa *The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Development in Egypt*. Cambridge Univ.Press, 2007.

<sup>96</sup> <http://constitutionnet.org/vl/item/egypt-constitutional-court-unconstitutional-setting-nathan-brown>

<sup>97</sup> Эксперт дал свою оценку в письме, адресованном одному из авторов настоящей книги.

<sup>98</sup> Dr. Mohamed S. E. Abdel Wahab *An Overview of the Egyptian Legal System and Legal Research*. [https://www.nyulawglobal.org/globalex/Egypt1.html\\_Enforcement\\_of\\_Judgments\\_and\\_Appeal](https://www.nyulawglobal.org/globalex/Egypt1.html_Enforcement_of_Judgments_and_Appeal)

<sup>99</sup> Shams Al Din Al Hajjaji, *The Dilemma of Judicial Appointment in Egypt Questions of Gender Equality, Elimination of Political Opposition and Underpriv-*

требует объявлять об изменении правовой позиции и косвенно свидетельствует о связанности судов, включая Высший конституционный суд, их собственной предшествующей практикой.

В Республике Корея Конституционный суд был учрежден в 1988 году, вместе с масштабным пересмотром Конституции и созданием Шестой Республики. Режим, который сложился в Пятой республике, принято называть военной диктатурой,<sup>100</sup> а переход к Шестой республике означал установление конституционных гарантий гражданских прав и свобод, прямые выборы президента республики и другие демократические преобразования. Конституционный Суд Кореи довольно быстро приобрел репутацию активного защитника конституционных ценностей и принципов: начиная с самого первого дела, в котором суд признал неконституционным закон, запрещающий немедленное исполнение решений по гражданским делам в отношении государства,<sup>101</sup> за 30 с небольшим лет своего существования он признал неконституционными, полностью или частично, более 1000 законов.<sup>102</sup> Решения Конституционного Суда Кореи содержат очень подробную и развернутую аргументацию, с изложением позиций всех участников дела и тщательным анализом их аргументов, представлением различных конституционно-правовых теорий и зарубежной практики.<sup>103</sup> На сайте Конституционного суда большинство решений представлено не только на корейском, но и на английском языке с эффективной системой поиска по текстам этих решений.<sup>104</sup>

Среди характеристик правовой системы Кореи в качестве общего места указывается не только на то, что она относится к романо-германской правовой традиции, но и то, что для этой системы совершенно не характерен судебный прецедент. «Корейские суды не признают доктрину *stare decisis*, как она понимается судами в США», — утверждалось в книге «Введение в право и правовую систему Кореи», подго-

---

ileged Citizens, 11 DePaul J. for Soc. Just. (2018). P. 8–9. Available at: <https://via.library.depaul.edu/jsj/vol11/iss1/3>

<sup>100</sup> Пятая республика // Энциклопедия Дусан. <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1141268&cid=40942&categoryId=33385>

<sup>101</sup> Tom Ginsburg. Op.cit., P.217, The First Ten Years of the Korean Constitutional Court (Constitutional Court of Korea, 2001) <https://library.court.go.kr/site/conlaw/download/publications/1255848884375.pdf>. P. 57.

<sup>102</sup> <http://english.court.go.kr/cckhome/eng/decisions/caseLoadStatic/caseLoadStatic.do>

<sup>103</sup> The First Ten Years... P. 56.

<sup>104</sup> Ibid. P. 56.

товленной под редакцией профессора Сонга, в то время профессора Сеульского национального университета, позднее ставшего судьей Международного уголовного суда от Кореи.<sup>105</sup>

В другом авторитетном издании, вышедшем на тридцать лет позже, также утверждалось: «не существует принципа *stare decisis* или прецедента в корейской правовой системе. Однако, поскольку нижестоящие суды склонны следовать правовым интерпретациям, формулируемым Верховным судом в его практике, решения Верховного суда рассматриваются как вторичный источник права.»<sup>106</sup>

Вся деятельность Конституционного Суда, как будет показано ниже, эти выводы опровергает, во всяком случае применительно к решениям именно Конституционного Суда. Конституционный Суд в своей практике неоднократно подчеркивал свою связанность предшествующими решениями. В отношении нормативной обязательности, как и обязательности в рамках конкретного дела, решений Конституционного Суда Кореи возникало известное практически всем странам Восточной Европы напряжение между Конституционным и Верховным судами. Подобная обязательность была утверждена в одном из решений Конституционного суда, правда, без ссылок на то, что его решения можно рассматривать как судебные прецеденты.<sup>107</sup>

Наряду с Конституционным Судом Кореи, который был и остается одним из «активистских» судов Азии, активное формирование собственных правовых позиций, часто основанных на довольно широком истолковании конституционных положений,<sup>108</sup> характерно для «младшего брата» корейского суда — Конституционного суда Индонезии.

В Индонезии Конституционный суд был учрежден в 2001 году ходе реформ политической и экономической системы страны, которые начались после отставки находившегося у власти в течение 30 лет президента Сухарто. Примечательно, что при принятии первой конституции независимой Индонезии в 1945 году идея судебного конституционного контроля была принципиально отвергнута, а вся правовая система была сориентирована на заимствование гол-

---

<sup>105</sup> Sang-Hyun Song (ed.) Introduction to the Law and Legal System of Korea. Seoul: Kyungmunsa Pub., 1983. P. 17–18.

<sup>106</sup> Introduction to Korean Law. Korea Legislation Research Institute. Seoul: Springer, 2013. P. 7.

<sup>107</sup> The First Ten Years... P. 26–28ff.

<sup>108</sup> Constitutional Courts in Asia... P. 222–223. В частности, это касалось расширения пределов его компетенции.

ландского права (что было вполне естественно, учитывая, что Индонезия была колонией Нидерландов в течение предшествующих 350 лет), принципиально не допускающее пересмотра судами решений представительных органов.<sup>109</sup> Только полвека спустя, закрепляя отказ от авторитарного политического устройства, Индонезия создала конституционный суд, по полномочиям и структуре скопированный с Конституционного суда Кореи,<sup>110</sup> правда, без механизма конкретного нормоконтроля.<sup>111</sup>

Как утверждают авторы статьи, посвященной судебной системе Индонезии, — выпускники индонезийских юридических вузов, — «судебные решения, на которые обычно ссылаются как на судебную практику или прецедентное право, не имеет обязывающей силы, кроме как для лиц или сторон, участвующих в деле. Причины этого — в том, что Индонезия относится к странам романо-германского права (континентальной правовой системы), подобно Нидерландам, и не применяет принцип *stare decisis*. Тем не менее, существует два подхода в отношении одинаковых решений, трижды вынесенных Верховным или Конституционным судом. Одни юристы классифицируют такие постоянные прецеденты в рамках доктрины «твердой судебной практики» (*faste jurisprudence* — нидерл.), которая предполагает обязательную силу такой практики. Другие юристы воспринимают такие прецеденты как любые другие, т. е. как не имеющие обязательной силы, имеющие только силу убеждающих прецедентов.»<sup>112</sup>

По утверждению Симона Батта (Simon Butt), специалиста по праву Индонезии из Университета Сиднея, «в Индонезии в целом рассматривается как предпочтительное для судов следование предшествующим решениям высших судебных инстанций, в особенности Верховного суда, хотя некоторые ученые спорят, насколько строго следует выполнять этот предпочтительный образ действий. Некоторые комментаторы утверждают, что судебная практика стала эффективным источником права в Индонезии несмотря на то, что она не является формально обязательной»<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Stefanus Hendrianto Law and Politics of Constitutional Courts: Indonesia and the Search for Judicial Heroes, Routledge, 2018. P. 43.

<sup>110</sup> Ibid. P. 42.

<sup>111</sup> Ibid. P. 53.

<sup>112</sup> Alamo D. Laiman. Dewi Savitri Reni, Ronald Lengkong, Sigit Ardiyanto, Juven Renaldi. The Indonesian Legal System and Legal Research. <https://www.nyulaw-global.org/globalex/Indonesia1.html>

<sup>113</sup> Simon Butt. Op. cit. P. 65.

## Турция

Вынося упомянутое выше решение 2008 года о неконституционности поправки к конституции, разрешавший мусульманские платки в университетах, Конституционный Суд Турции привел в мотивировочной части ссылки на несколько своих ранее вынесенных решений, раскрывавших значение базовых, неизменяемых принципов конституции, а также принцип светскости государства (по нескольким решениям 1970-х и 1980-х гг.), подчеркнув тем самым последовательность своей практики. Аналогичный подход, очень похожий на практику европейских конституционных судов в рамках концепции *jurisprudence constante*, можно обнаружить и в других решениях Конституционного Суда Турции.<sup>114</sup>

В то же время Конституционный суд фактически изменил позицию, неоднократно им высказанную в предшествовавшие годы, в том числе в 2007 году, о признании собственной юрисдикции в отношении проверки конституционных поправок только на соответствие конституции по форме, но не по содержанию.<sup>115</sup> Об этом даже не было упомянуто в основном тексте решения 2008 года, тогда как на нарушение последовательности правовой позиции было указано в особом мнении к нему. Вопрос о пределах компетенции Конституционного суда рассматривать конституционность поправок в Конституцию неоднократно становился предметом споров в Турции. Еще в период действия Конституции 1961 года, до поправок 1971, Конституционный суд своими прецедентными решениями присвоил себе право рассматривать конституционность поправок не только по форме и процедуре, но и по содержанию. Изменениями в Конституцию 1971 года, а затем в новой Конституции 1982 года эта юрисдикция Конституционного суда была ограничена, и отказывая несколько раз в рассмотрении соответствия конституционных поправок базовым принципам конституции, суд признал соответствующие границы своей юрисдикции.<sup>116</sup> В решении 2008 года, формально утверждая, что рассматривает вопрос формы, а не содержания,

---

<sup>114</sup> Напр., решение от 15 апреля 2014 года No: 2013/849 (опубликовано на официальном сайте суда <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)

<sup>115</sup> *Ozan O. Varol*, Lucia Dalla Pellegrina & Nuno Garoupa, *An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey*, 65 *AM. J. COMP. L.* 187 (2017). 196.

<sup>116</sup> *Yaniv Roznai, Serkan Yolcu*. *An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision* // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 10, Issue 1. 2012. P. 175–207, 195–198.

суд фактически оценил конституционные поправки по существу, сославшись на необходимость оценки соблюдения пределов компетенции парламента по изменению Конституции и тем самым собственным прецедентным решением установив новые границы своих полномочий.

Можно также говорить о том, что суд своей прецедентной практикой расширил собственный юридический инструментарий по сравнению с предусмотренным конституцией и законом, допустив, например, принятие решений о конституционном истолковании законов.<sup>117</sup> Однако в этом случае о прецеденте можно говорить лишь в значении создания новых правил, но не в части их обязательности ни для самого конституционного суда, ни для других государственных органов и других заявителей. Расширение арсенала юридических средств представляло собой своеобразный прецедент толкования закона, не более того.

### *Egypt*

Анализ практики Конституционного Суда Египта в части последовательности правовых позиций с конкретными примерами из этой практики представлен в материалах Интернет-сайта, посвященного вопросам функционирования судебной системы Египта (<https://egyptjustice.com>).

Прежде всего нужно отметить, что Высший конституционный суд регулярно включает в тексты своих решений ссылки на предшествующие решения.<sup>118</sup> Факт подобных ссылок не доказывает, что суд признает для себя обязательность ранее высказанных позиций, однако по крайней мере свидетельствует о стремлении выстраивать последовательную судебную практику.

Авторы обзорных материалов утверждают, что суд стремится твердо придерживаться собственных прецедентов,<sup>119</sup> хотя это сложно рассматривать как признание египетским конституционным судом принципа *stare decisis*. К сходным выводам приходят и авторы немногих публикаций, в которых затрагивается этот

---

<sup>117</sup> *Esin Orucu*. The Constitutional Court of Turkey: The Anayasa Mahkemesi as the Protector of the System, 3 J. COMP. L. 254 (2008). 260.

<sup>118</sup> SCC Case 20, Judicial Year 34, June 14, 2012 (Official Gazette No. 24 [Subsequent A], June 14, 2012). <https://egyptjustice.com/scc-cases/2015/6/7/election-laws>

<sup>119</sup> <https://egyptjustice.com/analysis/2016/5/5/constitutional-earthquakes-coming>

вопрос.<sup>120</sup> Обычно Высший конституционный суд Египта очень осторожно ссылается на ранее вынесенные решения, показывает различия нового рассматриваемого дела с тем делом, которое рассматривалось раньше, и использует аргументацию ранее вынесенного решения как инструментарий аргументации решения по новом делу.

### Корея

На необходимость и возможность пересмотра «прецедентов» конституционного суда Кореи прямо указывается в корейском законе о конституционном суде: ст. 23 этого закона требует квалифицированного большинства голосов (6 из 9 судей) при принятии решения о таком пересмотре<sup>121</sup>. При этом такое большинство в практике Конституционного Суда Кореи собиралось довольно редко.<sup>122</sup>

В текстах решений Конституционного Суда Кореи присутствуют многочисленные ссылки на его собственные предшествующие решения, чаще всего в контексте необходимости следовать ранее сформулированным позициям<sup>123</sup> или по крайней мере учитывать их при вынесении нового решения.<sup>124</sup> Судьи в отдельных мнениях настаивали на следовании обозначенным в них общим методологическим подходам.<sup>125</sup>

В одном из решений 2007 года Конституционный суд указал, что он последовал ранее принятым прецедентам, поскольку «в них не обнаруживается важных ошибок в принципах права и отсутствуют отличия в рассматриваемой ситуации, которые могли бы стать основанием для их пересмотра».<sup>126</sup> Сослался на отсутствие оснований

---

<sup>120</sup> *Lombardi, Clark B. and Nathan J. Brown. Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law // American University International Law Review 21, no. 3 (2006): 379–435. P. 433–434.*

<sup>121</sup> *The First Ten Years...* P. 363–364.

<sup>122</sup> *Ibid.* P. 55, 115.

<sup>123</sup> 17-2 KCCR 392, 2002Hun-Ba95-96 and 2003Hun-Ba9(consolidated), November 24, 2005 Здесь и далее ссылки на судебные решения приводятся по результатам их отбора на официальном сайте Конституционного Суда Кореи по ключевому слову «precedent».

<sup>124</sup> 21-1(B) KCCR 327, 2007Hun-Ma1462, October 29, 2009.

<sup>125</sup> 2016Hun-Ba447, August 31, 2017.

<sup>126</sup> 19-2 KCCR 412, 2006 Hun-Ma 364 et al., Oct. 4, 2007.

для пересмотра ранее вынесенного решения суд и в нескольких решениях, вынесенных позднее,<sup>127</sup> в том числе недавно, в 2019 году.<sup>128</sup>

В некоторых случаях ссылки на ранее вынесенные решения давались с аргументацией о необходимости ограниченного применения ранее высказанной позиции и ее нераспространения на рассматриваемое новое дело,<sup>129</sup> причем в некоторых делах судьи в особых мнениях возражали против неприменимости ранних прецедентов.<sup>130</sup>

В ряде решений четко указывается на пересмотр установленных ранее решениями Конституционного Суда позиций.<sup>131</sup> Упрек Конституционному суду в том, что он должен был в специальной процедуре пересмотреть свое собственное ранее вынесенное решение прежде, чем выносить новое, высказывался и в Особых мнениях — например, в Особом мнении судьи Чо Сон Хён к Постановлению от 24 декабря 1998 года.<sup>132</sup> В других делах особые мнения содержали доводы к тому, что пересматривать ранее вынесенное решение не было оснований.<sup>133</sup>

## *Индонезия*

Практика Конституционного Суда Индонезии по анализируемому вопросу — отношению суда к своим ранее вынесенным решениям — была обобщена в упомянутой выше книге Симона Батта<sup>134</sup>.

В первые годы суд редко ссылался на свои предшествующие дела, отчасти потому, что вновь учрежденный суд еще не накопил достаточной практики. Правда, даже когда решения по сходным де-

---

<sup>127</sup> 2014Hun-Ba68, 2014Hun-Ba164 (consolidated), May 26, 2016; 2015Hun-Ma509, 2015Hun-Ma1160 (consolidated), December 29, 2016.

<sup>128</sup> 2016Hun-Ma56, February 28, 2019; 2018Hun-Ma267, May 30, 2019.

<sup>129</sup> 20-2(A) KCCR 236, 2004Hun-Ma1010, 2005Hun-Ba90 (consolidated), July 31, 2008.

<sup>130</sup> Особое мнение судьи Ли Тон Хёб (Lee Dong-heub) к решению 20-1(A) KCCR 139, 2007Hun-Ma700, January 17, 2008.

<sup>131</sup> 21-2(B) KCCR 769, 2007Hun-Ma369, May 28, 2009; 156 KCCG 1633, 2008Hun-Ka25, September 24, 2009; 27-2(A) KCCR 54, 2010Hun-Ra2, July 30, 2015; 21-1 (B) KCCR 545, 2006Hun-Ba109, 2007Hun-Ba49.57.83.129, consolidated, May 28, 2009.

<sup>132</sup> 10-2 KCCR 927, 89Hun-Ma214, etc.,(consolidated) Constitutional Court Decisions. Volume I (1998–2004). Constitutional Court of Korea, 2006. P.474. <https://library.court.go.kr/site/conlaw/download/publications/1255848933024.pdf>

<sup>133</sup> Особое мнение судей Чо и Мин к решению 21-1(A) KCCR 156, 2005Hun-M a764, 2008Hun-Ma118 (consolidated), February 26, 2009.

<sup>134</sup> *Simon Butt*. Op.cit.

лам уже были, и суд ссылался на них, такие ссылки не были полезными и информативными. Например, в суд дважды, в 2004 и 2005 годах, поступали запросы об оценке конституционности закона о банкротстве. Во втором деле суд сослался на решение по первому делу и указал, выводы суда по тому делу в той части, в которой они относятся к существу нового обращения, «становятся частью нового решения». При этом суд не указал, на какие именно выводы из его предыдущего решения он ссылается, поэтому остается неизвестно, какая именно часть первого решения была инкорпорирована судом во второе.

В своих ранних решениях суд часто не считал необходимым ссылаться на предшествующие решения, если это было результативно и целесообразно. Некоторые дела касались тех же конституционных положений и похожих вопросов, но суд предпочитал ссылкам и цитированию предшествующих решений анализировать те же положения и вопросы заново — как будто предшествующих решений и не было. Например, в первые три года суд рассматривал несколько запросов, связанных с конституционностью законов, которым была придана обратная сила.

Первым было знаменитое дело балийских террористов (2003), в решении по которому были развернуто представлены мнения и большинства, и меньшинства состава суда. Однако это дело не было даже упомянуто в делах Абилио Соареса (губернатора Восточного Тимора, обвиненного в массовых убийствах) и Брама Маноппо (осужденного за коррупцию при размещении государственного заказа на закупку российского вертолета МИ-2), хотя в этих дела также возникал вопрос ретроспективного действия закона. Судьи просто повторно воспроизвели те же правовые аргументы.

В практике последних лет суд стал регулярно ссылаться на свои предшествующие решения. Он стал воспроизводить длинные пассажи из своих прежних решений, иногда несколько страниц длиной. Конечно, такие цитаты оказываются гораздо более информативными, чем неясные ссылки, которые суд использовал ранее. Разумеется, отчасти это связано с тем, что суд накопил большую практику — например, он теперь обычно отказывается слушать дела о применении принципа *non bis in idem* на том основании, что ранее уже рассматривал жалобы на то же законодательное положение на тех конституционных основаниях. В связи с этим суд осознал повышение уровня доверия к своим решениям, поскольку они стали более последовательными и предсказуемыми. Ссылки, которые усиливают

или легитимируют решение суда, особенно помогают ему в делах, решения по которым оказываются непопулярными политически или в глазах общественности.<sup>135</sup>

Вместе с тем в научной литературе можно встретить и упреки в непоследовательности позиции, адресованные Конституционному суду Индонезии. Например, Конституционный суд в ряде решений 2006-2007 годов постоянно и последовательно определял статус Комиссии по искоренению коррупции как независимого органа власти, и совершенно неожиданно, отклоняясь от этого подхода, сформированного постоянной и последовательно практикой, в 2017 году обозначил статус этой комиссии как органа, относящийся к исполнительной власти (что позволило парламенту страны проводить расследования деятельности этого органа).<sup>136</sup>

В целом можно сделать вывод, что у индонезийского конституционного суда окончательно не выработан последовательный подход к вопросу о его связанности собственными ранее вынесенными решениями, практика суда непоследовательна и противоречива, однако можно ожидать, что по мере накопления практики и по мере развития методологических подходов, используемых судом, его позиция будет сформулирована более четко и последовательно.

Обобщая представленный выше анализ, можно сделать общий вывод, что большинство азиатских судов не считают себя связанными своей предшествующей практикой — ни отдельными решениями, ни сформировавшей устойчивой позицией. Ссылки на предшествующие решения включаются в тексты бессистемно, обычно не следуя какому-то четкому принципу. Единственным исключением в этом отношении из всех судов, чья практика анализировалась (конституционные суды Турции, Египта, Кореи и Индонезии), может считаться конституционный суд Кореи, который постоянно и последовательно ссылается на свои собственные решения, как правило, ясно давая понять, что пересматривает ранее высказанную правовую позицию, и как следует из формулировок его решений, считает обязательным объяснять отклонение от мнений, сформулированных в предшествующих решениях.

---

<sup>135</sup> Ibid. P. 66.

<sup>136</sup> *Aris I., Amir I., Amrianto S.* Konstitusionalitas hak angket dewan perwakilan rakyat (dpr) terhadap komisi pemberantasan korupsi (KPK) // *Al-Adalah: Jurnal Hukum dan Politik Islam*. 2019. Vol. 4(2). P. 135–158. doi: <https://doi.org/10.35673/ajmpi.v4i2.436> (аннотация на англ. яз.).

## § 4. Международные суды<sup>137</sup>

Современная доктрина международного права неоднозначно относится к идее обязательности общих правовых позиций международных судов. С одной стороны, классическое международное право не признаёт за судами полномочий своими решениями развивать и тем более создавать нормы международного права<sup>138</sup>. Такая позиция вытекает из природы международного права, которое принципиально не признавало централизации нормотворчества: правовые нормы вытекали только из согласованных совместных решений государств, из международных договоров и обычаев, а задача международных судов всегда сводилась к применению этих источников, но не внесению в них каких-то дополнений<sup>139</sup>. С другой стороны, реальная практика международных судов даёт многочисленные примеры того, как суды регулярно ссылаются на ранее вынесенные решения, последовательно выстраивая практику толкования и применения международных договоров, общих принципов права и рекомендательных актов<sup>140</sup>.

В значительной степени столь разная оценка проистекает из несовпадений в трактовке самого понятия прецедента: если под прецедентом понимать создание правовой нормы «с чистого листа», то судебное нормотворчество в рамках международного правосудия невозможно, а любые попытки обосновать, что прецеденты

---

<sup>137</sup> Материалы данного параграфа ранее были опубликованы в статье: Белов С., Манжосов С. Решения международных судов: следование прецеденту или последовательная практика? // *Международное правосудие*. 2020. № 4 (36). С. 3–21.

<sup>138</sup> См.: Sloan J., Hernández G. I. The Role of the International Court of Justice in the Development of the Institutional Law of the United Nations // *The Development of International Law by the International Court of Justice* / ed. by C. J. Tams, J. Sloan. New York: Oxford University Press, 2013. P. 220.

<sup>139</sup> См.: Paulsson J. International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law. URL: [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=883](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=883) (дата обращения: 20.11.2020); Guillaume G. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 2. 2011. No. 1. P. 5–23, 8–10.

<sup>140</sup> См.: Shahabuddeen M. Precedent in the World Court. New York: Cambridge University Press, 1996; Bhala R. The Myth about Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy) // *American University International Law Review*. Vol. 14. 1999. No. 4. P. 845–956, 849–932; Crawford J. R. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 39–41.

в международном праве существуют *de facto*<sup>141</sup>, будут выглядеть неубедительно. Однако гораздо чаще в современной судебной системе, причём как романо-германского, так и англосаксонского права, под прецедентом подразумевается скорее выражение правовой позиции по поводу истолкования положений нормативного акта или нормативного договора. Но и такая характеристика не исчерпывает двусмысленности, поскольку принято различать характерный для англосаксонского права принцип *stare decisis* (лат.: «стоять на решённом»), по смыслу которого обязательностью прецедента наделяется единичное решение, и доктрину устойчивой судебной практики (фр.: *jurisprudence constante*), характерную для стран романо-германской правовой традиции.

В 1934 году известный оксфордский профессор А. Л. Гудхарт писал, что современное ему международное право расплывчато и неконкретно и что придать ему необходимую определённости может только принцип *stare decisis*<sup>142</sup>. Сегодня ситуация выглядит иначе. Международное право, которое по-прежнему в значительной степени состоит из абстрактных правовых принципов, с учётом сложившейся практики их толкования и применения стало гораздо больше похоже на «настоящее» право, чем это было в 1930-е годы.

Практика толкования и применения норм международного права не только и не столько создаёт потенциал для его развития, сколько обеспечивает бóльшую степень ясности содержания правовых норм и принципов, а следовательно — правовой определённости, выступающей характерной и неотъемлемой чертой права как такового. Следование общим, принципиальным подходам чрезвычайно важно для выстраивания последовательной практики толкования применяемых норм и принципов. Вопрос сводится к тому, считают ли в целом международные суды себя связанными предшествующими решениями, а также считают ли они необходимым приводить (и приводят ли на практике) какие-либо особые аргументы в случае отклонения от ранее вынесенного решения в части толкования применяемого права (и какие именно).

---

<sup>141</sup> См., например: *Смбатян А. С.* Значение прецедентов в международном публичном праве // Вестник Челябинского государственного университета. 2009. № 31 (169). Право. Вып. 21. С. 91–96; *Исполинов А. С.* Прецедент в международном праве (на примере Международного суда ООН, ЕСПЧ, ВТО и Суда ЕАЭС) // Законодательство. 2017. № 1. С. 78–87.

<sup>142</sup> См.: *Goodhart A. L.* Precedent in English and Continental Law // *Law Quarterly Review*. 1934. Vol. 40. P. 50–65, 64–65.

Фактически речь идёт о восприятии международными судами применительно к своей практике принципа правовой определённости, вытекающего из принципа верховенства права. Этот принцип предполагает, что в пределах применения права не в рамках обстоятельств конкретного дела, а в части общего толкования норм и принципов содержание правового регулирования должно быть последовательным<sup>143</sup>. Суды не должны нарушать такую последовательность произвольно и немотивированно, что, однако, не препятствует им в рамках конкретного дела принимать решение, которое справедливо именно в конкретной ситуации.

В настоящем параграфе предпринята попытка оценить подходы различных международных судов к соблюдению последовательности их практики и признанию необходимости аргументировать отклонение от ранее высказанных правовых позиций.

## Международный Суд ООН

По общему признанию, принцип *stare decisis* к решениям Международного Суда (далее также — Суд) не применим<sup>144</sup>. В научных дискуссиях и в судебных спорах это утверждение обычно подкрепляется ссылкой на статью 59 Статута Международного Суда, согласно которой его решение обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу. Однако эта норма допускает гораздо больше смысловых оттенков, чем может показаться на первый взгляд. Неясно, прежде всего, какую концепцию обязывающей силы она имеет в виду, когда отрицает эту силу за рамками отдельно взятого дела и вытекающих из него отношений между сторонами. В первой половине XX века, когда были разработаны и приняты сначала Статут Постоянной палаты международного правосудия, а затем, на его основе, Статут Международного Суда, в Англии судебному прецеденту приписывалась почти абсолютная обязательность, не предполагавшая возможности его пересмотра, а в США, напротив, пика своей популярности достигло движение правового реализма, представители которого ратовали за гибкость в толковании права и преуспели в защите своих взглядов, прямо или косвенно, до такой степени, что уже в 1910 году в одном из решений Верховного суда

---

<sup>143</sup> См.: The Statute of the International Court of Justice: A Commentary / ed. by A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C. J. Tams. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 1404–1405.

<sup>144</sup> См.: *Shahabuddeen M.* Op. cit. P. 97.

США возобладало мнение, что апелляционные суды не обязаны следовать собственным решениям<sup>145</sup>. Современная трактовка принципа *stare decisis*, развитая в странах англосаксонского права в последние десятилетия, подразумевает более сбалансированный подход, принимающий всерьёз потребность в постоянстве правовых позиций суда, но одновременно предлагающий различные инструменты их корректировки. Этот подход, в рамках которого прецеденты наделяются своего рода презумптивной обязательностью, опровергаемой при соблюдении специальных правил аргументации, в прежнюю эпоху попросту не был известен. Впрочем, даже если предположить, что статья 59 Статута Международного Суда исключает любую иную обязывающую силу, кроме обязывающей силы *res judicata*, то и в этом случае следует подчеркнуть, что она регулирует только пределы действия единичного решения. Юридическое значение устоявшейся практики Международного Суда в ней не определяется.

Примечательно, что в проекте Статута Постоянной палаты международного правосудия, который был подготовлен Консультативным комитетом юристов, норма, впоследствии включённая в статью 59, отсутствовала<sup>146</sup>. Она появилась только на стадии рассмотрения проекта в Совете Лиги Наций, когда в своём докладе представитель Франции Л. Буржуа предложил прямо закрепить в качестве отдельного положения то, что частично уже и так подразумевалось в проекте будущей статьи 63, регулирующей право процессуальной интервенции<sup>147</sup>. Согласно этой статье, государство-участник многостороннего международного договора имеет право вступить в дело, в котором Суд рассматривает спор о толковании этого договора, возникший между другими участниками. Если оно воспользуется этим правом, то содержащееся в решении толкование будет равным образом обязательно и для него, из чего логически следует, что в противном случае оно не будет им связано — или, как выражает эту мысль Л. Буржуа, «нельзя будет заставить его соблюдать это толкование» (англ.: «*the interpretation cannot be enforced against it*»)<sup>148</sup>. Уходя корня-

---

<sup>145</sup> См.: *Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910). Подробнее о разнице между английской и американской юриспруденцией в этот период см.: *Goodhart A. L. Case Law in England and America // Cornell Law Quarterly. Vol. 15. 1930. No. 2. P. 173–193.*

<sup>146</sup> См.: *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. P. 828.

<sup>147</sup> См.: *Ibid.* P. 828–829.

<sup>148</sup> Цит. по: *Shahabuddeen M. Op. cit.* P. 59. Опасение, что государство «заставят соблюдать» прецеденты Суда без рассмотрения Судом конкретного дела

ми в материалы Гаагских конференций мира и формулировки принятых тогда Конвенций о мирном решении международных столкновений 1899 и 1907 годов<sup>149</sup>, положения обеих статей оставляют непростые вопросы по поводу взаимного соотношения этих норм и, как следствие, по поводу понятия и пределов обязательности решений Суда<sup>150</sup>. Как бы то ни было, институт процессуальной интервенции уже сам по себе предполагает, что гарантии, предусмотренные статьёй 59, в данном случае недостаточны, поскольку решение, принятое в споре о толковании многостороннего международного договора, может по своему регулятивному воздействию фактически выйти далеко за пределы отношений между отдельными государствами-участниками. Статья 63 такого воздействия не исключает, а, наоборот, в силу своего существования *ipso facto* исходит из гипотезы, что Суд, как правило, будет толковать договоры последовательно<sup>151</sup>. Эта мысль не встретила возражений в Совете Лиги Наций, когда Л. Буржуа пояснил, что задуманный проектом постоянный суд, рассматривая, казалось бы, не самое важное дело, «может принять решение по этому делу, изложив некоторые принципы международного права, которые, если их применять к другим странам, полностью изменят принципы традиционного права такой страны и кото-

с его участием, вероятно, выступает одной из предпосылок скептического отношения к прецеденту в международном праве. В этом опасении, по меньшей мере, не различаются понятия прецедентного и преюдициального эффекта судебных решений. Прецедент порождает общую норму, которая может выступать большей посылкой судебного силлогизма в будущем деле, однако он не даёт юридическую квалификацию конкретных фактов будущего дела (меньшую посылку силлогизма). Подчёркивая подобное различие в *деле о Храме Преах Вихеар*, Суд отмечает, что его постановление по спору между Израилем и Болгарией «касалось конкретного вопроса о статусе Болгарии по отношению к Суду», а потому оно, «как таковое, не лишает силы декларацию Таиланда 1950 года [о признании юрисдикции Суда]», но это не мешает рассматривать предшествующее решение в качестве «выражения того, что Суд посчитал корректной правовой позицией». См.: International Court of Justice (*далее* — ICJ). *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*. Judgment of 26 May 1961 (Preliminary Objections) // I. C. J. Reports. 1961. P. 17, 27.

<sup>149</sup> См.: Пунжин С. М. Процессуальное право Международного Суда ООН: вступление в дело (часть 3) // Международное правосудие. 2015. № 2. С. 55–65, 55–56.

<sup>150</sup> Неясно, например, в каком смысле толкование, которое даёт Суд, будет «равным образом» обязательно для государства, вступившего в дело, если даже для сторон решение в силу статьи 59 обязательно «лишь по данному делу». См.: *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. P. 1023.

<sup>151</sup> См.: *Ibid.* P. 998–999, 1022–1023.

рые могут, следовательно, иметь серьёзные последствия»<sup>152</sup>. Статья 63 в совокупности со статьёй 59 позволяют такому государству попытаться обратить внимание Суда или международного сообщества на те трудности, которые мешают некоторым государствам «принять то или иное новое развитие судебной практики»<sup>153</sup>, но такие попытки могут и не возыметь успеха, так что со временем правовая позиция Суда естественным образом перестанет быть «новой» и, весьма вероятно, начнёт пользоваться авторитетом устоявшейся практики, на которую будут полагаться большинство государств. Обязан ли Суд учитывать это в последующих делах?

Ключевое значение, по всей видимости, должен иметь пункт 1 статьи 38 Статута, где сказано, что при разрешении споров Суд применяет, в частности, судебные решения как вспомогательное средство для определения правовых норм. Хотя при разработке этого положения рассматривались и более мягкие формулировки, в которых Постоянной палате международного правосудия предлагалось эти решения разве что «принимать во внимание»<sup>154</sup>, итоговый текст помещает их в один ряд со всеми остальными источниками, которые Суд обязан применять (англ.: *shall apply*) при разрешении споров на основании международного права. Новую порцию неясности, однако, вносит понятие вспомогательного (субсидиарного) средства, использованное авторами Статута для описания *метода* применения, который отличает судебные решения от международных договоров, обычаев и общих принципов права. В чём состоит данный *метод*, в точности установить невозможно, поскольку даже среди членов Консультативного комитета юристов достичь единства по этому вопросу не удалось<sup>155</sup>. По сути, это понятие выражало компромисс, а потому, как и любые компромиссы подобного рода, оно может толковаться (и толкуется) по-разному<sup>156</sup>. Председатель комитета барон Э.Декамп, который и предложил внести оговорку о субсидиарности в пункт 1(d)<sup>157</sup>, был согласен с преобладающим мнением, что «доктрина и судебная практика, несомненно, не соз-

---

<sup>152</sup> Цит. по: *Shahabuddeen M. Op. cit.* P. 58–59.

<sup>153</sup> Цит. по: *Ibid.* P. 59.

<sup>154</sup> См.: *Ibid.* P. 53.

<sup>155</sup> См.: *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary.* P. 853.

<sup>156</sup> Ср., например: *Ibid.* P. 853–854; *Shahabuddeen M. Op. cit.* P. 76–83.

<sup>157</sup> См.: *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee.* June 16<sup>th</sup>–July 24<sup>th</sup> 1920 with Annexes / Permanent Court of International Justice; Advisory Committee of Jurists. The Hague: Van Langenhuisen Brothers, 1920. P. 584.

дают право», но, подчёркивая их вспомогательный характер, он отмечал, что эти инструменты толкования «помогают определить существующие правила» и в связи с этим «должны служить в качестве разъяснения»<sup>158</sup>. Учитывая, что выражение «создавать право» ничуть не менее проблематично и точно так же отличается фундаментальной неясностью<sup>159</sup>, следует констатировать, что сам по себе Статут Международного Суда не даёт однозначного ответа на извечный вопрос о том, в какой степени суды обязаны в ходе толкования права учитывать свои предшествующие решения. Поиск подобного ответа — это задача, которая подразумевает, скорее, выяснение существующего (или смелую попытку установления нового) консенсуса по поводу спорных понятий и доктрин в области догмы права.

Изучая положение Суда с институциональной точки зрения, нельзя не отметить, что оно в высшей степени благоволит последовательному развитию его практики. В отличие от многих международных судов, он не имеет деления на палаты и все дела, по общему правилу, рассматривает пленарно<sup>160</sup>. Невелико и количество самих дел, что, безусловно, даёт возможность уделять должное внимание анализу их сходств и различий, а также развивать сложные (иногда, следует сказать, весьма утончённые) судебные доктрины. Это не все, но, вероятно, некоторые очень важные факторы, которые способствовали формированию практики Суда в том виде, в каком она известна сегодня.

---

<sup>158</sup> Ibid. P.336. По поводу преобладающего мнения членов комитета см.: *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* P.853; *Shahabudeen M.* Op. cit. P.77.

<sup>159</sup> Сразу несколько вопросов общетеоретического свойства возникают в связи с этим. Можно ли, например, сказать, что суд «создаёт» норму, когда он, с некоторой долей усмотрения, выбирает одно из логически возможных значений толкуемого текста и даёт определение его терминам? Будет ли эта норма «правом» для суда, если её соблюдение хотя и считается номинально обязательным, но одновременно допускается, что суд, при наличии аргументов определённого типа, может в последующем серьёзно уточнить содержание этой нормы или даже полностью отречься от неё? Подробнее о некоторых аспектах этой проблематики см.: *Булыгин Е. В.* Судебные решения и правотворчество / пер. с англ. Н. И. Сатохиной // *Булыгин Е. В.* Избранные работы по теории и философии права / под ред. М. В. Антонова, Е. Н. Лисанюк, С. И. Максимова. СПб.: Алет-Пресс, 2016. С. 183–199, 186–189.

<sup>160</sup> См.: *De Brabandere E.* The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea // *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 15. 2016. No. 1. P.24–55, 33.

Хотя участники судебных процессов неоднократно ходатайствовали о признании Судом собственных ошибок в разрешении вопросов права, Суд неизменно предпочитает отказываться от таких предложений, указывая, что он не видит причин для отклонения от предшествующих решений<sup>161</sup>. В его решениях, правда, ещё можно встретить упоминание давней позиции Постоянной палаты международного правосудия, согласно которой статья 59 призвана «гарантировать, что юридические принципы, принятые Судом в конкретном деле, не будут обязательными для других государств или в других спорах»<sup>162</sup>. Однако в контексте уже возникшего судебного спора по вопросам права ссылка на статью 59 особой пользы не несёт. Как отмечает Суд в ответ на подобную ссылку в *деле о сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией*, вопрос не в том, следует ли «заставить... [государство] придерживаться решений, принятых Судом в предшествующих делах», а в том, «существует ли в данном случае причина не следовать рассуждению и выводам из предшествующих дел»<sup>163</sup>. Эту идею он позднее развил в серии судебных споров по поводу событий в бывшей Югославии. Сначала он повторил её в *делах о правомерности применения силы*<sup>164</sup>, а затем, в хорватском *деле о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него*, поскольку обе стороны ссылались на его решения, Международный Суд при рассмотрении предварительных возражений посчитал уместным более точно «указать, в какой степени он полагает, что эти решения могут иметь вес для целей разрешения поставленных перед ним вопросов»<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> См.: *Shahabuddeen M.* Op. cit. P. 129.

<sup>162</sup> См., например: ICJ. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*. Judgment of 21 March 1984 (Application to Intervene) // I. C. J. Reports. 1984. P. 3, 26. § 42. К слову, это высказывание совместимо даже с принципом *stare decisis*, поскольку в англосаксонском праве прецедент способен «пережить» своё *ratio decidendi*, и в этом смысле принцип, записанный в мотивах решения, как таковой обязательным не является. См. параграф 2 главы 2.

<sup>163</sup> ICJ. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*. Judgment of 11 June 1998 (Preliminary Objections) // I. C. J. Reports. 1998. P. 275, 292. § 28.

<sup>164</sup> См., напр.: ICJ. *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*. Judgment of 15 December 2004 (Preliminary Objections) // I. C. J. Reports. 2004. P. 279, 318. § 98.

<sup>165</sup> ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 18 November 2008 (Preliminary Objections) // I. C. J. Reports. 2008. P. 412, 428. § 52.

Суд указал, что в той степени, в какой решения содержат выводы по вопросам права, он «будет относиться к ним точно так же, как он относится ко всем предшествующим решениям: а именно, в то время как эти решения ни коим образом не обязывают Суд, он не будет отклоняться от своей устоявшейся практики до тех пор, пока не найдёт совершенно особых причин сделать это»<sup>166</sup>. Рассматривая данное дело по существу, он вновь подчеркнул, что в целом предпочитает в отсутствие таких причин не отклоняться от выводов, которые были сделаны в предшествующих решениях, особенно если в них рассматривались схожие вопросы. В связи с этим Суд отметил, что в постановлении по другому делу он уже рассмотрел некоторые схожие вопросы, а потому «примет во внимание это постановление в той степени, в какой это необходимо для правовой аргументации», с оговоркой, что это не мешает ему, «в случае необходимости, усовершенствовать судебную практику в свете аргументов сторон в настоящем деле»<sup>167</sup>.

Многие юристы и судьи не преминули воспользоваться этой новой концепцией, чтобы уличить Суд в постоянном пересмотре своих правовых позиций по «югославским» делам<sup>168</sup>. Один из судей также обратился к ней в особом мнении по поводу недавней группы дел об обязательствах относительно переговоров о прекращении гонки ядерных вооружений и ядерном разоружении<sup>169</sup>. Однако понятие совершенно особых причин (англ.: *very particular reasons*) не получило конкретизации ни в этих, ни в последующих решениях Суда, поскольку в каждом из них он только подтверждал свою практику, обстоятельно анализируя различия ситуаций. В этом состоит

---

<sup>166</sup> Ibid. § 53.

<sup>167</sup> ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015 // I. C. J. Reports. 2015. P. 3, 60. § 125.

<sup>168</sup> Подробнее см.: Морган-Фостер Д. В поисках выхода из лабиринта: сложный путь к юрисдикции в деле «Хорватия против Сербии». Решение Международного Суда ООН от 3 февраля 2015 года // Международное правосудие. 2015. № 3. С. 3–18; Blum Y. Z. Consistently Inconsistent: The International Court of Justice and the Former Yugoslavia (Croatia v. Serbia) // American Journal of International Law. Vol. 103. 2009. No. 2. P. 264–271.

<sup>169</sup> См., напр.: ICJ. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*. Judgment of 5 October 2016. Dissenting Opinion of Judge Robinson. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/160/19222.pdf> (дата обращения: 01.11.2020). § 68.

типичная для Суда стратегия: не идти на полный пересмотр своих рассуждений и выводов до тех пор, пока есть возможность представить сколько-нибудь правдоподобную теорию, которая объясняла бы разницу в исходе конкретных дел. Эта стратегия, по всей видимости, даёт плоды, поскольку за многие десятилетия, каким бы «подозрительным» то или иное решение не было для доктрины и для судей меньшинства с точки зрения последовательности практики<sup>170</sup>, Суд не допускал отклонений, которые можно было бы рассматривать, по его собственному или по общему признанию, как пересмотр устоявшейся практики.

Тем не менее, отсутствие более точного описания возможных оснований для пересмотра, а также собственное высказывание Суда, что предшествующие решения «ни коим образом не обязывают» его, говорят о том, что в юридическом смысле доктрина прецедента в его практике не установилась. Едва ли можно считать существенным то обстоятельство, что, вслед за сторонами, Суд иногда называет свои решения «прецедентами»<sup>171</sup>. На самом деле, свою приверженность прошлым решениям он не связывает явно с ценностями верховенства права, упоминая их как предпосылку для этого только в очень специфических делах, где в качестве позитивного права в его распоряжении не было почти ничего, кроме чрезвычайно абстрактных принципов — например, принципа справедливости (*equity*), применение которого в делах о делимитации границ, как замечает Суд, «должно проявлять последовательность» и иметь в виду «некоторую степень предсказуемости»<sup>172</sup>. Характерно, что понятие «совершенно особых причин» Суд излагает не как императив, а в сугубо дескриптивных терминах, просто указывая, что он не отклоняется и не будет отклоняться от своей практики. Для него последовательность судебных решений — это, скорее, мудрая политика, а не часть какой-либо всеобъемлющей концепции правосудия, такой как принцип верховенства права, не упомянутый ни в Уставе ООН, ни в Статуте Международного Суда.

---

<sup>170</sup> О такого рода «подозрительных» случаях в первые 70 лет существования Постоянной палаты международного правосудия/Международного Суда см.: *Shahabuddeen M. Op. cit.* P. 149–151.

<sup>171</sup> См.: ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 18 November 2008 (Preliminary Objections) // I. C. J. Reports. 2008. P. 412, 429, 441. § 54, 86.

<sup>172</sup> См.: ICJ. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*. Judgment of 3 June 1985 // I. C. J. Reports. 1985. P. 13, 30. § 45.

## Европейский Суд по правам человека

Практика Европейского Суда по правам человека (далее — Европейский Суд, ЕСПЧ) вызывает повышенное внимание в странах Европы и в нашей стране по понятным причинам: именно решения ЕСПЧ требуют от государств устранения нарушений прав человека в конкретных делах и принятия мер общего характера для предотвращения аналогичных нарушений в будущем. Решения ЕСПЧ становятся *de facto* частью правовых систем стран — членов Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года (далее — Европейская Конвенция).

Если практика других международных судов состоит лишь из единичных дел, то ЕСПЧ получает десятки тысяч обращений ежегодно, а до итоговых решений доходят больше тысячи в год<sup>173</sup>. Именно при таком огромном количестве обращений ЕСПЧ формирует практику применения отдельных положений Европейской Конвенции и в каждом решении обильно цитирует свои собственные правовые позиции. Даже при существующем объёме, а тем более при дальнейшем увеличении количества дел сильно затруднено согласование огромного количества решений друг с другом в той степени, в какой это предполагается принципом *stare decisis*. В пользу выбора доктрины *jurisprudence constante* говорит и другое обстоятельство — стремление государств-участников продолжать диалог с ЕСПЧ по поводу развития его практики не только до, но и после того, как он принял новое решение, меняющее его подход. Даже в Великобритании суды не готовы в принципиальных случаях безоговорочно следовать единичным решениям ЕСПЧ, предпочитая вместо этого увидеть ясную и последовательную линию решений<sup>174</sup>.

В своей практике ЕСПЧ сформулировал (в том числе заимствуя из национальных правовых порядков) ряд доктрин общего характера, некоторые из которых имеют прямое отношение к следованию предшествующей практике и основаниям ее пересмотра.

Так, в постановлении от 27 сентября 1990 года по делу *Косси против Соединённого Королевства*, которое было принято в пленарном заседании, ЕСПЧ в качестве главного принципа указал, что преды-

---

<sup>173</sup> См., например: Annual Report 2019 of European Court of Human Rights, Council of Europe. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2019\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf) (дата обращения: 20.11.2020).

<sup>174</sup> См.: United Kingdom Supreme Court. *R. (on the application of Chester) v. Secretary of State for Justice* [2013] UKSC 63.

душие решения необязательны для него, хотя он «обычно следует... своим собственным прецедентам, поскольку это соответствует интересам правовой определённости и упорядоченного развития практики применения Конвенции». Сказанное «не исключает для Суда возможность отклониться от более раннего решения, если он будет убеждён, что для этого существуют убедительные причины», в частности, чтобы «толкование Конвенции отражало социальные изменения и сохраняло свою связь с современными условиями»<sup>175</sup>. Именно социальные изменения служат для ЕСПЧ наиболее значимым основанием для изменения его практики.

Широко известна применяемая Европейским Судом концепция Европейской Конвенции как «живого инструмента»<sup>176</sup> защиты тех идеалов и ценностей, ради которых она была принята. Сама по себе эта концепция гораздо шире, чем основание для пересмотра прецедентной практики ЕСПЧ. Она была сформулирована, прежде всего, для обоснования отклонений Европейского Суда от смысла, изначально вложенного в текст Европейской Конвенции<sup>177</sup>. Однако эта концепция оказалась достаточно универсальной и с течением времени позволила ЕСПЧ использовать её как основание для корректировки своих общих подходов под влиянием «социальных изменений» и «современных условий».

Наличие в Европейской Конвенции статьи 30, которая предусматривает специальный механизм пересмотра правовых позиций, высказанных в ранее вынесенных решениях, также способствовало признанию и применению идей «эволютивного толкования» этого международного договора.

Европейский Суд в дальнейшем неоднократно подчёркивал, что хотя он формально не связан своими предшествующими постановлениями, в интересах правовой определённости, предсказуемости и равенства перед законом ему не следует отходить без убедитель-

---

<sup>175</sup> European Court of Human Rights. *Cossey v. the United Kingdom*. Application no. 10843/84. Judgment of 27 September 1990. § 35.

<sup>176</sup> См.: *Mowbray A.* An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case-Law // *Human Rights Law Review*. Vol. 9. 2009. No. 2. P. 179–201, 197–198.

<sup>177</sup> См.: *Коваленко С.* Эволюционный подход Европейского Суда по правам человека к толкованию норм Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: периодизация // *Международное правосудие*. 2018. № 3 (27). С. 77–92.

ных причин от прецедентов, установленных в предыдущих делах<sup>178</sup>. При этом он отмечал, что поскольку Европейская Конвенция — это, прежде всего, система защиты прав человека, он должен учитывать меняющиеся условия в государствах-участниках и реагировать, например, на любой вновь возникающий консенсус по поводу стандартов, которые должны соблюдаться.

Таким образом, основным методом обоснования необходимости пересмотра сложившейся практики выступает идея «европейского консенсуса»<sup>179</sup>, означающего согласие большинства государств — членов Европейской Конвенции, в результате формирования которого сужается пространство для самостоятельного усмотрения национальных властей в балансировании основных ценностей<sup>180</sup>. Как отмечается в литературе, изменения в практике ЕСПЧ обычно происходят к выгоде заявителей<sup>181</sup>. Выявление самого консенсуса ЕСПЧ не формализует<sup>182</sup>, чаще всего ссылаясь на существующее правовое регулирование в государствах-членах, однако «применяет аргументацию, основанную на формировании или появлении консенсуса по определённому вопросу среди государств — членов Совета Европы, не “механистически”, а в качестве одного из средств поиска эффективного решения поставленных перед ним вопросов»<sup>183</sup>.

Такой подход не способствует полной предсказуемости исхода конкретного дела, даже если в отношении поднятой в нём проблемы уже сформировалась позиция Европейской Суда в виде устойчивой практики, и тем более — если ранее было вынесено лишь одно единственное решение по этому вопросу. Первым примером может быть решение 2011 года в деле *Веллер против Венгрии*, в котором ЕСПЧ пересмотрел ранее сформированную им позицию о том, что выбор

---

<sup>178</sup> *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95 18 января 2001, § 70, *Stafford v United Kingdom* No. 46295/99 28 мая 2002 § 68; *Christine Goodwin v United Kingdom* No 17488/90 11 июля 2002, § 74–75.

<sup>179</sup> См., например, *Dzehtsiarou Kanstantsin*. European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights // *German Law Journal* 12 (10). 2011. P. 1730–1745; *Benvenisti Eyal*. Margin of appreciation, consensus, and universal standards // *NYUJ Int'l L. & Pol.* 31 (1998). P. 843–854.

<sup>180</sup> См., например, *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, Appl. no. 74025/01, Judgment of 6 October 2005, para. 81 *Lautsi v. Italy*, app. no. 30814/06 18 March 2011 par 69–70.

<sup>181</sup> См.: *Mowbray A.* Op. cit. P.201.

<sup>182</sup> См.: *Нуссбергер А.* «Консенсус» как элемент аргументации Европейского Суда по правам человека // *Международное правосудие*. 2013. № 1. С. 17–22.

<sup>183</sup> Там же. С. 22.

тех, кому закон предоставляет отпуск по уходу за ребенком, остаётся в пределах свободы усмотрения государств<sup>184</sup>. Позднее именно позиция 2009 года была положена в основу решения по делу *Константин Маркин против Российской Федерации*. Другой пример — пересмотр позиции о допустимости уголовной ответственности за отказ от прохождения военной службы по личным убеждениям. Оставляя в прежних решениях этот вопрос на усмотрение государств, в 2011 году в деле *Баятян против Армении*<sup>185</sup> Европейский Суд пришел к выводу, что подобная ответственность нарушает нормы Европейской Конвенции.

Есть, однако, и ещё менее предсказуемые повороты в практике ЕСПЧ. Например, в 2000 году в решении по делу *Кудла против Польши* он заявил о «необходимости пересмотреть свою прецедентную практику» в связи с тем, что выбранный им ранее подход не обеспечивал эффективной защиты прав, гарантированных Европейской Конвенцией<sup>186</sup>. Это изменение правовой позиции не имело под собой очевидных правовых оснований и стало неожиданностью для государства. Получается, что Европейский Суд может позволить себе отступить от провозглашенного им же самим стремления строить последовательную практику в целях обеспечения правовой определённости, предсказуемости и равенства, и совершенно точно не считает себя связанным своими ранее вынесенными единичными решениями.

## Международный уголовный суд и трибуналы *ad hoc*

Потребность в правовой определённости — а значит, и в постоянстве правовых позиций суда — особенно остро ощущается в области уголовного правосудия. Данное обстоятельство, хотя и отказавшись от безусловного следования прецеденту, в своё время пообещала учитывать при отклонении от своих решений, например, Палата лордов Соединённого Королевства<sup>187</sup>. На международном уровне эта идея получила поддержку в постановлении Апелляционной камеры Международного уголовного трибунала по бывшей Югосла-

---

<sup>184</sup> *Weller v. Hungary* — 44399/05, 31 марта 2009, § 28.

<sup>185</sup> *Bayatyan v. Armenia* — 23459/03 7 июля 2011, § 102.

<sup>186</sup> *Kudla v Poland* No 30210/96 26 октября 2000, § 146–148.

<sup>187</sup> См.: United Kingdom House of Lords. *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 3 All ER 77.

вии (далее — МТБЮ) от 24 марта 2000 года по делу Алексовского<sup>188</sup>. Подчеркнув, что потребность в последовательности, определённости и предсказуемости «особенно велика в применении уголовного права, где затрагивается свобода индивида», Апелляционная камера отметила также особый контекст международного гуманитарного права и международного уголовного права, нормы которых только «развиваются», в связи с чем указанная потребность становится для участников судебного процесса «даже ещё более выраженной». В постановлении была высказана и весьма новаторская трактовка понятия справедливого судебного разбирательства, закреплённого в статье 21 Устава МТБЮ и статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах: из этого понятия, как посчитали судьи, вытекает право обвиняемого требовать, чтобы одинаковые дела решались одинаково. Что касается соблюдения правовых позиций Апелляционной камеры в практике Судебных камер МТБЮ, уполномоченных рассматривать дела в качестве суда первой инстанции, то в этом отношении было дополнительно отмечено, что если бы каждая из этих трёх ординарных коллегий была вправе игнорировать решения Апелляционной камеры, то это «могло бы привести к тому, что по одному и тому же юридическому вопросу имелось бы четыре правовых позиции... как если бы Совет безопасности учредил не один, а четыре трибунала». По мнению судей, это противоречило бы ясному намерению Совета создать «трибунал... который будет применять единую, унифицированную, согласованную и рациональную систему правовых норм»<sup>189</sup>.

В то же время авторы постановления отдавали себе отчёт, что слишком строгое соблюдение последовательности судебных решений может привести к несправедливости и что по этой причине было бы правильным установить баланс между определённой и справедливостью. Их вывод состоял в том, что «в интересах определённости и предсказуемости Апелляционная камера должна следовать своим предшествующим решениям, но она [также] должна быть свободна отклониться от них при наличии убедительных причин в интересах справедливости». Понятие убедительных причин (англ.: *cogent reasons*) было заимствовано судьями МТБЮ непосредственно

---

<sup>188</sup> См.: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (далее — ICTY). *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski* [AC]. IT-95-14/1-A. Judgment of 24 March 2000. § 92–115.

<sup>189</sup> Однако ни одна Судебная камера, как сказано в постановлении, не обязана следовать решениям других Судебных камер.

из упомянутого выше постановления ЕСПЧ по делу *Косси против Соединённого Королевства*. Поясняя, какие именно причины можно считать убедительными, они указали, что подобное отклонение оправдано, в частности, в тех случаях когда «предшествующее решение было принято на основе неверного юридического принципа» или «когда предшествующее решение было вынесено *per incuriam*, то есть, когда судебное решение было “принято ошибочно, обычно вследствие того, что судья или судьи были неверно информированы о применимом праве”»<sup>190</sup>.

В последующих делах судьи трибунала неоднократно напоминали сторонам, что не намерены в отсутствие убедительных причин отклоняться от вывода, сделанного в предшествующем решении<sup>191</sup>, особенно если речь идёт об «устоявшемся прецеденте»<sup>192</sup> или «установившейся практике»<sup>193</sup>. Поскольку члены Апелляционной камеры МТБЮ одновременно были членами Апелляционной камеры Международного трибунала по Руанде (*далее* — МТР), эта доктрина получила признание и в практике МТР<sup>194</sup>, а затем и в деятельности Международного остаточного механизма для уголовных трибуналов<sup>195</sup>.

Интересно, что правовая позиция, о пересмотре которой в *деле Алексовского* ходатайствовала сторона защиты, на тот момент была ещё далека от того, чтобы считаться «установившейся практикой». Фактически речь шла об одном-единственном постановлении<sup>196</sup>, принятом всего за несколько месяцев до этого и к тому же носившем

---

<sup>190</sup> Принятая в англосаксонском праве доктрина *per incuriam* (лат.: «по небрежности») означает отсутствие обязывающей силы у прецедента, который стал результатом «очевидных промаха или ошибки». Судьи МТБЮ, коротко раскрывая её содержание, цитируют в этом фрагменте авторитетный юридический словарь Блэка, однако точное уяснение этой доктрины требует изучения практики английских судов, где она получила наиболее интенсивное развитие.

<sup>191</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Miroslav Deronjić* [AC]. IT-02-61-A. Judgment of 20 July 2005. § 137.

<sup>192</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.* [AC]. IT-04-74-A. Judgment of 29 November 2017. § 238.

<sup>193</sup> См.: Ibid. § 358.

<sup>194</sup> См.: International Criminal Tribunal for Rwanda. *Alfred Musema v. Prosecutor* [AC]. ICTR-96-13-A. Judgment of 16 November 2001. § 15.

<sup>195</sup> См.: International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. *Prosecutor v. Vojislav Šešelj* [AC]. MICT-16-99-A. Judgment of 11 April 2018. § 11.

<sup>196</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Duško Tadić* [AC]. IT-94-1-A. Judgment of 15 July 1999.

весьма революционный характер<sup>197</sup>. Тем не менее, даже несмотря на использование в решениях трибунала соответствующей «прецедентной» терминологии (в том числе понятий *ratio decidendi* и *obiter dictum*), есть основания согласиться с оценкой судьи М. Шахабуддина, что в горизонтальном аспекте доктрина, выработанная в *деле Алексовского*, лишь подражает доктрине *stare decisis*, но не является таковой<sup>198</sup>. Во-первых, хотя Апелляционная камера МТБЮ первоначально заявила о своём «обязательстве следовать» собственным решениям, впоследствии она уточнила, что, в отличие от нижестоящих по отношению к ней Судебных камер, формально «не обязана» это делать<sup>199</sup>. Во-вторых, понятие убедительных причин в её практике так и не получило конкретизации, сопоставимой с исчерпывающим перечнем оснований для пересмотра, принятых в странах англосаксонского права. Более того, судьи не решились признать главную идею доктрины прецедента: что основанием для пересмотра правовой позиции не может служить само по себе наличие альтернативного мнения по поводу правильного толкования права, хотя бы оно и пользовалось поддержкой большинства судейской коллегии. Ярче всего об этом свидетельствует постановление по *делу Кордича и Черкеза*<sup>200</sup>, в котором Апелляционная камера МТБЮ открыто пересмотрела свою позицию о невозможности вынесения кумулятивных приговоров за убийства и преследование (пункты «а» и «h» статьи 5 Устава МТБЮ), высказанную в нескольких предшествующих решениях. Мотивом послужило то, что в этих решениях якобы неправильно был применён так называемый «тест Челебичи», абстрактно сформулированный в *деле Мучича и других*<sup>201</sup> в целях разрешения потенциальной конкуренции различных составов преступлений против человечности, предусмотренных статьёй 5 Устава МТБЮ. Большинство судей пришли к выводу, что обсуждаемая

---

<sup>197</sup> Считается, что в указанном постановлении Апелляционная камера МТБЮ отступила от практики Международного Суда. Подробнее см.: *Верле Г. Принципы международного уголовного права / пер. с англ. С. В. Саяпина. — Одесса: Феникс; М.: ТрансЛит, 2011. С. 500–503.*

<sup>198</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik* [AC]. IT-00-39-A. Judgment of 17 March 2009, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen. § 5 (n. 7), 32 (n. 41).

<sup>199</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Stanislav Galić* [AC]. IT-98-29-A. Judgment of 30 November 2006. § 117.

<sup>200</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez* [AC]. IT-95-14/2-A. Judgment of 17 December 2004. § 1039–1043.

<sup>201</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Zdravko Mucić et al.* [AC]. IT-96-21-A. Judgment of 20 February 2001.

позиция прямо противоречит более ранним решениям, в которых тест был применён правильно, однако против этого возразили судьи В. Шомбург и М. Гуни, посчитав, напротив, что именно более ранние решения содержат неправильную трактовку этого теста<sup>202</sup>. Как показывает этот пример, практика Апелляционной камеры МТБЮ вследствие разногласий между судьями по поводу толкования собственных постановлений иногда складывалась противоречиво, хотя для такой переменчивости (в конечном счёте — к невыгоде обвиняемых) не было никаких объективных оснований. Впрочем, случай этот был редким, а в контексте доктрины *jurisprudence constante* он и вовсе может рассматриваться как явление, допустимое на ранней стадии формирования практики.

В деятельности Международного уголовного суда (далее — МУС) принцип последовательности судебных решений испытывает более серьёзные затруднения. Римский статут МУС был принят 17 июля 1998 года, за полтора года до того, как МТБЮ вынес постановление по делу *Алексовского*. Подобно Статуту Международного Суда (и в отличие от Уставов МТБЮ и МТР), этот документ не обошёл молчанием судебную практику, однако предложенный в нём подход оказался иным: вместо обязанности применять судебные решения, хотя бы и в качестве вспомогательного средства, пункт 2 статьи 21 устанавливает, что «Суд может применять принципы и нормы права в соответствии с тем, как они были истолкованы в его предыдущих решениях». Эта норма, естественно, понимается в том смысле, что МУС не связан своими решениями, причём особенно важно, что в ней даже не проводится никаких различий между решениями Апелляционной и иных палат суда<sup>203</sup>. Хотя некоторые палаты при рассмотрении новых дел весьма серьёзно полагаются на свою практику<sup>204</sup>, решения разных Судебных палат иногда противоречат друг другу, причём безо всякого упоминания противоположных решений<sup>205</sup>, что, правда, теоретически не исключалось и в практике МТБЮ в отношениях между Судебными камерами. Де-

---

<sup>202</sup> См.: ICTY. *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez* [AC]. IT-95-14/2-A. Judgment of 17 December 2004, Joint Dissenting Opinion of Judge Schomburg and Judge Güney on Cumulative Convictions.

<sup>203</sup> См.: *Bitti G. Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC // The Law and Practice of the International Criminal Court / ed. by C. Stahn. New York: Oxford University Press, 2015. P. 422–423.*

<sup>204</sup> См.: *Ibid.* P. 423.

<sup>205</sup> См.: *Ibid.* P. 423–424.

централизованная структура суда и формулировка пункта 2 статьи 21 Римского статута МУС, с одной стороны, и потребность в правовой определённости, с другой, создают предпосылки для установления доктрины *jurisprudence constante* в её мягкой форме, не предполагающей юридического обязывания, но, по крайней мере, имеющей силу обычкновения. Эту возможность демонстрирует практика Палаты предварительного производства, судьи которого проявляют, пожалуй, наибольшую готовность следовать предшествующим решениям. В частности, отказываясь отклониться от уже известной позиции суда по тем или иным вопросам, они подчёркивают, что не видят для этого веских причин (англ.: *compelling reasons*)<sup>206</sup>. Что касается Апелляционной палаты, то, хотя она и отвергает иерархию палат в структуре суда<sup>207</sup>, её практика остальными палатами соблюдается<sup>208</sup>.

## Международные инвестиционные арбитражи

Особенностью инвестиционного арбитража как такового можно считать в первую очередь то, что во-первых, в отличие от международного коммерческого арбитража он имеет гораздо больше оснований считаться международным органом разрешения споров, во-вторых, инвестиционный арбитраж не представляет собой никакой системы органов: каждый арбитражный трибунал формируется на основании отдельного инвестиционного соглашения; трибуналы не только независимы друг от друга, не образуют никакой системы, а тем более иерархии, в которой были бы возможны апелляции и в которой предшествующие решения предопределяли бы последующие<sup>209</sup>, но и создаются они на разных правовых основаниях и в разных правовых контекстах<sup>210</sup>. В этом отношении не только применя-

---

<sup>206</sup> См.: *Powderly J. The Rome Statute and the Attempted Corseting of the Interpretative Judicial Function: Reflections on Sources of Law and Interpretative Technique // The Law and Practice of the International Criminal Court / ed. by C. Stahn. New York: Oxford University Press, 2015. P. 479.*

<sup>207</sup> См.: *Ibid.*

<sup>208</sup> См.: *Ibid.* P. 480.

<sup>209</sup> *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, ICSID Case No. ARB/02/6 § 97.*

<sup>210</sup> *Schreuer Ch., Weiniger M. A Doctrine of Precedent? // The Oxford Handbook of International Investment Law Edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, Oxford: OUP, 2008.*

емое материальное право, но и принципиальный вопрос о юрисдикции арбитража может встречать такое многообразие практики, которое допускает разнонаправленное развитие и даёт возможность арбитражу из большого количества прецедентов выбирать те, которые соответствуют его позиции.

Обязательность ранее вынесенных решений международных арбитражей часто не признают<sup>211</sup>, ревностно защищая свою автономию<sup>212</sup>. В наиболее широко применяемых в инвестиционных арбитражах международных актах — МЦУИС (статья 53) и в Североамериканском соглашении о свободной торговле (НАФТА, глава 11) содержатся нормы, сходные с положением статьи 59 Статута Международного Суда. Тем не менее довольно часто международные инвестиционные арбитражи, как минимум, учитывают<sup>213</sup>, включают ссылки<sup>214</sup>, а часто и следуют предыдущим решениям инвестиционных арбитражей. Более того, на решения инвестиционных арбитражей ссылается даже Международный Суд<sup>215</sup>.

Изучение решений международных инвестиционных арбитражей позволяет прийти к выводу, что устойчивая, последовательная линия практики все-таки формируется<sup>216</sup>. Применяемым правом действительно выступает широкий круг источников международного инвестиционного права, однако к ним относятся не только конкретные соглашения о защите инвестиций, но и общие принципы защиты прав инвестора, которые постепенно формируют особую систему правовых норм и принципов. Значительную роль в развитии международного инвестиционного права играет именно практика международных арбитражей<sup>217</sup>.

---

<sup>211</sup> AES Corporation v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on jurisdiction of 13 July 2005, paras. 30–32.

<sup>212</sup> Schreuer Ch., Weiniger M. Op. cit. P. 268.

<sup>213</sup> Schreuer C. Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration 3 Transnational Dispute Management 3 (2006). P. 14.

<sup>214</sup> Commission J.P. Precedent in Investment Treaty Arbitration: the Empirical Backing // Transnational Dispute Management 5 (2007). P. 6.

<sup>215</sup> The Statute of the International Court of Justice: A Commentary. P. 819.

<sup>216</sup> M. C. I. Power Group L. C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6 ( decision on annulment 19 октября 2009) § 25.

<sup>217</sup> Bjorklund A. Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante (2008). UC Davis Legal Studies Research Paper No. 158, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1319834>; Dumitru F. The Role Of Legitimate Expectations In Establishing A Jurisprudence Constante In International Investment Law // 5 Manchester Review of Law, Crime and Ethics 28 (2016).

Аргументируя не столько необходимость, сколько возможность учёта и анализа ранее вынесенных решений, арбитраж может ссылаться на принципиальную допустимость изучения и воспроизведения предшествующих решений и своё стремление к формированию устойчивой практики<sup>218</sup>. Однако и сама подобная последовательная практика впоследствии начинает связывать арбитраж. В целом ряде решений арбитражные трибуналы признавали, что отклонение от сложившейся практики не должно быть произвольным и немотивированным — иными словами, в отсутствие аргументов о возможности такого отклонения арбитраж должен следовать ранее сформированным общим подходам к толкованию норм и принципов инвестиционного права<sup>219</sup>. В деле *Сайпем против Бангладеш* арбитражный трибунал признал, что на нём лежит обязанность применять подходы, установленные в серии последовательных решений. Трибунал также выразил уверенность, что будучи связанным спецификой конкретного договора и обстоятельствами конкретного дела, он обязан стремиться к тому, чтобы вносить свой вклад в гармоничное развитие инвестиционного права, идя навстречу законным ожиданиям сообщества государств и инвесторов в отношении определённости верховенства права<sup>220</sup>. Тем самым обеспечивается определённость и предсказуемость правового регулирования как для государств, так и для инвесторов<sup>221</sup>. Инвестиционные арбитражи отличаются от коммерческих и спортивных арбитражей именно стремлением к воплощению устойчивой судебной практики, которая даёт определённость и предсказуемость, необходимую для права в принципе<sup>222</sup>.

## Орган по разрешению споров ВТО

Своего рода рецепцией опыта других международных инстанций выступает подход к соблюдению своих правовых позиций, выра-

---

<sup>218</sup> *ES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (26 April 2005), § 23–33; *RosInvest Co UK Ltd v Russian Federation*, SCC, Case No V079/2005, Final Award (12 September 2010) § 281–286.

<sup>219</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, (Separate Opinion by Thomas Wälde 1 December 2005) § 15–16.

<sup>220</sup> *Saipem S. A. The People's Republic of Bangladesh* ICSID Case No. ARB/05/07, решение по юрисдикции и рекомендации временных мер от 21 марта 2007 года, § 67.

<sup>221</sup> M. C. I. Power Group, § 25.

<sup>222</sup> *Kaufmann-Kohler G. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? // The 2006 Freshfields Lecture, Arbitration International. Vol. 23, 3 (2007). P. 357–378.*

ботанный в Органе по разрешению споров ВТО. Его Апелляционный орган, ссылаясь на постановление МТБЮ по делу *Алексовского* и решение арбитражного трибунала по делу *Сайнем против Бангладеш*, пришёл к выводу, что ценности надёжности и предсказуемости подразумевают, что «если в пользу иного решения не найдётся убедительных причин, то в любом последующем деле орган, наделённый полномочиями рассматривать споры, будет один тот же юридический вопрос разрешать одним и те же способом»<sup>223</sup>. Из этого он сделал вывод, что третейские группы, рассматривающие спор в качестве первой инстанции, должны следовать принятым докладам Апелляционного органа, рассматривающим те же вопросы, поскольку иное «подрывает развитие целостной и предсказуемой практики, проясняющей права и обязанности государств-членов», и фактически игнорирует «важность последовательности и стабильности в толковании» этих прав и обязанностей<sup>224</sup>. В докладе особо подчёркивается, что в этом деле третейская группа отклонилась от устоявшейся практики Апелляционного органа<sup>225</sup>. Хотя понятие убедительных причин не получило разъяснения в докладах Апелляционного органа<sup>226</sup>, можно отметить, что это мигрирующее понятие постепенно приобретает популярность в практике международного правосудия, а вместе с ним — идея о том, что отклонение от устоявшейся практики не может считаться ординарным событием. Тем не менее, как и во времена разработки Статута Постоянной палаты международного правосудия<sup>227</sup>, главную оппозицию этой идее парадоксальным образом представляют страны англосаксонского права, где имеет признание доктрина прецедента. В случае с ВТО радикальным противником подхода, принятого Апелляционным органом, в течение последних лет выступают США<sup>228</sup>. Сегодня это один из формальных поводов, по которым действующая американская администрация блокирует назначение новых членов Апелляционного органа, что привело к полномасштабному кризису в механизме разрешения споров и фактическому прекращению рассмотрения

---

<sup>223</sup> Appellate Body Report. United States — Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico. WT/DS344/AB/R. Adopted 30 April 2008. § 160.

<sup>224</sup> См.: Ibid. § 161.

<sup>225</sup> См.: Ibid. § 162.

<sup>226</sup> См.: *Исполинов А. С.* Указ. соч. С. 83.

<sup>227</sup> См.: *Shahabuddeen M.* Op. cit. P. 66.

<sup>228</sup> См.: *Смбатян А. С.* Нормативная ценность правовых позиций международных судов: фактор стабильности или «узурпация» прав суверенов? // Российский юридический журнал. 2019. № 3(126). С. 9–20, 18–19.

новых апелляций<sup>229</sup>. Интересно, что в числе других недостатков деятельности этого органа в специальном докладе, который был подготовлен Торговым представительством США в феврале 2020 года, отмечается также непоследовательность его практики в некоторых вопросах<sup>230</sup>. Это наводит на мысль, что истинным объектом возражений выступает не сама по себе идея последовательности в разрешении спорных вопросов права, а, скорее, содержание принятых решений (тем более, что именно такого рода критике посвящена большая часть доклада). Сама эта идея, между тем, совершенно нейтральна по содержанию, поэтому в качестве этического или юридического принципа способна быть союзником как для сторонников судейского активизма (англ.: *judicial activism*), так и для сторонников судейской сдержанности (англ.: *judicial restraint*), а значит, время от времени получать одобрение и навлекать на себя недовольство как тех, так и других.

Как показывает проведённый анализ, органы международного правосудия не могут открыто признать свою обязанность следовать собственными предшествующими решениями, особенно если речь идёт о решениях по отдельным делам (как это предполагает принцип *stare decisis*). В международном праве причины этого ещё более веские, нежели на уровне внутригосударственного права: международное право по своей природе не допускает изменения содержания правовых норм без участия государств как главных акторов международной системы. В то же время суды не могут отказать в рассмотрении дела, ссылаясь на неопределённость содержания правового регулирования, хотя применяемые ими нормативные положения имманентно содержат некоторую степень неясности. Понимая негативные последствия для права и его определённости, которые влечёт непоследовательность практики толкования и применения правовых норм и принципов, суды стремятся избегать непредсказуемых решений, которые были бы близки к судебному произволу, даже если в отношении конкретного дела такое решение могло бы

---

<sup>229</sup> См.: Исполинов А.С., Кадышева О.В. Кризис механизма разрешения споров Всемирной торговой организации: в поисках альтернатив // Закон. 2020. № 10. С. 136–144.

<sup>230</sup> См.: Report of the United States Trade Representative on the Appellate Body of the World Trade Organization, 2020. P. 44 (fn. 82), 93. URL: [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf) (дата обращения: 20.11.2020).

показаться правильным и справедливым. В результате они следуют сложившимся в их собственной практике и практике других международных судов устойчивым позициям по поводу толкования норм и принципов международного права, не признавая это следованием прецеденту в смысле доктрины *stare decisis* и очень осторожно обозначая эту практику как *jurisprudence constante*. В случае необходимости отступления от сложившейся практики суды либо (1) исходят из того, что они не связаны предшествующими решениями, либо (2) указывают отличия рассматриваемого дела от иных дел, которые рассматривались ранее, либо (3) приводят выработанные в их практике стандартные аргументы — например, формирование нового «европейского консенсуса» как основание для изменения практики Европейского Суда по правам человека.