Судебные доктрины и эффективность правоприменения

ГАДЖИЕВ Ханлар Иршадович, заведующий отделом судебной практики и правоприменения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, судья Европейского суда по правам человека (2003—2017), доктор юридических наук

Россия, 117218, г. Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34

E-mail: khanlar9999@gmail.com

Развитие права всегда сопровождалось формированием правовых доктрин, под которыми принято понимать обобщенное научно-правовое отношение к общим и конкретным вопросам права. Автор статьи предлагает рассмотреть вопросы наиболее эффективной реализации правовых доктрин в судебной практике, которая служит эмпирическому обогащению и действенности права. Исследование права в трех измерениях (правовая теория, правовая доктрина и правоприменение) подтверждает, что эффективное функционирование данной трехмерной системы возможно на основе взаимопроникновения и взаимодействия составляющих ее элементов. Сближение правовых систем способствовало не просто заимствованию проверенных временем представлений и усилению интеграционных начал, но и эволюции правоприменения, что наглядно демонстрирует развитие европейского конституционного правосудия. Влияние общих доктрин на правоприменение рассматривается с точки зрения формирования судебных доктрин на основе судебного усмотрения, правотворчества, правовой интерпретации и аргументации, служащих не только созданию обоснованных правовых методов разрешения конкретных дел с учетом принципов и концепций права, но и углублению связи теории права и правоприменения. Судебная доктрина таким образом представляет собой подтвержденный авторитетом судебной власти испытанный подход к решению конкретных судебных дел в контексте достижений правовой науки и судебной практики, одновременно направленный на их развитие.

Ключевые слова: судебные доктрины, судебное правотворчество, судебная практика, правоприменение, правовая аргументация.

Для цитирования: Гаджиев Х.И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения // Журнал российского права. 2019. № 6. С. 14—27. DOI: 10.12737/jrl.2019.6.2

Judicial Doctrines and Efficiency of Law Enforcement

Kh.I. HAJIYEV, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow 117218, Russian Federation

E-mail: khanlar9999@gmail.com

The development of law has always been accompanied by the formation of legal doctrines, which are usually understood as a generalized scientific and legal attitude to general and specific issues of law. This article proposes to consider the most effective implementation of legal doctrines in judicial practice, which contributes to empirical enrichment and effectiveness of law. The study of law in three dimensions, legal theory, legal doctrine and law enforcement, confirms that the effective functioning of this three-dimensional system is possible on the basis of interpenetration and interaction of its constituent elements. The convergence of legal systems contributed not only to the adoption of time-tested ideas and strengthening the integration principles, but also to the evolution of law enforcement, which clearly demonstrates the development of European constitutional justice. The influence of general doctrines on law enforcement is considered from the standpoint of the formation of judicial doctrines on the basis of judicial discretion, lawmaking, legal interpretation and argumentation, which serve not only to create reasonable legal methods for resolving specific cases, taking into account the principles and concepts of law, but also to deepen the connection between the theory of law and law enforcement. The judicial doctrine thus represents a proven approach to the solution of specific

court cases in the context of the achievements of legal science and judicial practice, confirmed by the authority of the judiciary, simultaneously aimed at their development.

Keywords: judicial doctrines, judicial lawmaking, judicial practice, law enforcement, legal reasoning.

For citation: Hajiyev Kh.I. Judicial Doctrines and Efficiency of Law Enforcement. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2019, no. 6, pp. 14—27. (In Russ.). DOI: 10.12737/jrl.2019.6.2

Развитие права, законодательства и юридической практики вызвали интерес к проблеме правовой доктрины. В правовой литературе последних лет немало интересных исследований, в которых указывается на актуальность предмета изучения и необходимость определения ее места и значения для развития права в целом и эволюции правоприменения в частности¹. Правовую доктрину обычно рассматривают в качестве обобщенного научного отношения к общетеоретическим вопросам права. В то же время предпочтительнее представляется определение правовой доктрины, отражающее ее широкий смысл и раскрывающее одновременно суть данной научной категории. В этом отношении наиболее удачно определение Т.Я. Хабриевой, полагающей, что в «самом общем виде доктрину характеризуют как авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций». Это в полной мере относится к конституционной доктрине². На формирова-

ние правовой доктрины влияет общее состояние правовой науки, традиции школы, правовой культуры, под воздействием которых складывается доктрина, способность правовой системы к интегративности и генерированию новых прогрессивных идей, отвечающих как эпохе ее принятия, так и времени, умение применения предвидения благодаря исследованиям наиболее прогрессивных тенденций социального развития. Таким образом, правовая доктрина, отражая реальное состояние научной мысли, достижения которой должны проникать и влиять на законодательство и правоприменение, одновременно обязана не просто систематически обновляться, но и служить своеобразным источником вдохновения для тех, кто занимается предлагаемые ею современные методы решения проблем. По мнению Е.Г. Тугиной, доктрины, как и концепции, используются в качестве средства судебной политики, закрепляя наиболее общие положения судебной политики, носят декларативный характер, выступают своеобразной платформой, базисом иных средств. Преимуществом является то, что в основе их создания лежит научный подход, нацеленный на практический результат³. Эволюция человеческой мысли привела к важному сдвигу в определении приоритета и предпочтения в движении от общего и особенного к более частным и конкретным проблемам, порой кажущимся необратимым процессом. Таким образом, правовые доктрины

¹ См.: Демидов А.И. Принципы юридической доктрины России // Российская юридическая доктрина в XXI веке: проблемы и пути их решения: науч.-практ. конф. (3—4 октября 2001 г.) / отв. ред. А.И. Демидов. Саратов, 2001; Малько А.В. Юридическая доктрина как важнейшее направление современной российской правовой политики // Там же; Полянский Д.А., Пузилов Р.В. Правовая доктрина как особое правовое явление // Вестник Томского государственного университета. 2013. Вып. 11; Чащин А.Н. Правовая доктрина как источник (форма) российского права: монография. М., 2019.

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

³ См.: Тугина Е.Г. Правовые акты как средства судебной политики // Суд как субъект правовой политики / под ред. А.В. Малько. М., 2014. С. 105.

стремятся проникать в правоприменение, наполняя его концепциями и теоретическими моделями наиболее эффективного метода решения задач. Представляя собой совокупность концепций, принципов и идей, правовая доктрина в судебной практике приобретает новый смысл, т. е. в процессе правоприменительной деятельности она преобразуется в инструмент правового метода решения задач судебной практики.

Достоинства, совершенство доктрины проверяются на практике, которая при необходимости изменяет ее, отказывается от нее либо создает новую. Именно интерпретация нормы как часть судебной аргументации служит основой для выявления названных свойств судебной доктрины, которая, как мы указали, хотя и складывается под влиянием общей доктрины права, но преобразуется в судебную доктрину, служащую задачам судебной практики. Основным свойством судебной доктрины является то, что она выводится на основе эмпирического подхода путем интерпретации применяемой нормы в целях судебной аргументации, требующей осуществления необходимого уровня правотворческих функций.

Среди факторов, влияющих на образование судебной доктрины, следует назвать уровень научной разработанности с точки зрения теории права самой доктрины, ее ясность и точность, соотношение применяемой нормы и установленных фактов, уровень свободы усмотрения, способствующей реализации творческих начал и подходов в судейской профессии. Однако наиболее важными, на наш взгляд, являются следующие судейские функции: судебное правотворчество, интерпретация, аргументация и уважение к предыдущим решениям при аналогичных фактах, такое же отношение к полученному в результате толкования нормы смыслу. Изложенное важно как для установления правил и методов решения конкретной

группы дел, так и для возможности, как предлагалось в правовой литературе, считать правотворческую деятельность источником права⁴.

Судебную доктрину можно рассматривать и как выработанный метод, основанный на достижениях теории права, имеющей отношение к применяемой норме на основе установленных фактов посредством судебной интерпретации как важной части судебной аргументации. Она служит, с одной стороны, своеобразному балансу усиливающихся тенденций всеобъемлющего вмешательства государства, его стремления проникать во многие области жизнедеятельности посредством законодательных мер и влиять на ситуацию в экономике, социальной сфере и морали и, с другой стороны, помогает судьям рационально адаптировать эти устремления, минимизируя или исключая негативные стороны в правовой регламентации либо корректировке, а порой и временном восполнении установленных пробелов. Судебные доктрины способны также облегчить применение, в ряде случаев заменить громоздкие нормативные акты либо акты введения в действие правовой нормы, которые порой страдают отсутствием согласованности и ясности, точности и предсказуемости, создавая сложности в их применении. Формирование судебной доктрины происходит благодаря точному установлению содержания нормы права посредством выявления значений и смысла использованных терминов, корректировки обнаруженных недостатков нормы. Применяемые методы толкования служат систематическому обновлению извлекаемых смыслов, своего рода «перекрестному удобрению», так же как воспринимается в иных условиях взаимодействие Суда ЕС и национальных судов (cross fertilization). Происходит названный процесс, как мы указали,

⁴ См.: Кузнецова М.В. Понятие и сущность источников права // История государства и права. 2014. № 12. С. 15—18.

посредством постоянной интерпретации нормы путем применения имеющихся методов, принципов и концепций, связанных с анализом материалов дела, оценкой доказательств в ходе судебного разбирательства с соблюдением равенства сторон и состязательности, других демократических принципов правосудия. Выработанная таким образом методика решения конкретных дел становится предметом рассмотрения различных инстанций национальной судебной системы и приобретает окончательное воплощение в решениях высших судов страны. Думается, этому процессу содействует, во-первых, разграничение полномочий судов, где Верховный Суд выступает в качестве кассационной инстанции и решает вопросы права. Во-вторых, формулирование доктрины завершается постановлением Верховного Суда, который, поддержав подход нижестоящего суда силой собственного авторитета, выделяет его решение в качестве не просто обоснованного, законного и справедливого, но и как наиболее правильного метода разрешения аналогичных дел. Таким образом, воздействие теории права на судебную практику происходит путем формирования судебных доктрин.

Правовая норма, а точнее ее текст, общие правовые принципы и идеи, известные из теории права, соотносятся судьей с конкретными фактами дела и избранным им методом интерпретации, все это работает при убежденности судьи в обоснованности выбора доктрины. Возможны конфликтные ситуации (причем конфликт не в самой доктрине, а между ней и подходом судьи), при которых у судьи три вероятных варианта действий. Так, первый вариант состоит в игнорировании собственных убеждений и следовании при вынесении решения уже ранее выработанной доктрине. Второй вариант для судьи заключается в игнорировании уже доктрины и руководстве собственными подходами. Судья при этом активно задействует

свои идеи и знания, исходя из убеждения в том, что подлежащая применению норма требует более активных действий, она не может просто применяться без выработки новой доктрины. И, наконец, третье действие обусловлено тем, что доктрина, как и подход судьи, расходятся в том, чтобы их интегрировать. В этом процессе судья находит путь соединения ее субъективного смысла с тем, что закон требует, и тем, что субъективный смысл закона должен быть иным. Структура такого интегративного процесса хорошо определена, поскольку правовая система содержит различные принципы, признающие и объясняющие доктринальные изменения⁵. Отмечая нормативный характер доктрины и ее влияние на право и практику, выявляются и производимые доктриной эффекты: придание закону точности, согласованности и ясной структуры, поддержание справедливости и нравственности посредством толкования старого закона по-новому; повышение доверия к закону; способствование глобализации права, учитывая международные контакты ученых; содействие стабильности в мире, в котором доминирует политическая динамика⁶.

Справедливо отмечается, что даже краткий анализ традиционных правовых систем и статуса индивида в них — лучшая тренировка ума и воображения любого юриста на предмет осознания цивилизованной многовариантности правовых способов решения одних и тех же проблем человеческого существования, не говоря уже о несомненной познавательной ценности такого анализа⁷.

⁵ См.: Rubin E.L., Feely M. Creating Legal Doctrine // Southern California Law Review. 1996. P. 2006.

⁶ См.: A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 4. Springer, 2005. P. 6.

⁷ См.: Ковлер А.И. Антропология права: учебник для вузов. М., 2019. С. 195.

Современный период развития права характеризуется постепенным ослаблением различий между системами континентального и общего права. Интересно, что на это еще более полувека назад обращал внимание известный немецкий ученый Й. Эссер: «Большая близость обеих систем (континентальной и общей) проявляется в ускоренном переходе континентальной юстиции от дедуктивной аргументации в решении случаев вновь открывшихся проблем и в более широком использовании англо-американской практики и правовых понятий в качестве основы для конструкции»⁸.

Нам важно понять существующие различия и процессы сближения с точки зрения их воздействия на правотворческую функцию судьи как важного элемента в процессе образования судебной доктрины. Не желая упрощать ситуацию с различиями правовых культур и тенденциями их сближения, заметим, что система общего права складывалась благодаря судебному правотворчеству, когда веками различные судьи решали споры и при этом использованные ими суждения основывались на логике и опыте, пронизанных к тому же чувством справедливости. В континентальной системе право имеет не только абстрактный характер, писанные законы только предполагают будущие правовые споры. Изложенным объясняется эмпирический характер общего права. Следует подчеркнуть, что хотя сейчас парламент, например Англии, принимает все больше законов, однако судебное правотворчество не потеряло актуальность и к преимуществам системы можно отнести наблюдаемую тенденцию использования законов, не отказываясь полностью от доктрины *ratio decidendi*.

Меняется роль судьи и в кодифицированных системах. Особым толчком в этом направлении, своего рода стимулирующим фактором для судебного правотворчества, явилось создание после Второй мировой войны конституционных судов в ряде государств в Европе, наделенных широкими полномочиями, предполагающими активное обращение к правотворческой функции. С их появлением в судебных решениях стали эволюционно развиваться устоявшиеся в национальном праве подходы, по-новому звучать доктринально оформленные правовые позиции, впитывающие не просто господствующие концепции и воззрения, но и отличающиеся интегративным и контекстным отношением к правоприменению. Их решения подтверждали вывод, что просто кодифицированная система не может развиваться без судов, как и система, основанная исключительно на судебном правотворчестве, не способна прогрессировать без законодателя⁹.

Думается, что адекватная реакция на новые вызовы времени требует от правовых систем гибкости и способности взаимодействия, восприятия испытанных временем доктрин. Заметим, что в российской правовой литературе активно дискутируются вопросы о возможности судебного правотворчества. Так, по мнению С.М. Даровских, вынужденную объективацию в арсенале судебной власти возможности заниматься правотворчеством нельзя рассматривать ни как игнорирование конституционного принципа разделения властей, ни как субъективное притязание суда на необоснованное расширение своих властных полномочий¹⁰. Рассматри-

⁸ Esser J. Grundsetz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts // *Revue international de droit comparé*. Vol. 9. No. 1. 1957. P. 306—308.

⁹ См.: *Sauveplanne J.G.* Codified and Judge Made Law. North-Holland Publishing Company, 1982. P. 118.

¹⁰ См.: *Даровских С.М.* Судебные правовые позиции в уголовном судопроизводстве: теоретические основы и процессуаль-

вая различные мнения по вопросу правовых позиций судов страны, О.В. Зайцев предлагает закрепить на законодательном уровне названное понятие и выработать единообразное понимание правового значения данного явления либо как источника права, либо как особой общеобязательной формы судебного толкования¹¹. Вместе с тем, анализируя различные, порой противоположные мнения о судебном правотворчестве, нельзя обойти вниманием очень важную деталь, на которую обратил внимание В.Д. Зорькин, предупреждая о рискованности попыток внести в российскую нормотворческую практику элементы англосаксонского прецедентного права. Он отмечает, что различия между системами права не просто формальные, а сущностные, поскольку отражаются в специфике мышления юристов. Эти различия требуют принципиально иной организации всего юридического процесса — от разработки законов до их применения. «Попытки решительно “прививать” такие “юридические побегии” — неоправданны и разрушительны, поскольку неизбежно при таких “прививках” переходный период обязательно хотя бы отчасти “хаотизирует” и ослабит (и без того далекую от совершенства) российскую систему правоустановления и правоприменения»¹².

По мнению Г.А. Гаджиева, изложенная позиция показывает, что В.Д. Зорькин не исключает частичное, поэтапное восприятие судебного нормотворчества, вся проблема — в выборе темпов этого продвижения. При этом Г.А. Гаджиев приводит постановление КС РФ

от 21 января 2010 г. № 1-П, в котором Конституционный Суд признал, что осуществление высшими судами полномочия давать разъяснения по вопросам судебной практики объективно не может не основываться на вырабатываемых ими правовых позициях, содержащих толкования разъясняемых положений законодательства. Нельзя отрицать право, хотя бы высших судов, давать на основе обобщения судебной практики абстрактное толкование применяемых норм права и формулировать соответствующие правовые позиции¹³.

В.Д. Зорькин считает, что, поскольку сама по себе дисквалификация неконституционного нормативного акта не ведет автоматически к совершенствованию законодательства, конституционные суды все более становятся интерпретаторами законодательства во взаимосвязи с практикой его применения. Конституционные суды все чаще своими решениями блокируют не оспариваемую норму как таковую, а ее выявленный неконституционный смысл, приданный правоприменителем, в том числе общими и специальными судами. Отмечается, что в случаях признания нормы неконституционной Конституционный Суд нередко предписывает временное регулирование вплоть до внесения необходимых изменений в законодательство. По мнению В.Д. Зорькина, конституционное правосудие сегодня переносит центр тяжести с того, что некогда Г. Кельзен называл «негативным законотворчеством», на более тонкую настройку правовой системы — корректировку правоприменения. Это вносит вклад

ные формы: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 35—36.

¹¹ См.: Зайцев О.В. Правовые позиции в современной юридической и судебной практике // Мировой судья. 2018. № 3. С. 14.

¹² Зорькин В.Д. Экономика и право: новый контекст // Российская газета. 2014. 22 мая.

¹³ См.: Материалы международной научно-практической конференции «Судебная реформа в России: прошлое, настоящее, будущее» (25 ноября — 2 декабря 2014 г.). М., 2015; Гаджиев Г.А. Решения высших судов России как общественный капитал // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2015. № 1. С. 9—10.

в напряженность в отношениях не только с законодателем, но и с правоприменителем, включая суды¹⁴. Таким образом, складывается интересная картина, которая в целом привносит в хорошем смысле в деятельность конституционного суда элементы кассации, присущие и некоторым другим аналогичным судам в странах Европы. Прав был, на наш взгляд, М. Каппеллетти, когда отмечал, что европейские конституционные суды по многим своим характеристикам имеют схожие особенности с верховными судами стран общего права, особенно в тех юрисдикциях, где полностью внедрена система судебного контроля. Он же считал (и это, к сожалению, актуально и сейчас), что не все высшие суды европейских стран готовы выполнять в полном объеме правотворческие функции ввиду их громоздкости и чрезвычайной загруженности¹⁵.

Объединяющим в деятельности высших судов фактором, по нашему мнению, должно быть стремление формулировать доктрины с учетом общепринятых концепций права. Задача же обычных судов — применение и развитие доктрины на основе фактов и аргументаций в судебных решениях. Их также объединяет, т. е. служит интегративным началом, тенденция предлагать и внедрять идеи, заимствованные из внешних источников. Интегративный подход, которым руководствуются судьи, включает связь между правовой доктриной и собственным восприятием и пониманием права, личного опыта судьи, его познаний в самых разных областях. Развивающееся на таком подходе интегративное мышление слу-

жит как образованию судебной доктрины, так и ее внедрению в правоприменение, способствуя эволюции последнего. Именно так образованные международными судами доктрины проникают в национальное правосудие, что служит основой глобального диалога судей и судов, начиная с простого цитирования и продолжая путем соизмерения подходов, соотношения или гармонизации толкования, а порой поддержания правоты видения национальными судьями требований национального права. Точно таким образом зародившаяся в английском правовом порядке в качестве судебного контроля в административном праве доктрина законных ожиданий (*legal expectation*) была заимствована Европейским судом по правам человека¹⁶ (далее — ЕСПЧ). Следует заметить, что у доктрин законных ожиданий много оттенков. Так, Верховный суд Венгрии в одном из постановлений применил ее как доктрину социальных ожиданий¹⁷, а Верховный суд США сослался на доктрину конституционно защищаемого обоснованного ожидания в деле *Smith v. Maryland*¹⁸.

Логика существования инстанционности судов и выделения высшего суда по вопросам права, на решения которого ориентируются нижестоящие суды, предполагает придание их решениям эмпирического характера, получившего правовое оформление. Обычные суды исходят, как правило, из презумпции конституционности применяемой нормы права, и требуются веские аргументы, доказывающие необходимость толкования нормы с приданием ей нового смысла, не противоречащего Конституции и отвечающего фактам дела. Существует

¹⁴ См.: Зорькин В.Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика. М., 2018. С. 29.

¹⁵ См.: *Cappelletti M. The Law-making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis // Monash University Law Review. Vol. 8. September 1981. P. 62—64.*

¹⁶ *Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland, Judgment of 29 November 1991.*

¹⁷ *Légfelsőbb Bírószág (Supreme court) Cif: 111. 31.208/1984.*

¹⁸ *Smith v. Maryland. 442 US (735) 1979.*

разница между судьей, который воспринимает себя в качестве возможного творца права в смысле его вклада в образование судебной доктрины, и судьей, который следует официальному комментарию, не всегда догадываясь о допустимости других вариантов решения проблемы и предложения новой, наиболее точной и ясной версии, что могло бы лечь в основу современной, формирующейся судебной доктрины. Восприятие судьей себя как обычного правоприменителя — безусловно важная сторона самооценки личности с точки зрения нацеленности на эффективность выполнения требований закона, но без дополнительных творческих усилий оно сужает пределы судейского маневрирования, поиска новых формулировок в процессе интерпретации права. Нельзя не отметить в связи с этим положения некоторых законов, которые допускают применение аналогии, тем самым стимулируя проявления творчества при осуществлении правосудия¹⁹.

Модель ориентирования исключительно на комментарий нормативного правового акта может психологически довести над процессом, ограничить пределы судейского усмотрения, когда состязательный процесс способен абсолютно изменить первоначально предполагаемый подход. Так, любой институт в уголовном праве, будь то необходимая оборона, крайняя необходимость или обоснованный риск, зависит от фактических обстоятельств, которые непосредственно воздействуют на образование судебных доктрин. Это своего рода первые шаги, когда обстоятельства дела влияют на формирование доктрины, т. е. происходит легализация нового правового подхода. Очевидно, что законодатель, формулируя норму, не способен предвидеть все возможные случаи. Комментатору также порой

сложно предвосхитить варианты решения. Тем более, что формулируемая судебная доктрина окончательно оформляется решением вышестоящего суда, а в нашем случае — Верховного Суда, который окончательно в завершающей манере одобряет и формулирует ее или может отвергнуть как необоснованную. В обоих случаях решение путем опубликования преобладает в рекомендуемый образец метода решения дела. Таким образом, высший суд страны подчеркивает свою роль в качестве самостоятельной ветви власти, поддерживая демократический диалог со всеми ветвями власти, что важно с точки зрения юридической безопасности. Хотя в вершине иерархии обычных судов находится Верховный Суд, в то же время важна роль Конституционного Суда в оценке того, насколько выработанная судебная доктрина, говоря словами В.Д. Зорькина, обеспечивает реализацию изначального замысла законодателя в его конституционно-правовом контексте²⁰.

Доктринальная стабильность зависит от взаимодействия вышестоящих и нижестоящих судов, взаимного уважения принятых решений. Одновременно вся вертикаль судебной системы задействована и работает в обоих направлениях, обогащаясь и корректируя судебные доктрины, исходя из потребностей судебной практики и обновляя либо сохраняя ее посредством соотношения с выраженной к судебной доктрине позицией правовой науки.

Стабильность судебной доктрины зависит как от стабильности законодательства и теоретических разработок, влияющих на образование общих доктрин права, так и от следования предыдущим решениям при аналогичных фактах дела. Положение о доктринальной стабильности ведет к интересному выводу: прецедент в виде *stare decisis* обеспе-

¹⁹ См. ст. 6 ГК РФ, ст. 5 СК РФ, ст. 7 ЖК РФ.

²⁰ См.: Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 32.

чивает уважение к ранее принятому решению и верховенству права, является побочным продуктом стратегического и политического использования доктрины. Доктрина *stare decisis* отражает существенное равновесие доктринальных предпочтений в судах²¹. Не провозглашая доктринальное признание прецедента, Конституционный Суд РФ стремится к соблюдению последовательности собственной практики. Представляется, что вывод Конституционного Суда РФ о важности соблюдения принципа доверия граждан к закону и действиям государства, предполагающих сохранение разумной стабильности правового регулирования²², можно распространить и на правовые позиции, которые в интерпретации национальных ученых по своим юридическим свойствам наиболее близки к судебным доктринам. Они посредством судебных решений развивают устоявшиеся подходы, которые приобретают новое значение под воздействием установленных фактом требований и господствующих правовых воззрений на момент рассмотрения дела. В этом заключается диалектический смысл формулирования доктрины, направленного на достижение права.

В правовой литературе подчеркивалось, что многие правовые позиции судов, в том числе правоприменительные, выполняют функцию «переходного мостика» к прагматической цели права — определенности правового регулирования²³. Правовые позиции Верховного Суда РФ

составляют неотъемлемую часть принимаемых им судебных правовых актов и формулируются в виде суждений о подлежащих применению правовых нормах. В этом качестве они обеспечивают логическую связь между абстрактной нормой права и фактическими обстоятельствами дела²⁴. Представляется интересной позиция Верховного суда Канады, выраженная в решении *Rodriguez v British Columbia*: «Доктрина того, что нижестоящие суды должны следовать решениям высших судов, является фундаментальной для правовой системы Канады. Это обеспечивает определенность, позволяя упорядоченное развитие права на гибкой основе. Однако *stare decisis* — это не смиренная рубашка, которая обрекает право к застою. Суды первой инстанции могут не следовать решениям высших судов в двух случаях: 1) когда возникает новый правовой вопрос; 2) когда имеются изменения в обстоятельствах или доказательствах, которые фундаментально сдвигают параметры дебатов...»²⁵.

Стабильность судебной доктрины опирается на судебную сдержанность, которая предполагает определенные пределы, в которых дискреция судей, выражающаяся в правотворчестве, может ограничиваться. Анализ истории правовых систем показывает, что каждая из них независимо от достижений пыталась в реальности сопровождать эволюцию самой доктрины и ее воплощение с конструированием и обеспечением соблюдения определенных пределов судебской свободы как в процессуальном, так и материальном праве. Правильно отмечено, что судебское усмотрение без ограничений сделало бы разделе-

²¹ См.: *McNollgast. Politics and the Courts: a positive theory of judicial doctrine and the Rule of law* // *Southern California Law Review*. 1995. P. 1635.

²² См. постановление КС РФ от 5 марта 2013 г. № 5 в развитие правовой позиции, содержащейся в постановлении КС РФ от 24 мая 2001 г. № 8-П.

²³ См.: *Власенко Н.А.* Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2017. С. 117.

²⁴ См.: *Шульга И.В.* Понятие и виды правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 17—18.

²⁵ *The Evolution of five legal doctrines in the Supreme Court of Canada*. May 5, 2017.

ние властей фарсом. Закон станет совершенно неопределенным, а законотворческая власть судей будет всеобъемлющей²⁶. Т. Коопмансу принадлежит мудрое замечание, что существует проблема двух опасностей: слабый и неэффективный законодатель и чрезмерно усердное правосудие²⁷. Европейский суд по правам человека выработал доктрины, служащие целям соблюдения судебной сдержанности. К ним относятся пределы усмотрения (*margin of appreciation*), четвертая инстанция (*fourth instance doctrine*), в определенных ситуациях теория европейского консенсуса и доктрина прецедента, текстуализм, а также пределы, предусмотренные в Европейской конвенции по правам человека (ст. 16, 17, 8—11)²⁸. При оценке ограничения прав ЕСПЧ, как и большинство национальных судов, обращается к методам, основанным на необходимости и пропорциональности. Данные методы применяются в рамках судебной аргументации. ЕСПЧ также отмечал: «предусмотрено законом» предполагает, что рассматриваемый закон отвечает критериям доступности и предсказуемости. Он не должен быть неопределенным. «Качество» закона ясно и точно определяет условия и формы любых ограничений на основе гарантий по Конвенции. Наличие таких четырех элементов, как точность, доступность, ясность и предсказуемость, будет означать,

что закон соответствует критерию «предусмотрено законом»²⁹.

Судебное правотворчество не означает законодательствование, поскольку процесс образования судебных доктрин существенно отличается от законотворческого процесса. Судьи зависимы от рассматриваемого дела, не иницируя предмет судебной тяжбы и будучи зависимы от фактов и подлежащей применению правовой нормы. Однако в этом процессе они нуждаются в толковании, т. е. сталкиваются с необходимостью проявлять творчество. Используя хорошо разработанные теорией права методы толкования, судьи применяют наиболее подходящие из них к рассматриваемому делу, получая из применяемой нормы права различные смыслы. Они свободны в осуществлении данного процесса, но первое, чем они руководствуются, — текстом закона и материалами дела; второе — здравым смыслом. Таким образом, в любом толковании важным сдерживающим элементом служит сам текст закона и факты дела. Другим серьезным элементом являются идеи, которыми руководствуется судья, его опыт и знания тех же социальных ожиданий, умение нахождения требуемого баланса между интересами индивида и общества на пути к преследуемой цели.

В связи с этим приведем решения различных конституционных судов, в которых рассматриваются вопросы пределов усмотрения. Так, Конституционный суд Италии допускает, что право на охрану здоровья может столкнуться с ограничениями в имплементации. В частности, парламент и правительство могут исходить из баланса права на охрану здоровья с объективными ограничениями, связанными с ор-

²⁶ См.: *Klatt M. Taking rights less seriously. A Structural analysis of judicial discretion // Ratio Juris* 20(4). 2007. P. 522.

²⁷ См.: *Koopmans T. Legislative and judiciary: Present trends. New perspectives for a common law of Europe. Florence; Leiden, 1978. P. 333.*

²⁸ Подробнее см.: *Гаджиев Х.И. Правовые доктрины, содействующие эффективности имплементации Конвенции в национальный правовой порядок // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в российской правовой системе. М., 2019. С. 89—114.*

²⁹ См.: *Kiska R. Hate speech: A comparison between the European Court of human rights and the United States Supreme Court jurisprudence // Regent University Law Review*. 2012. Vol. 25:107. P. 123.

ганизационными и финансовыми ресурсами, имеющимися в их распоряжении в рассматриваемый период³⁰. В то же время Конституционный суд Италии поддерживает идею о том, что право на здоровье — защищаемая Конституцией область человеческого достоинства, что должно препятствовать созданию ситуаций, противоречащих реализации этого права³¹. По мнению Федерального конституционного суда Германии, если при осуществлении контроля достигаются общие пределы знаний в области науки и практики в сфере охраны природы как результат наиболее глубочайшего изучения рассматриваемого вопроса, ст. 19(4) Основного закона не обязывает суды продолжать исследования. Вместо этого суды могут основывать свое решение на правдоподобной оценке изученной научной проблемы³². Степень сдержанности также различается от интенсивности судебного вмешательства. Так, при обнаружении пробела суды исходят из необходимости толкования всего закона, но и в этих случаях при отсутствии текста социальная составляющая остается необходимым фактором, с которым связан любой интерпретатор права. Судья при восполнении пробела в праве должен принимать во внимание существующую доктрину и традиции³³. М. Клатт, рассматривая судебское усмотрение, отмечает, что в качестве методов аргументации, помимо балансирования принципов и интерпретации, существует третий метод, важный при вынесении судебного решения — дальнейшее развитие права. Хотя каждое толкование из-

меняет закон и таким образом развивает его, это именно последующее развитие в широком смысле. В таких делах свобода судей значительно выше по сравнению с простым толкованием³⁴. Федеральный конституционный суд Германии в известном решении по делу Princess Soraya указал: «Справедливость не всегда тождественна совокупности письменных законов. При определенных обстоятельствах право может существовать вне тех позитивных норм, которые принимает государство... Задача судьи не сводится к установлению и исполнению законодательных решений. Ему, возможно, придется сделать оценочное суждение (акт, который обязательно имеет волевые элементы); т.е. выявлять и реализовывать в своих решениях те ценностные концепции, которые присущи конституционному правопорядку, но которые не выражены или неадекватно выражены на языке письменных законов... Там где письменный закон неудавшийся, решение судьи заполняет существующий пробел, используя здравый смысл и общие концепции справедливости, принятые обществом»³⁵.

Начиная с 1970-х гг. ученые стали все чаще обращаться к теме правовой аргументации и как их предшественники анализировали ее не только с точки зрения теории и философии права, но и с учетом контекста в ходе процесса принятия решения судьями. Право все больше стало рассматриваться как социальное явление, находящееся под влиянием аргументации, и это происходило под призывом к сдвигу в восприятии права в направлении его понимания как деятельности. Указанному предшествовала позиция Н. Маккормика о победе инновационного смысла, который вводил правовую аргументацию

³⁰ Italian Constitutional Court decisions no. 40 of 1991, 247 of 192 (...), 226 of 2000.

³¹ Italian Constitutional Court decisions no. 509 of 2000.

³² Bundesverfassungsgericht. Press Release No. 81/2018 of 23 November 2018.

³³ См.: Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford; N. Y., 1998. P. 176.

³⁴ См.: Zweigert K., Kötz H. Op. cit. P. 521.

³⁵ Bundesverfassungsgericht, 1973. Vol. 34:287; Kommers 1997, 125.

в определение права³⁶. Названный сдвиг в восприятии юридической аргументации означал также, что, играя ключевую роль в судебной практике, аргументация служит углубляющейся связи теории права и правоприменения на конкретной эмпирической основе. Такое развитие содействует только актуализации проблемы судебной доктрины в национальном праве, поскольку правовая аргументация включает все важные действия и является непосредственной частью судебного усмотрения. Развитие правовой мысли привело к различению в доктрине прецедента как «прецедента решения», что мы понимаем как представители континентального права под моделью прецедента в общем праве³⁷, так и прецедента интерпретации. Тол-

кование отдельных слов или всей нормы закона в предыдущем решении служит моделью, на которую судьи ориентируются в будущих решениях. Естественно, факты сыграли свою роль в ранее полученном смысле правовой нормы по предыдущему делу. Однако в этих случаях судьи исходят из общего сходства или одинаковости обстоятельств, чего нельзя сказать о прецеденте решения, где важно проявлять каждую деталь. Использование указанной интерпретационной модели, которая требует индуктивного мышления, развито и в странах континентальной системы. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к правовым позициям Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ. Представляется, что способность судей совмещать в работе общелогические методы познания влияет на усиление правовой аргументации, что важно с точки зрения формирования судебной доктрины и ее воздействия на эффективность правоприменения.

³⁶ См.: MacCormick N. Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy. Oxford, 1984. P. 130.

³⁷ См.: Troper M., Grzegorzczuk C. Precedent in France, Interpreting Precedents / ed. by D.N. MacCormick, R.S. Summers. Routledge, 1997. P. 126.

Библиографический список

- A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 4. Springer, 2005.
- Cappelletti M. The Law-making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis // Monash University Law Review. Vol. 8, September 1981.
- Esser J. Grundsetz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts // Revue international de droit comparé. Vol. 9. No. 1. 1957.
- Kiska R. Hate speech: a comparison between the European Court of human rights and the United States Supreme Court jurisprudence // Regent University Law Review. 2012. Vol. 25:107.
- Klatt M. Taking rights less seriously. A Structural analysis of judicial discretion // Ratio Juris 20(4). 2007.
- Koopmans T. Legislative and judiciary: Present trends. New perspectives for a common law of Europe. Florence; Leiden, 1978.
- MacCormick N. Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy. Oxford, 1984.
- McNollgast. Politics and the Courts: a positive theory of judicial doctrine and the Rule of law // Southern California Law Review. 1995.
- Rubin E.L., Feely M. Creating Legal Doctrine // Southern California Law Review. 1996.
- Sauveplanne J.G. Codified and Judge Made Law. North-Holland Publishing Company, 1982.
- The Evolution of five legal doctrines in the Supreme Court of Canada. May 5, 2017.
- Troper M., Grzegorzczuk C. Precedent in France, Interpreting Precedents / ed. by D.N. MacCormick, R.S. Summers. Routledge, 1997.
- Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford; N. Y., 1998.
- Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании. М., 2017.

Гаджиев Х.И. Правовые доктрины, содействующие эффективности имплементации Конвенции в национальный правовой порядок // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в российской правовой системе. М., 2019.

Гаджиев Г.А. Решения высших судов России как общественный капитал // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2015. № 1.

Даровских С.М. Судебные правовые позиции в уголовном судопроизводстве: теоретические основы и процессуальные формы: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011.

Демидов А.И. Принципы юридической доктрины России // Российская юридическая доктрина в XXI веке: проблемы и пути их решения: науч.-практ. конф. (3—4 октября 2001 г.) / отв. ред. А.И. Демидов. Саратов, 2001.

Зайцев О.В. Правовые позиции в современной юридической и судебной практике // Мировой судья. 2018. № 3.

Зорькин В.Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика. М., 2018.

Зорькин В.Д. Экономика и право: новый контекст // Российская газета. 2014. 22 мая.

Ковлер А.И. Антропология права: учебник для вузов. М., 2019.

Кузнецова М.В. Понятие и сущность источников права // История государства и права. 2014. № 12.

Малько А.В. Юридическая доктрина как важнейшее направление современной российской правовой политики // Российская юридическая доктрина в XXI веке: проблемы и пути их решения: науч.-практ. конф. (3—4 октября 2001 г.) / отв. ред. А.И. Демидов. Саратов, 2001.

Материалы международной научно-практической конференции «Судебная реформа в России: прошлое, настоящее, будущее» (25 ноября — 2 декабря 2014 г.). М., 2015.

Полянский Д.А., Пузиков Р.В. Правовая доктрина как особое правовое явление // Вестник Томского государственного университета. 2013. Вып. 11.

Тутынина Е.Г. Правовые акты как средства судебной политики // Суд как субъект правовой политики / под ред. А.В. Малько. М., 2014.

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

Чашин А.Н. Правовая доктрина как источник (форма) российского права: монография. М., 2019.

Шульга И.В. Понятие и виды правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

References

A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 4. Springer, 2005. Pp. 814—842.

Cappelletti M. The Law-making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis. *Monash University Law Review*, vol. 8, September 1981, pp. 15—67.

Chashchin A.N. Legal doctrine as a source (form) of Russian law. Moscow, 2019. 239 p. (In Russ.)

Darovskikh S.M. Judicial legal positions in criminal proceedings: theoretical foundations and procedural forms. Dr. diss. Moscow, 2011. 80 p. (In Russ.)

Demidov A.I. Principles of legal doctrine of Russia. *Russian Legal Doctrine in the 21st Century: Problems and Solutions*. Saratov, 2001. (In Russ.)

Esser J. Grundsetz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts. *Revue internationale de droit comparé*, vol. 9, no. 1, 1957, pp. 306—308.

Gadzhiev G.A. Decisions of the highest courts of Russia as social capital. *Vestnik Moskovskogo universiteta*. Seriya 11. Pravo. 2015, no. 1, pp. 3—16. (In Russ.)

Gadzhiev Kh.I. Legal doctrines promoting the implementation of the Convention into the national legal order. *Implementation of the decisions of the European Court of Human Rights in the Russian legal system*. Moscow, 2019. 416 p. (In Russ.)

Khabrieva T.Y. Doctrinal sense of the Russian Constitution. *Zhurnal Rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2009, no. 2, pp. 34—38. (In Russ.)

Kiska R. Hate speech: a comparison between the European Court of human rights and the United States Supreme Court jurisprudence. *Regent University Law Review*, 2012, vol. 25, pp. 107—153.

- Klatt M. Taking rights less seriously. A Structural analysis of judicial discretion. *Ratio Juris* 20(4), 2007, pp. 506—529.
- Koopmans T. Legislative and judiciary: Present trends. New perspectives for a common law of Europe. Florence; Leiden, 1978. Pp. 309—337.
- Kovler A.I. Anthropology of law. Moscow, 2019. 480 p. (In Russ.)
- Kuznetsova M.V. Soncept and essence of the sources of law. *Istoriya gosudarstva i prava*, 2014, no. 12, pp. 15—18. (In Russ.)
- MacCormick N. Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy. Oxford, 1984. 282 p.
- Malko A.V. Legal doctrine as the most important direction of modern Russian legal policy. *Russian Legal Doctrine in the 21st Century: Problems and Solutions*. Saratov, 2001. Pp. 8—14. (In Russ.)
- Materials of the international scientific-practical conference “Judicial reform in Russia: past, present, future” (November 25 — December 2, 2014). Moscow, 2015. (In Russ.)
- McNollgast. Politics and the Courts: a positive theory of judicial doctrine and the Rule of law. *Southern California Law Review*, 1995.
- Polyanskiy D.A., Puzikov R.V. Legal doctrine as a special legal phenomenon. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*, 2013. Iss. 11, pp. 328—337. (In Russ.)
- Rubin E.L., Feely M. Creating Legal Doctrine. *Southern California Law Review*, 1996, pp. 1989—2037.
- Sauveplanne J.G. Codified and Judge Made Law. North-Holland Publishing Company, 1982. Pp. 95—120.
- Shulga I.V. Concept and types of legal positions of the Supreme Court of the Russian Federation. Cand. diss. thesis. Moscow, 2016. 26 p. (In Russ.)
- The Evolution of five legal doctrines in the Supreme Court of Canada. May 5, 2017.
- Troper M., Grzegorzczak C. Precedent in France, Interpreting Precedents. Ed. by D.N. MacCormick, R.S. Summers. Routledge, 1997. 38 p.
- Tutynina Ye.G. Legal acts as a means of judicial policy. *Sud kak subekt pravovoy politiki*. Ed. by A.V. Malko. Moscow, 2014. 232 p. (In Russ.)
- Vlasenko N.A. Reasonableness and certainty in legal regulation. Moscow, 2017. 157 p. (In Russ.)
- Zaytsev O.V. Legal positions in modern legal and judicial practice. *Mirovoy sudya*. 2018, no. 3, pp. 11—15 (In Russ.)
- Zorkin V.D. Constitutional Court of Russia: Doctrine and Practice. Moscow, 2018. 592 p. (In Russ.)
- Zorkin V.D. Economics and law: a new context. *Rossiyskaya gazeta*, 2014, May 22. (In Russ.)
- Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford; New York, 1998. 708 p.
-