Судебный контроль: средство правовой защиты или правообразования? (К вопросу о конституционных признаках оптимальной модели)

ГРАЧЕВА Светлана Александровна, старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук

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

E-mail: sinobi_unit@mail.ru

Рассматривается явление судебного контроля как судебной функции, эволюция представлений о которой (во многом под влиянием конвергенции правовых систем) позволяет рассматривать ее двояко. С одной стороны, судебный контроль служит обеспечению иерархического порядка правового регулирования (воплощая его нормоконтрольный ракурс). В этом значении его «распространительная» оценка (за рамками предусмотренных полномочий по контролю оспариваемых правовых актов) сопряжена с рисками судебного активизма и правообразования, значимыми в свете континентальной правовой традиции. С другой стороны, названная судебная функция может идентифицироваться при внимании к ней как составляющей судебного гарантирования и защиты прав и свобод (средству правовой защиты). Но принятие этой стороны судебного контроля, несмотря на очевидную признанность такого целеполагания (в том числе на примере отечественного опыта), связано с трудностями ее «формализации» (по критериям, объектам правовой оценки) и, соответственно, процедурного (методологического) обеспечения. Такой дуальный подход к судебному контролю определяется комплексным взглядом на проблему судебной гарантии Конституции, проявляемой также и прежде всего с позиции ее социальной (или естественно-правовой) трактовки. В данном смысле основанием судебного контроля служат конституционно предусмотренные подходы, ставшие следствием развития интегративных представлений о праве (правопонимании), раскрывающих возможности сочетания концепций права, его инструментального обогащения. Конституционно значимая (перспективная) модель судебного контроля получает универсализацию прежде всего за счет ее обогащения критерием общеправовых принципов (признанных идей права), подразумеваемых как «нормативное основание» обращения судов к общим правовоположениям (наряду со специальными законами), нашедшего конституционное признание в разной мере конкретизации последовательности. В отечественном праве обращение к судебному контролю в названном (интегративном) ключе особенно заметно в свете проблемы непосредственного применения судами Конституции России, этапы которой показывают развитие судебного нормоконтроля (с акцентом на соблюдение приоритетной нормы) в соотношении с идеей прав человека как объекта судебной защиты. Также фактором методологического внимания к последнему является практика Европейского суда по правам человека, предлагающего модель судебного контроля как средства правовой защиты в пространстве Совета Европы.

Ключевые слова: правосудие, судебный контроль, интегративный (синтетический) подход, конституционная легитимация, применение общеправовых принципов, средство правовой защиты, судебное усмотрение.

Для цитирования: Грачева С. А. Судебный контроль: средство правовой защиты или правообразования? (К вопросу о конституционных признаках оптимальной модели) // Журнал российского права. 2020. № 11. С. 58—77. DOI: 10.12737/jrl.2020.133

Судебный контроль в координатах интегративного понимания права. Судебная деятельность, подробно прорабатываемая отечественной правовой доктриной в про-

цессуально-юрисдикционном отношении, по-прежнему требует ее освоения с позиции проблемы судебной функции как направления (назначения) судебного функциони-

рования, определяющей «поддержание собственной системной целостности» судебного механизма (судебной власти) и отражающей ее социальное назначение¹.

Правосудие как основная функция (существо судебной деятельности) часто первично рассматривается с позиции разрешения судебных дел (спора между сторонами), его процессуальной формы, что объективировано также нормативно определяемым узким, более «прагматическим» содержанием данной категории². При этом может «упрощаться» внимание к правосудию с точки зрения его правоприменительной природы, в связи с которой формула «суды подчиняются только Конституции РФ и федеральным законам» (ч. 1 ст. 120 Конституции РФ) вряд ли может быть конституционно определена без ее соотнесения с другими конституционными положениями: о непосред-

ственном действии прав и свобод, о праве каждого на их судебную защиту, об их гарантировании согласно общепризнанным принципам и нормами международного права (например, ст. 17, 18, 46, 55).

Соответствующая конституционно-правовая основа позволяет обратить внимание на правосудие с учетом согласительной основы права (сочетаемости его концепций), значимой для определения «конституционно-правового назначения правосудия»³, и ее важности для целей предупреждения подобных (получивших судебное разрешение) конфликтов в будущем, а значит, обеспечения с помощью правосудия «социального баланса»⁴ (выполнения правом «социальной функции»⁵). К интегративной логике оценки обращает и этимологическое происхождение слова «правосудия»: по В. И. Далю, «правый суд, решение по закону, по совести... правда»⁶; при переводе английского аналога этого слова (“justice”) помимо собственно правосудия используются значения «справедливость», «законность»⁷.

В целом проблематика интегративного (синтетического) подхода к правосудию (т. е. в его нормативном

¹ См., например: *Туманов В. А.* Избранное. М., 2010. С. 404—409; *Лазарев В. В.* Место и роль суда в правовой системе // Журнал российского права. 2014. № 10; *Поляков С. Б.* Самообеспечительная функция судебной власти // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 5.

² Так, в специальной главе Конституции РФ об основах судебной власти прежде всего «конституционно строго установлена принадлежность (форма) реализации функций судебной власти» (см.: *Ткачева Н. В.* Содержание функции судебной власти // Вестник Южно-уральского государственного университета. Серия: Право. 2013. № 4 (13)). Это выражено в указании на то, что «правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом» (ч. 1 ст. 118 Конституции РФ); также предусмотрены исчерпывающие виды судопроизводств (ч. 2 ст. 118 Конституции РФ). «Судебное» законодательство также связывает категорию правосудия прежде всего с порядком его осуществления (его процессуальным выражением) (например, ч. 1 ст. 4 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»).

³ Названная категория получила употребление в практике Конституционного Суда РФ. См., например, постановление КС РФ от 9 июля 2020 г. № 34-П. Подробнее о генезисе правосудия см.: *Правосудие в современном мире: монография* / под ред. *В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой*. 2-е изд. М., 2017 (авторы § 1 гл. 1 — Т. Я. Хабриева, С. В. Чиркин).

⁴ См. Заключение № 11 Консультативного совета европейских судей «О качестве судебных решений» (ССЖЕ, Ор. No. 5), Страсбург, 18 декабря 2008 г.

⁵ См.: *Лазарев В. В.* Место и роль суда в правовой системе // Журнал российского права. 2014. № 10. С. 17—30.

⁶ *Даль В. И.* Толковый словарь живого великорусского языка. Т. III. М., 1998. С. 380.

⁷ См.: Интернет-словарь (многоязычный) «Мультитран». URL: <https://www.multitrans.com/m.exe?s=Justice&l1=1&l2=2>.

и ценностном ракурсе) раскрывается при обозначении темы «судебного контроля» (в англоязычной литературе чаще именуемой “judicial review”, в переводе означающей также «судебный надзор»), обращение к которой позволяет характеризовать правосудие более комплексно, нежели инструментально.

Во-первых, постановка темы судебного контроля определяется необходимостью сопоставительного анализа правоположений различного правового порядка и уровня, служащей достижению законности в ее иерархическом масштабе и в этом смысле качеству формальной определенности права. «Понятие контроля происходит от французского и восходит своими корнями к выражению “contrerôle”, обозначавшему “проверочную запись”, при помощи которой осуществлялась проверка соответствия оригинальной записи ее контрольной копии. При контроле, следовательно, нечто, как оно есть, сравнивается с тем, как оно должно быть»⁸.

Во-вторых, происхождение судебного контроля связывается с более общими концептами «конституционной власти», «конституционного самоограничения», обоснование параметров которых стало в целом тенденцией развития конституционной доктрины и практики в последние десятилетия (например, Конституционный Суд РФ упоминает категорию «пределы конституционной дискреции законодательной, исполнительной и судебной власти»⁹). Такая «конституционная подоплека» судебного контроля в зарубежном

(особенно европейском) правоведении получила признание, равно как и «институциональное» обоснование, распространение (при создании соответствующих специализированных судебных (квазисудебных) органов) после окончания Второй мировой войны. В этом отношении обозначение судебного контроля связывалось с потребностью обеспечения (гарантирования) средствами права общепризнанных ценностей, что, в частности, нашло отражение при обосновании (М. Каппеллетти)¹⁰ «синтеза трех различных концептов»: верховенство некоторых более высоких принципов, необходимость приведения наиболее высокого права в письменную форму, использование судебной системы как инструмента обеспечения конституции по отношению к обычному законодательству¹¹. Также в этом заметно внимание правовой мысли, практики к необходимости судебного обеспечения наряду с законностью

¹⁰ См.: *Cappelletti M. Judicial Review in Comparative Perspective* // *California Law Review*. Vol. 58. October 1970. No. 5. P. 1018.

¹¹ Соответственно, принципы права, их конституционное оформление и на основе этого судебное гарантирование стали предполагаться необходимыми условиями, элементами нормального правового процесса, что по-своему развивало «ступенчатую теорию» права (по учению Г. Кельзена) о динамическом раскрытии правового порядка (см.: *Cappelletti M. Op. cit.*). В этом также виделась уникальность европейского подхода к судебному контролю (принимая во внимание континентальную правовую традицию) — отличного от его «англосаксонского аналога», который не определен в такой степени конституционно-иерархическим происхождением (необходимостью его нормативного признания) и допустимого при осуществлении судебной интерпретации (по инициативе суда), приобретающего по юридическим последствиям черты нормоконтроля. См.: *Туманов В. А. Указ. соч.* С. 186—190; *Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция)* // *Право и политика*. 2006. № 8, 9.

⁸ *Кайзер М. Правовая защита и контроль (часть I)* // *Дайджест публичного права Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву*. 2016. Вып. 5 (1). С. 92.

⁹ См., например, постановление КС РФ от 23 мая 2017 г. № 14-П; также см.: *Шайо А. Самоограничение власти. Краткий курс конституционализма* / пер. с венг. А. П. Гуськовой, Б. В. Сотина. М., 2001.

ее «причинности», часто соотносимой с нравственным основанием, юридически определяемым поливалентно (например, «неограниченностью конституционного права на судебную защиту прав и свобод»¹²), что служит проявлением современного конституционализма, во многом его центральной проблемы — судебной гарантии Конституции.

Отмечая истоки судебного контроля в отечественном праве, вряд ли можно обойти вниманием влияние дискуссии о природе судебной функции, обращающей и к концепциям права. Вспомним, что на этапе разработки действующей российской Конституции при обсуждении роли суда нормативный подход к праву нередко уступал место нравственной (иначе называемой естественно-правовой) концепции права, определяемой рассмотрением последнего «как формы общественного сознания»¹³: в частности, обосновывалась «гуманистическая направленность решения вопросов о задачах и значении судебной власти», «общая нравственная характеристика судебного решения»¹⁴.

Немаловажно, что таким пониманием права, в его взаимосвязи с другими концепциями (особенно социологической), предпринималась попытка объяснить, что суды по крайней мере уже не воспринимались как играющие «защитную» роль¹⁵, хотя все же отмечалось (в 1991 г.),

¹² См.: Судебная практика в современной правовой системе России: монография / под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. М., 2017 (автор гл. 3 — В. М. Жуйков).

¹³ См.: Лейст О. Э. Три концепции права. Содержание и критика основных концепций права // Советское государство и право. 1991. № 12.

¹⁴ В частности, приводились подходы В. И. Викторского, Д. Г. Тальберга, П. А. Лупинской, М. С. Строговича. См.: Ковалев М. А. Судебная власть — начало пути // Советское государство и право. 1991. № 10. С. 141—142.

¹⁵ Там же. С. 139.

что «когда пишут о разделении властей, о судебной власти вспоминают обычно где-то в конце, очень “робко” и скороговоркой»¹⁶. Значение судебного контроля в механизме государства в конечном счете определялось необходимостью «охраны законности» («обеспечения качества закона») при первоочередном внимании к судебно-институциональным, юрисдикционным гарантиям (формам) такого контроля.

Представления о судебном контроле как судебной гарантии национальной Конституции справедливо можно рассматривать связанными с фактором «расширения и усложнения правового поля деятельности судов (применяемого судами права)»¹⁷, которое только на первый взгляд кажется однородным — развиваемым при выстраивании системы законодательства, в том числе путем обеспечения его сбалансированности на основе контроля законности исполнительных актов, конституционности законов (имевшее ключевое значение особенно в период «перестройки» правового регулирования на фоне принятия действующей Конституции). Такое «правовое поле» обогащается при обращении к понятию (идее) Конституции не только как своду норм специального действия и применения, но также основанию создания «основных юридических норм государства»¹⁸, допускающего конституцию как особую правовую сферу, определяющую помимо логики системы законодательства и целостность юридических взаимосвязей внутри правовой системы, чем также легитимизируется значение судебного контроля в правовом механизме (правообразовании, правоприменении), соответ-

¹⁶ Ковалев М. А. Указ. соч. С. 140.

¹⁷ Судебная практика в современной правовой системе России (автор гл. 3 — В. М. Жуйков).

¹⁸ Также обозначаемой «Конституцией в чистом смысле слова» (см.: Кельзен Г. Указ. соч.).

ствующий масштаб его осуществления.

Современное внимание в отечественной юриспруденции к интегративному подходу, хотя рассматриваемому неодинаково¹⁹, обусловлено проявлением закономерной потребности в «примирении» концепций права при обращении судов к правовому регулированию, поиском путей в этой области. Справедливо признать, что малопреодолеваемыми кажутся расхождения в «существенных вопросах и прежде всего в изначальном и коренном вопросе о природе права»²⁰, в результате чего в одном случае интегративная концепция может быть определена приоритетностью аксиологического (нравственного, естественно-правового) подхода; в другом — может преобладать ее оценка только с позиции применяемых судами форм права как ключевого условия законности. В зависимости от точки отсчета возможна неодинаковая оценка судебного контроля, перспектив его развития, сопутствующих рисков.

Дискурс о судебной гарантии национальной Конституции и ее контрольном проявлении. В кон-

тинентальной правовой традиции судебный контроль обычно сопряжен с проблемой его специальной регламентации при прямом наделинии контрольной функцией судебного органа (т. е. при обозначении ее оснований, порядка осуществления, правовых последствий). В России судебный контроль получил конституционное признание в двух институциональных ипостасях (специально-юрисдикционных формах). Помимо специализированного судебного конституционного контроля (воплощенного в конституционном правосудии, регламентированного прежде всего ст. 125 Конституции РФ), речь идет об институте судебного обжалования актов несудебных органов (в сферах принятия исполнительных решений) (ч. 2 ст. 46 Конституции РФ), что также согласуется с признанием форм судебного контроля во многих конституционных порядках. Например, ч. 1 ст. 106 Конституции Испании предусмотрено, что «суды осуществляют контроль за реализацией регламентарной власти, за законностью действий администрации, а также за подчинением ее деятельности оправдывающим ее целям». Федеральный конституционный суд ФРГ отметил: «Норма ст. 19 абз. 4 Основного закона [«если права какого-либо лица нарушены публичной властью, ему предоставляется возможность обратиться в суд»] предоставляет не только формальное право и теоретическую возможность обратиться в суд, но дает гражданину притязание на действительный и эффективный судебный контроль»²¹.

Названные формы судебного контроля можно рассматривать судеб-

¹⁹ См., например: Ершова В. В., Ершов В. В. Концепция интегративного правового понимания: сб. ст. М., 2019; Лазарев В. В. Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда // Журнал российского права. 2017. № 7; Антонов М. В. Об интегральной юриспруденции и энциклопедии правоведения // Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания / отв. ред. В. Графский. М., 2013; Лапаева В. В. Интегральное правовопонимание в российской теории права: история и современность // Законодательство и экономика. 2008. № 5; Варламова Н. В. Типология правовопонимания и современные тенденции развития теории права : монография. М., 2010. С. 80—116.

²⁰ Графский В. Г. О непреодоленных трудностях в создании интегральной юриспруденции // Журнал российского права. 2017. № 7. С. 19—24.

²¹ См.: Решение Второго сената от 24 апреля 1974 г., 2 BvR236/74, 2 BvR245/74, 2 BvR308/74 // Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Представительство Фонда Конрада Аденауэра в Российской Федерации. М., 2018. С. 739.

ными гарантиями «институционализации конституционности законов»²² (в их значении как позитивного права)²³, в основе которой лежит идея верховенства Конституции, означающего соответствие ей не только законов, иных нормативных правовых актов, но и любого действия органа власти, должностного лица. В целом такая институционализация отражает контекст иерархической структуры национального правопорядка²⁴, при которой судебный контроль определяется «единой сущностью нормоконтроля как логической операции сопоставления смысла нескольких нормативных правовых актов»²⁵ (реализуемого с учетом разделения правовой ком-

петенции в механизме государства) и в конечном счете выступает «средством обеспечения законности в нормотворческой деятельности публичных органов и должностных лиц»²⁶. При этом основными «острыми остаются вопросы разграничения полномочий судов в сфере судебного нормоконтроля»²⁷. Прежде всего рассматривается не только судебный нормоконтроль, характерный для дел, вытекающих из публичных правоотношений, но и судебный конституционный контроль (иногда представляемый только в облике «негативного законодателя», обеспечивающего верховенство основной формы права²⁸).

В то же время на вопрос — исключает ли развитие специальной юрисдикции по осуществлению судебного контроля возможности контроля (хотя бы и реализуемого иначе) для других, «неспециальных», судебных органов — вряд ли можно ответить утвердительно. Данный тезис обосновывается как собственно континентальной логикой мысли, во многом охватываемой проблематикой

²² См.: Медушевский А. Кельзеновская модель конституционного правосудия и изменение конституций в странах Восточной Европы // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: сб. докладов. М., 1999. С. 14.

²³ В этом смысле их можно рассматривать отражением конституционной власти в ее судебном (неполитическом) ракурсе. По вопросу не только судебной, но и политической институционализации гарантии Конституции см., например: Кондуров В. Е. Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности «политического»: К. Шмитт о границах юстиции // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 5; Кравец И. А. Судебное гарантирование конституции и президентский конституционализм // Юридические исследования. 2014. № 8.

²⁴ См.: Шустров Д. *Essentia constitutionis*: Конституция Российской Федерации в фокусе теорий конституции XX—XXI веков. Часть 1 // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4 (119).

²⁵ Ильин А. Об одной эвристической точке зрения, касающейся сходства прямого конституционного и административного судебного нормоконтроля // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4. С. 35; также см.: Студеникина М. С. Государственный контроль в сфере управления. Проблемы надведомственного контроля. М., 1974.

²⁶ Никитин С. В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе: монография. М., 2010. С. 3.

²⁷ Там же.

²⁸ Определенным «продолжением» этого можно полагать законодательное включение в орбиту судебного конституционного контроля и актов международного судебного толкования, принимая во внимание изменения последнего времени (см., например, ст. 79, п. «б» ч. 5¹ ст. 125 Конституции РФ в ред. Закона РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ), хотя по вопросу применения к актам международного судебного толкования обычной логики правовой оценки, измеряемой координатой «системы законодательства», продолжается дискуссия (см.: Имплементация решений Европейского суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения: монография / под общ. ред. В. В. Лазарева. М., 2019).

верховенства Конституции как основной формы в системе национального права, так и более «конвергентной» оценкой (определенной тенденцией сближения правовых систем), представляющей скорее рассредоточенный взгляд на судебный конституционный контроль, поддерживаемый в отечественном праве идеей прямого применения судами Конституции РФ.

Так, и в свете юрисдикционно обусловленной логики судебного контроля есть варианты реализации обычными (не наделенными соответствующей юрисдикцией) судами по меньшей мере «предварительной контрольной оценки»: при выявлении случаев неконституционности и возможности на этом основании обратиться в конституционный суд (например, Германия, Испания). Но в целом их функционирование происходит в соотношении с нормативистской схемой правоприменения (по «букве» специального закона). Как кажется, «иной контроль» либо исключается, чтобы не допустить путаницу в порядке развития системы законодательства (правового механизма его обеспечения), либо, реализуясь скрыто при толковании, привлекает внимание к судебным формам права, а значит, к рискам судебного правообразования (иногда соотносимого с его крайностями «правления судей», «судейского позитивизма»).

Конвергентный взгляд (подход) на тему судебного контроля вряд ли позволяет обойти вниманием его рассмотрение прежде всего с позиции его основания (причинности), что, как отмечалось, имеет в основном англосаксонское происхождение, но получило апробацию и распространение в континентальном праве за последние более чем полвека.

Неотъемлемой чертой такого «взгляда» в мировом правоведении является установление связи судебного контроля с тенденциями конституционализма, поставившего на первый план судебное обеспечение

конституционно предусмотренных ценностей, в числе которых ключевое место отведено правам и свободам человека.

В конечном счете по замыслу многих национальных конституций проблематика судебного контроля соотносима с судебной защитой прав и свобод²⁹ (не в меньшей мере, чем с нормоконтрольной компетенцией судов). В конституционных текстах, как известно, получила распространение формула о непосредственном действии прав и их судебном гарантировании. Иногда она имеет выраженное ценностное (Франция, Испания)³⁰, иногда более рационалистическое звучание (при обращении

²⁹ В литературе это также получило определение как «общие конституционные полномочия судов в сфере гарантий правового статуса личности, поскольку они проистекают из общего смысла закрепляемых конституцией прав и свобод и их гарантированности государственно-правовыми средствами, в том числе судебной защитой» (Анишина В. И. Полномочия судебной власти Российской Федерации: проблемы конституционно-правового регулирования // Российский судья. 2008. № 6. С. 4). Также см.: Гаджиев Г. А. Непосредственное применение судами конституционных норм // Российская юстиция. 1995. № 12; Лебедев В. М. От идеи судебного нормоконтроля к административному судопроизводству // Российская юстиция. 2000. № 9.

³⁰ Например, в конституционных актах Франции наглядно выражен такой ценностный подход: в ст. 66 Конституции в разделе «О судебной власти» обозначено, что последняя «как хранительница личной свободы обеспечивает соблюдение этого принципа в соответствии с условиями, предусмотренными законом»; в соответствии со ст. 16 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. «всякое общество, в котором не обеспечено пользование правами и не проведено разделение властей, не имеет Конституции». В специальной главе (о гарантиях прав и свобод) Конституции Испании предусмотрено, что конституционные принципы в данной сфере «могут защищаться только решениями судебной власти, выне-

к юридической формуле о применимом праве) — как в Основном законе Германии, согласно которому «законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие — законом и правом» (абз. 3 ст. 20), что, по признанию Федерального конституционного суда ФРГ, открывает судьям возможность действовать не только согласно позитивным предписаниям государства, но также в соответствии с «критериями здравого смысла и с признанными общими представлениями общества о справедливом»³¹. Данные подходы умеренно отражены в тексте Конституции РФ (например, в ст. 18, 46, 55), в связи с чем согласимся, что «действующая Конституция переносит центр тяжести на правозащитную функцию правосудия, обеспечение всесторонней защиты прав и свобод человека»³². Важно, что Конституцией РФ обозначена «предметная» оценка судебного контроля как средства судебной защиты — когда речь идет о вопросах ограничения конкретных прав и свобод (например, на свободу и личную неприкосновенность, неприкосновенность частной жизни и жилища, тайну переписки, переговоров) только на основании судебного решения (ст. 22, 23, 25, 35 и др.).

Отметим, что за рамками или вне прямой связи с законодательно (и конституционно) предусмотренными формами судебного контроля

сенными в соответствии с законами, которые они развивают» (ч. 3 ст. 53).

³¹ См.: Решение Первого сената от 14 февраля 1973 г. 1 BvR112/65 // Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. Представительство Фонда Конрада Аденауэра в Российской Федерации. М., 2018. С. 788—789.

³² Яковлев В. Ф. Конституция Российской Федерации и судебная система современной России // Конституция Российской Федерации: к 25-летию принятия Основного закона: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель / ред. совет: В. В. Блажеев и др. М., 2018. С. 110.

(применительно к судебной деятельности любого вида и уровня) также дискутируются вопросы об обеспечении судами правового качества закона («судебного поиска права»), о судебной защите прав и свобод средствами судебного толкования. Такой контекст судебной гарантии Конституции (связанный с пониманием судебного контроля не только как средства контроля иерархии норм) отражается и на судебной деятельности специальных органов судебного контроля: например, с этим связана необходимость учета «индивидуального» воздействия оспариваемых в порядке административного судопроизводства правовых актов в части затрагиваемых ими прав, интересов, законных ожиданий конкретных лиц (в свете проблемы восстановления нарушенных прав)³³. Но наиболее наглядно это выражено в конституционном правосудии — в части усиления его природы как органа непосредственной защиты основных прав и его субсидиарной роли в национальном механизме правовой защиты³⁴.

³³ Подробнее см.: Ильин А. Указ. соч.; Бурков А. Л. Акты судебного контроля как источник административного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2005.

³⁴ Отметим справедливость мнения Е. В. Тарибо: «В силу доминирования в российской правовой системе позитивистской традиции нормативные правовые акты выступают основной юридической формой конкретизации конституционных прав и свобод и основным объектом контроля с точки зрения реализации и соблюдения предписаний Конституции Российской Федерации, воплощающей доктрину естественных прав. Такая особенность российской модели судебного конституционного нормоконтроля выступает предпосылкой ее эволюции от концепции «негативного законодателя» в сторону судебного конституционного правотворчества, обеспечивающего конституционализацию законодательства» (Тарибо Е. В. Проблемы эволюционного развития российской модели судебного конституционного нормоконтроля: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019. С. 19).

В судебной практике (не касаясь конституционной юрисдикции) проблема судебного контроля не только понятийно обозначается, когда речь идет о контроле «законности и обоснованности осуществления государственных или иных публичных полномочий» (предписанного Кодексом административного судопроизводства РФ)³⁵, но и звучит в контексте затрагиваемых судебными делами отдельных вопросов правового положения личности (как контроль в уголовном процессе, при ограничении личной неприкосновенности), при оценке некоторых его экономических аспектов (в арбитражных делах).

Примечательно, что усиление внимания к судебному контролю как средству защиты в континентальном праве является тенденцией, происходящей в рамках конституционализации правоотношений (правовых институтов)³⁶, критерием которой может являться прямое обращение не только к Конституции, но и к Конвенции о защите прав человека и основных свобод — ее применение, как принято считать, также определяет «качество судебных решений»³⁷. На это особенно влияют прецеденты Европейского суда по правам человека как органа контроля применения и толкования названной Конвенции, который, являясь «привычным» субъектом судебного контроля, в то же время выступает более чуждым обычной нормоконтрольной парадигме³⁸. При внимании

к судебному контролю в национальных системах ЕСПЧ делает акцент на более широкой трактовке судебной правоконтрольной юрисдикции (нежели в национальном законодательстве)³⁹; на сферах (пределах) судебного контроля с учетом проблемы эффективности средств правовой защиты⁴⁰; на взаимосвязи (взаимозависимости) уровней судебного контроля при обеспечении правового качества закона⁴¹. Соответственно, практика судебного контроля ЕСПЧ оказывает методологический эффект на отечественную судебную интерпретацию (в части усиления ее контрольных элементов применительно к вопросам защиты прав)⁴², поскольку ее обязательность определяется необходимостью «учета» правовых позиций

как акт «строго нормативного прочтения». Также ЕСПЧ не связан конкретными правовыми объектами проверки, не исключая указания в этом качестве любого акта «позитивного права» государства, предположительно нарушающего конвенционно гарантированные права и свободы.

³⁹ См. постановление ЕСПЧ от 6 ноября 2018 г. по делу «Рамос Нуньес де Карвальо э Са (Ramos Nunes de Carvalho e Sa) против Португалии».

⁴⁰ См. постановление ЕСПЧ от 13 февраля 2018 г. по делу «Мсхиладзе (Mskhiladze) против Российской Федерации».

⁴¹ См. постановление ЕСПЧ от 13 февраля 2018 г. по делу «Айдоган и компания “Дара Радьо Телевизьон Яйынджилык Аноним Ширкети” (Aydogan and Dara Radyo Televizyon Yayincilik Anonim Sirketi) против Турции».

⁴² Например, судами учитываются параметры практики ЕСПЧ при «оформлении» механизма судебного контроля законности ограничения личной свободы (см.: Беседин Г. Е. Российский Habeas Corpus: 20 лет под пристальным взглядом Европейского суда по правам человека // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека (Russian Yearbook of the European Convention on Human Rights). 2019. Вып. 5: Россия и Европейская конвенция по правам человека: 20 лет вместе.

³⁵ См., например, определение ВС РФ от 18 мая 2016 г. № 144-ПЭЖ16, дело № А50-19907/2014.

³⁶ См.: Бондарь Н. С., Джагарян А. А. Правосудие: ориентация на Конституцию: монография. М., 2018.

³⁷ См.: Заключение № 11 «О качестве судебных решений». Страсбург, 18 декабря 2008 г. ССЖЕ (2008) ОР. № 5.

³⁸ Обращаясь к Конвенции, ЕСПЧ рассматривает ее положения в масштабе судебной оценки (в рамках которой учитываются и другие международные акты), а не

ЕСПЧ всеми судами. Как указывает Пленум Верховного Суда РФ, содержание прав и свобод, предусмотренных российским законодательством, должно определяться с учетом содержания аналогичных прав и свобод, раскрываемого ЕСПЧ при применении Конвенции и Протоколов к ней⁴³.

Также заметим, что проблематика судебного контроля в аспекте судебной гарантии Конституции по-прежнему четко звучит в англосаксонском праве, в связи с чем в основном и реализуются «смешанные» (комбинированные) модели судебного контроля — при его дифференциации на установленные законами формы (*judicial statute review*), а также специально не предусмотренные (*judicial non-statute review*)⁴⁴: применительно к последнему делается акцент на отличии такого судебного контроля от присущего судам общей правовой традиции судебного толкования, поскольку в конечном счете такой контроль обладает «право-контрольными последствиями». Но этим соответствующий судебный контроль отличается от проблематики рассредоточенного контроля в европейском контексте — проявляясь на основании усмотрения суда при обращении к более общим и иерархически значимым правовым критериям оценки применимого права (по отношению к «специальному закону») при разрешении дела, он не влечет названных последствий, по значению выходя-

щих за рамки казуального судебного толкования⁴⁵.

Конституционно-рационалистические основы судебного контроля как средства правовой защиты. Постановкой вопроса о судебной гарантии Конституции, как показано выше, обозначается не только и не столько проблема контроля соответствия и соотнесения между собой форм права (следовательно, обеспечения верховенства национальной конституции), но и аксиологическая характеристика такого контроля, конституционная природа которой предопределяет его «распространительный эффект» в масштабе судебного правоприменения.

Соответственно, конституционно предусмотренная «общая рамка» применения судом правового регулирования и его контроля выглядит менее определенной (в нормативном отношении), но не менее методологически влиятельной. Этим обусловлена потребность развития специально-ограничительного подхода при определении (понимании) судебного контроля с целью обеспечения определенности границ осуществления судебной функции (в том числе на уровне судебных позиций⁴⁶). Важно, например, общее положение, установленное Конституционным Судом РФ, согласно которому право на судебную защиту, как оно сформулировано в ст. 46 Конституции РФ, не свидетельствует о возможности выбора гражданином по своему усмотре-

⁴³ См. постановление Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней».

⁴⁴ При этом реализация модели *judicial non-statute review* обосновывается обозначением на конституционной основе критериев естественного права (*natural justice*) и разумности (*rationality*). См.: *Elliot M. The Constitutional Foundations of Judicial Review*. Oxford; Portland, 2001.

⁴⁵ Соответственно, рассредоточенный судебный контроль только отчасти проявляет черты аналогичного института в общем праве, когда конституционное признание верховенства Конституции — уже достаточное основание для распространения на суды правомочий ее гарантирования и контроля обеспечения (названная доктрина была обозначена в известном деле *Marbury v. Madison*, U. S. Supreme Court, 1803).

⁴⁶ См., например, апелляционное определение Московского городского суда от 30 августа 2018 г. по делу № 33а-6254/2018.

нию способа и процедуры судебной защиты, особенности которых применительно к категориям дел определяются федеральными законами⁴⁷.

Несомненно, объем полномочий (определяемых и процедурами судебной защиты) обуславливает возможности, пределы судебной интерпретации. Судебные органы, нормативно наделенные судебным контрольной функцией (т. е. полномочиями проверки правовых актов), предполагаются обладающими большими возможностями обращения к различным приемам интерпретации нормативных актов, что не исключает их ценностно-целевое (телеологическое) толкование. Это вряд ли можно считать приемлемым в масштабе всей судебной деятельности, что имеет и философско-этическое обоснование: «чем уровень ниже, свобода является все более и более ограниченной: применение возрастает, свобода создания уменьшается»⁴⁸.

Между тем при учете того, что «осуществление судебного контроля... отличается от обычной судебной функции по применению права»⁴⁹, можно признать, что последнее в континентальной системе в случае отклонения судом от формального подхода (определенного строго буквальным толкованием специальной нормы) связывается или считается проистекающим из идеи судебного контроля. Вариант действовать «методологически иначе» (при обращении к канонам судебной интерпретации) появляется в практике судов при обозначении коллизий в применимом праве (правовом регулировании): их обнаружение обосновывает внимание к «дилемме усмотрения» (при наличии выбора из числа «правомер-

ных альтернатив»)⁵⁰, характеризующей на первый взгляд вполне нормоконтрольными вопросами⁵¹: в каких случаях применение нормы можно считать контролем ее реализации? Какова мера свободы судьи при обеспечении такого «контрольного» применения — может ли суд не применить норму, требующую применения, или истолковать ее в аспекте вышестоящей нормы? Или стоит в этом случае вести речь об обеспечении толкования применяемой нормы во взаимосвязи с другими нормами путем их согласования?⁵²

В целом такое нормоконтрольное усмотрение — лишь «вершина айсберга», показывающая, что специальными правовыми средствами (непосредственно относимых к делу законоположений) судебное правоприменение вряд ли исчерпывается. В действительности обознача-

⁵⁰ В частности, как следует из постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении», суды не могут и не должны чрезмерно обращаться к не специально-юридическим критериям оценки; только при установлении противоречий между нормами права, подлежащими применению при разрешении дела, судам необходимо учитывать разъяснения Пленума ВС РФ, данные в постановлениях «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» и «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», что может рассматриваться как исключение.

⁵¹ См.: Грачева С. А. Конституция в фокусе доктрин судебного контроля и правоприменения // 25 лет Конституции России: трансформация парадигмы права в цивилизационном развитии человечества: матер. Всерос. конф. с международным участием / под общ. ред. А. Н. Савенкова. М., 2019.

⁵² Заметим, что для системы общего права названные вопросы вряд ли актуальны хотя бы в силу «обычности» судебной интерпретации на основании ее классических канонов.

⁴⁷ См., например, определения от 24 ноября 2005 г. № 508-О, от 15 апреля 2008 г. № 314-О-О, от 20 декабря 2016 г. № 2802-О.

⁴⁸ Кельзен Г. Указ. соч.

⁴⁹ Cappelletti M. Op. cit. P. 1047.

ется конституционно важная проблема сочетания общего и специального (конкретного), поиска баланса между ними в правоприменении, поскольку, как известно, внутри «общей рамки... может быть найден ряд решений, и все они будут иметь юридически равную ценность и равное значение»⁵³ (соответственно, применение общего правового положения вряд ли можно полагать его «простой репродукцией»). Например, с этой «конституционной оптикой» связана идея, согласно которой ст. 46 Конституции РФ (во взаимосвязи с иными ее нормами) «позволяет прийти к выводу о том, что именно судебная власть наделяется Конституцией полномочиями (и обязанностью) по разрешению всех социальных и правовых споров, возникающих в обществе»; «суд не может отказать в судебной защите (рассмотрении дела) даже при обстоятельствах, когда, к примеру, законодатель не устанавливает порядка рассмотрения таких дел»⁵⁴.

Конституционно-юридическим основанием необходимости такого сочетания (различения) выступает выделение принципов права как отличных (несовпадающих) от собственно нормативных критериев, что является «откровением» конституционных текстов послевоенного периода (хотя степень, последовательность отражения в них данной проблематики различается), и в целом имеющих дуальное значение для осуществления небуквальной интерпретации. Помимо того, что «общеправовые принципы... предопределяют содержание конституционных прав человека», обуславливая ценностный вектор судебной интерпретации⁵⁵, они очевидно предполагают необходимость внимания в рамках правоприменения к интегративному (синтетическому)

анализу правового регулирования, учитывая их «общеобязательность... и приоритетность перед иными правовыми установлениями»⁵⁶, что позволяет их рассматривать «нормативными основаниями» обращения судов к общим правовым положениям (критериям правового регулирования)⁵⁷, содействующего рационализации судебной интерпретации.

В отечественном праве проблема судебного контроля в таком «интегративном» ключе, в том числе учитывающем контекст обращения к принципам права при судебной интерпретации, нашла отражение в дискурсе о прямом (непосредственном) применении Конституции РФ, оценка которого, по сути, демонстрировала развитие подходов к судебному контролю как средству защиты и гарантирования прав в его связи с существующей нормативно-централизованной моделью контроля.

Такая дискуссия условно характеризуется тремя этапами, каждый из которых предполагал разные ответы на вопросы: что стоит понимать под конституцией для целей судебного контроля (возможно ли ее рассмотрение в соотнесении ее фундаментальных положений с принципами права)? Какова основная направленность конституционного контроля в свете юрисдикции российского Конституционного Суда? Какие существуют условия (ограничения) расщепленного судебного контроля применения Конституции?

Так, до принятия Конституции РФ 1993 г. и Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде

⁵⁶ Постановление КС РФ от 27 января 1993 г. № 1-П.

⁵⁷ См., например: Зорькин В. Д. Проблемы законодательных пробелов (выступление 3 июня 2008 г., Вильнюс). URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=19>; Должиков А. В. Общие принципы права в эпоху конституционной идентичности (часть 1) // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 6. С. 2.

⁵³ Цит. по: Туманов В. А. Указ. соч. С. 188—189.

⁵⁴ Анишина В. И. Указ. соч. С. 3.

⁵⁵ См. постановление КС РФ от 27 января 1993 г. № 1-П.

Российской Федерации» был замечен акцент на верховенстве «надпозитивистских установок» (прежде всего предусмотренных Декларацией прав и свобод человека и гражданина 1991 г.) по отношению к любым законам (в том числе основному)⁵⁸. Контроль их соблюдения (применения) рассматривался не только Конституционным Судом (законодательно наделенным и правом контроля конституционности обыкновения правоприменительной практики), но и всеми общими судами⁵⁹. Примечательно, что на этапе обсуждения конституционных проектов звучали предложения о включении регулирования конституционного правосудия в специальный раздел «гарантии конституционности»⁶⁰.

С момента принятия названных конституционных документов Конституционный Суд РФ получил статус органа судебного конституционного контроля, реализующего свои полномочия только в рамках конституционно-нормоконтрольных процедур, что находило подтверждение в его позициях⁶¹. Непосредствен-

ное применение Конституции рассматривается одновременно с точки зрения обеспечения основной формы связанной с ней иерархии нормативных оценок и с позиции обоснования обращения к критерию защиты гарантированных Конституцией прав и свобод (что, справедливо признать, в конечном счете «значительно возвышает роль любого суда, возлагает на него особо важную задачу по защите Конституции»⁶²). На этой основе вопрос о рассредоточенном применении Конституции (его контроле), соответственно, получил неодинаковую правовую трактовку⁶³. При этом в системе судов общей юрисдикции такое применение вводилось с учетом «стоящего над законом права в широком его понимании» (включая как Конституцию, так и общепризнанные принципы международного права) и подхода, согласно которому не должно быть правовой ситуации, при которой «гражданин не мог бы в судебном порядке поставить вопрос об отмене... неконституционного нормативного акта»⁶⁴.

⁵⁸ Согласно Концепции судебной реформы РСФСР 1991 г. «установление верховенства Конституции РСФСР над обычными законами, а последних — над прочими нормативными актами, определение правил подчиненности нормативных актов при избрании нормы, обладающей преимущественной силой и подлежащей применению, не означает еще установления верховенства права» (постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. № 1801-1).

⁵⁹ Так, по Концепции судебной реформы РСФСР 1991 г. обозначалось помимо наличия у Конституционного Суда prerogative абстрактного конституционного контроля также правомочия осуществления конкретного конституционного контроля, но реализуемого и общими судами.

⁶⁰ Саратовский проект Конституции России / предисл. В. Т. Кабышева. М., 2006. URL: <https://constitution.garant.ru/files/962/proekt-konstituzii.pdf>.

⁶¹ См., например, определение КС РФ от 13 января 2000 г. № 6-О.

⁶² Хабриева Т. Я. Правовая охрана Конституции (извлечение) // Хабриева Т. Я. Избранные труды: в 10 т. Т. 2: Монографии. М., 2018. С. 123.

⁶³ См. постановление Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», постановление КС РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П. Подробнее см.: Жуйков В. М. Судебный контроль за нормативными актами // Служение праву: сб. ст./ под ред. Д. А. Туманова, М. В. Захаровой. М., 2017.

⁶⁴ См. постановление Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8; особое мнение судей КС РФ Н. В. Витрука, Г. А. Гаджиева к постановлению КС РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П. Также см.: Морщакова Т. Г. Судебное правоприменение в России: о должном и реальном. М., 2010; Жуйков В. М. Указ. соч.; Ковлер А. И. Конституция России как сравнительный проект (к истории создания Конституции Российской Федерации) // Жур-

Настоящий период (условно исчисляемый последним десятилетием) на первый взгляд можно соотносить с тем, что «функция судебного контроля за правовым содержанием закона... [реализуется] в основном в специальных процедурах нормоконтроля, где речь идет о проверке соответствия регулирования нормативным актам более высокого уровня»⁶⁵. Конституция РФ стала рассматриваться в большей степени с точки зрения обеспечения ее верховенства как основной формы в иерархии системы законодательства, а также необходимости наличия специальной конституционной компетенции на контроль ее применения⁶⁶, это обосновывается и тем, что к этому периоду во многом сложилось подробное законодательное регулирование (конкретизирующее конституционные нормы), требующее профессионального судебного внимания и развития техники применения. Между тем этим не исключено значение проблемы судебной гарантии Конституции, прежде всего как средства правовой защиты (соответственно, рассредоточенного конкретного судебного контроля) — «спрос» на что исходит также из практики нормоконтрольных структур, в первую очередь Конституционного Суда РФ, периодически указывающего на обращение судов к «формальному подходу» при при-

нал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 1.

⁶⁵ Морщакова Т. Г. Указ. соч. С. 34.

⁶⁶ Постановлением Пленума ВС РФ от 16 апреля 2013 г. № 9 были исключены общие положения о том, что суды при разбирательстве конкретных судебных дел должны руководствоваться Конституцией РФ. Также сокращен перечень случаев непосредственного применения Конституции РФ при разрешении судом дела (п. 2), в числе которых: когда суд придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции РФ, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции.

менении и толковании правовых норм⁶⁷.

Также немаловажна тенденция постановки вопроса о «достаточности эффективных средств судебного контроля» в связи с реформированием конституционно-судебного процесса (начиная с 2010 г.⁶⁸), в настоящее время получившая конституционное отражение с учетом поправки к Конституции РФ⁶⁹ об осуществлении Конституционным Судом РФ контроля в порядке конституционной жалобы, если исчерпаны все другие внутригосударственные средства судебной защиты (т. е. при соблюдении условия subsidiarности), свидетельствующая о необходимости этапности исчерпания средств правовой защиты до обращения в Конституционный Суд РФ, который «не может подменять иные, ординарные судебно-юрисдикционные средства защиты прав и свобод»⁷⁰. По меньшей мере названные

⁶⁷ В числе недавних решений см., например, постановление КС РФ от 14 января 2020 г. № 2-П.

⁶⁸ Изменения Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», внесенные Федеральным конституционным законом от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ, при сохранении положения, что граждане могут обращаться с конституционной жалобой, если закон применен в конкретном деле, но уже не в случае, если он подлежит применению (как предполагалось ранее, в том числе с учетом ч. 4 ст. 125 Конституции РФ), ввели «барьеры для доступа к конституционному правосудию частных лиц» (Дудко И. А., Кряжкова О. Н. Принцип subsidiarности конституционного судопроизводства в Российской Федерации // Российское правосудие. 2017. № 8).

⁶⁹ См. Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти».

⁷⁰ Мнение судьи Конституционного Суда РФ Н. С. Бондаря к определению КС РФ от 26 января 2017 г. № 203-О. Также см.: Дудко И. А., Кряжкова О. Н. Указ. соч.

изменения служат поводом для актуализации вопроса о судебном обращении к критериям конституционности в рамках обычного судебного применения правового регулирования (вне связи со специальной нормоконтрольной юрисдикцией).

Выводы. Проблема судебного контроля является многоплановой и вряд ли может быть исчерпана какой-либо одной трактовкой, что определено современными конституционными реалиями и тенденциями прежде всего в континентальном праве: когда его оценка не ограничивается нормоконтрольными процедурами (соответственно, вопросами компетенции, юридических последствий), а понимается шире с позиции «конституционного основания» судебного усмотрения (соответствующего масштаба судебной интерпретации и контроля). Немалое методологическое влияние оказывает и практика ЕСПЧ.

Цивилизационный вектор развития, очевидно, лежит в плоскости сочетания признаков различных форм судебного контроля, равно как и их концептуальных основ, однако в разной степени сбалансированных в конституционно-правовых системах⁷¹. Такое «сочетание» (на основе дифференциации) проявляется также и при развитии специализированных форм судебного контроля

(как в случае институционального развития конституционной, административной судебной-контрольной юрисдикций).

Вместе с тем усиление правового внимания к какой-либо одной трактовке судебного контроля может иметь «конституционные недостатки»: его излишняя централизация может повлечь утрату значения идеи конституционного равенства при обращении к конституционным нормам и принципам. Между тем рассредоточенный правоконтроль (на уровне признания его средством легитимации норм) может привести к утрате баланса в судебной системе с учетом нормоконтрольных процедур (компетенций) и, как следствие, судебскому позитивизму. В этом смысле проявленную в отечественном праве «нелинейность» в оценке роли суда при осуществлении судебного контроля, в разной степени характерную для многих правовых систем, можно считать нормальной данностью судебного правоприменения. В то же время достижение баланса в его оценках с позиции интегративного подхода, закладываемого конституционно, и его внедрение в судебную деятельность остается движущим (явно или неявно) вектором, в конечном счете проявляя дихотомию сущего и должного, имеющую собственное значение для качества судебного правоприменения.

⁷¹ См. также: *Cappelletti M.* Op. cit.

Библиографический список

- Cappelletti M. Judicial Review in Comparative Perspective // *California Law Review*. Vol. 58. October 1970. No. 5.
- Elliot M. *The Constitutional Foundations of Judicial Review*. Oxford; Portland, 2001.
- Анишина В. И. Полномочия судебной власти Российской Федерации: проблемы конституционно-правового регулирования // *Российский судья*. 2008. № 6.
- Антонов М. В. Об интегральной юриспруденции и энциклопедии правоведения // *Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? Проблемы изучения и преподавания* / отв. ред. В. Графский. М., 2013.
- Беседин Г. Е. Российский Habeas Corpus: 20 лет под пристальным взглядом Европейского суда по правам человека // *Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека (Russian Yearbook of the European Convention on Human Rights)*. 2019. Вып. 5: Россия и Европейская конвенция по правам человека: 20 лет вместе.
- Бондарь Н. С., Джагарян А. А. Правосудие: ориентация на Конституцию: монография. М., 2018.

Бурков А. Л. Акты судебного контроля как источник административного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2005.

Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права: монография. М., 2010.

Гаджиев Г. А. Непосредственное применение судами конституционных норм // Российская юстиция. 1995. № 12.

Графский В. Г. О непреодоленных трудностях в создании интегральной юриспруденции // Журнал российского права. 2017. № 7.

Грачева С. А. Конституция в фокусе доктрин судебного контроля и правоприменения // 25 лет Конституции России: трансформация парадигмы права в цивилизационном развитии человечества: матер. Всерос. конф. с международным участием / под общ. ред. А. Н. Саенкова. М., 2019.

Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. III. М., 1998.

Должиков А. В. Общие принципы права в эпоху конституционной идентичности (часть 1 // Журнал конституционного правосудия. 2019. № 6.

Дудко И. А., Кряжкова О. Н. Принцип субсидиарности конституционного судопроизводства в Российской Федерации // Российское правосудие. 2017. № 8.

Ершова В. В., Ершов В. В. Концепция интегративного правопонимания: сб. ст. М., 2019.

Жуйков В. М. Судебный контроль за нормативными актами // Служение праву: сб. ст. / под ред. Д. А. Туманова, М. В. Захаровой. М., 2017.

Зорькин В. Д. Проблемы законодательных пробелов (выступление 3 июня 2008 г., Вильнюс). URL: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=19>.

Ильин А. Об одной эвристической точке зрения, касающейся сходства прямого конституционного и административного судебного нормоконтроля // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 4.

Имплементация решений Европейского суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения: монография / под общ. ред. В. В. Лазарева. М., 2019.

Интернет-словарь (многоязычный) «Мультитран». URL: <https://www.multitran.com/m.exe?s=Justice&l1=1&l2=2>.

Кайзер М. Правовая защита и контроль (часть I) // Дайджест публичного права Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву. 2016. Вып. 5 (1).

Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция) // Право и политика. 2006. № 8, 9.

Ковалев М. А. Судебная власть — начало пути // Советское государство и право. 1991. № 10.

Ковлер А. И. Конституция России как сравнительный проект (к истории создания Конституции Российской Федерации) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 1.

Кондуров В. Е. Основания действительности правопорядка и проблема юстициальности «политического»: К. Шмитт о границах юстиции // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 5.

Кравец И. А. Судебное гарантирование конституции и президентский конституционализм // Юридические исследования. 2014. № 8.

Лазарев В. В. Интеграция права и имплементация интегративных подходов к праву в решении суда // Журнал российского права. 2017. № 7.

Лазарев В. В. Место и роль суда в правовой системе // Журнал российского права. 2014. № 10.

Лапаева В. В. Интегральное правопонимание в российской теории права: история и современность // Законодательство и экономика. 2008. № 5.

Лебедев В. М. От идеи судебного нормоконтроля к административному судопроизводству // Российская юстиция. 2000. № 9.

Лейст О. Э. Три концепции права. Содержание и критика основных концепций права // Советское государство и право. 1991. № 12.

Медушевский А. Кельзеновская модель конституционного правосудия и изменение конституций в странах Восточной Европы // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: сб. докладов. М., 1999.

Морщакова Т. Г. Судебное правоприменение в России: о должном и реальном. М., 2010.

Никитин С. В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе: монография. М., 2010.

Поляков С. Б. Самообеспечительная функция судебной власти // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 5.

Правосудие в современном мире: монография / под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. 2-е изд. М., 2017.

Студеникина М. С. Государственный контроль в сфере управления. Проблемы надведомственного контроля. М., 1974.

Судебная практика в современной правовой системе России: монография / под ред. Т. Я. Хабриевой, В. В. Лазарева. М., 2017.

Тарибо Е. В. Проблемы эволюционного развития российской модели судебного конституционного нормоконтроля: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019.

Туманов В. А. Избранное. М., 2010.

Хабриева Т. Я. Правовая охрана Конституции (извлечение) // Хабриева Т. Я. Избранные труды: в 10 т. Т. 2: Монографии. М., 2018.

Шайо А. Самоограничение власти. Краткий курс конституционализма / пер. с венг. А. П. Гуськовой, Б. В. Сотина. М., 2001.

Шустров Д. *Essentia constitutionis*: Конституция Российской Федерации в фокусе теорий конституции XX—XXI веков. Часть 1 // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 4 (119).

Яковлев В. Ф. Конституция Российской Федерации и судебная система современной России // Конституция Российской Федерации: к 25-летию принятия Основного закона: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель / ред. совет: В. В. Блажеев и др. М., 2018.

Judicial Review: A Means of Legal Protection or of Law-Making? (On the Issue of Constitutional Features of an Optimal Model)

S. A. Gracheva

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation,
Moscow 117218, Russian Federation

E-mail: sinobi_unit@mail.ru

DOI: 10.12737/jrl.2020.133

This work deals with the phenomenon of judicial review (control) as a judicial function. Its (ideas) evolution (largely under the influence of the convergence of legal systems) allows us to consider it in two ways. On the one hand, judicial review serves to ensure the hierarchical order of legal regulation (more embodying its normative perspective). In this sense, its spreading assessment (beyond the envisaged powers to judicially challenge legal acts of various levels) is associated with the risks of judicial activism and legal making, which are historically stem from the continental legal tradition. On the other hand, the named judicial function can be identified with attention to it as an important component of judicial guarantee and protection of rights and freedoms (as a legal remedy). However, the acceptance of this aspect of judicial review, despite the obvious recognition of such goal-setting (including those on the example of domestic experience), is associated with the difficulties of its "formalization" (by criteria, objects of legal assessment) and, accordingly, procedural (methodological) support. Such a dual approach to judicial review is largely determined by a comprehensive view of the problem of the judicial guarantee of the Constitution (the role of the court in ensuring the constitutionality of regulation), which is also manifested primarily from the position of its social (or natural-legal) interpretation. In this sense, the basis for judicial review are constitutionally provided approaches that have become a consequence of the "continental" development of integrative ideas about law (legal thinking), revealing the possibilities of combining the concepts of law, its instrumental enrichment. In this respect, the

constitutionally significant (promising) model of judicial review receives universalization, first of all, due to its enrichment with general legal principles (recognized ideas of law), which have found constitutional recognition in varying degrees of concretization, consistency, and, in general, understood as a "normative basis" courts referring to general legal provisions (as criteria of legal regulation). On this general legal basis, the topic of direct application of the Constitution of the Russian Federation by the courts is being developed. Its development stages show attention to judicial review from the standpoint of exercising normative control (review over compliance with the priority norm) in relation to the idea of human rights as an object of judicial protection. Furthermore, the practice of the European Court of Human Right is a factor of methodological attention to the latter, which proposes a model of judicial review as a means of legal protection in the Council of Europe order.

Keywords: justice, judicial control, integrative (synthetic) approach, constitutional legitimation, application of general principles (values) of law, legal remedy, judicial discretion.

For citation: Gracheva S. A. Judicial Review: A Means of Legal Protection or of Law-Making? (On the Issue of Constitutional Features of an Optimal Model). *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2020, no. 11, pp. 58—77. (In Russ.) DOI: 10.12737/jrl.2020.133

References

- Anishina V. I. Polnomochiya sudebnoy vlasti Rossiyskoy Federatsii: problemy konstitutsionno-pravovogo regulirovaniya. *Rossiyskiy sud'ya*, 2008, no. 6, pp. 3—6.
- Antonov M. V. Ob integral'noy yurisprudentsii i entsiklopedii pravovedeniya. *Entsiklopediya pravovedeniya ili integral'naya yurisprudentsiya? Problemy izucheniya i prepodavaniya*. Ed. by V. Grafskiy. Moscow, 2013, pp. 89—98.
- Besedin G. E. Rossiyskiy Habeas Corpus: 20 let pod pristal'nym vzglyadom Evropeyskogo suda po pravam cheloveka. *Rossiyskiy ezhegodnik Evropeyskoy konventsii po pravam cheloveka (Russian Yearbook of the European Convention on Human Rights)*. 2019. Iss. 5: Rossiya i Evropeyskaya konventsiya po pravam cheloveka: 20 let vmeste. Pp. 474—482.
- Bondar' N. S., Dzhagaryan A. A. Justice: Constitutional orientation. Moscow, 2018. 224 p. (In Russ.)
- Burkov A. L. Akty sudebnogo kontrolya kak istochnik administrativnogo prava. Cand. diss. thesis. Tyumen', 2005. 24 p.
- Cappelletti M. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review*, October 1970, vol. 58, no. 5, pp. 1017—1053.
- Court Practice in the Modern Legal System of Russia. Ed. by T. Y. Khabrieva, V. V. Lazarev. Moscow, 2017. 432 p. (In Russ.)
- Dal' V. I. The Explanatory Dictionary of the Living Great Russian Language. Vol. III. Moscow, 1998. (In Russ.)
- Dolzhikov A. V. General principles of law in the age of constitutional identity (part 1). *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, 2019, no. 6, pp. 1—16. (In Russ.)
- Dudko I. A., Kryazhkova O. N. Principle of Subsidiarity of Constitutional Proceedings in the Russian Federation. *Rossiyskoe pravosudie*, 2017, no. 8, pp. 46—59. (In Russ.)
- Elliot M. The Constitutional Foundations of Judicial Review. Oxford; Portland, 2001. 296 p.
- Ershova V. V., Ershov V. V. Kontseptsiya integrativnogo pravoponimaniya. Moscow, 2019. 68 p.
- Gadzhiev G. A. Neposredstvennoe primenenie sudami konstitutsionnykh norm. *Rossiyskaya yustitsiya*, 1995, no. 12, pp. 24—27.
- Gracheva S. A. Konstitutsiya v fokuse doktrin sudebnogo kontrolya i pravoprimereniya. *25 let Konstitutsii Rossii: transformatsiya paradigmy prava v tsivilizatsionnom razvitii chelovechestva: materialy Vserossiyskoy konferentsii s mezhdunarodnym uchastiem*. Ed. by A. N. Savenkov. Moscow, 2019. Pp. 85—90.
- Grafsky V. G. On Unsolved Difficulties in Establishing an Integral Jurisprudence. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2017, no. 7, pp. 19—24. (In Russ.) DOI: 10.12737/article_59522f979f8b31.80897699
- Il'in A. On a heuristic viewpoint concerning the similarity of direct constitutional and administrative judicial compliance assessment. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, 2019, no. 4, pp. 35—55. (In Russ.)

Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights in the Russian Legal System: concepts, legal approaches and practice. Ed. by V. V. Lazarev. Moscow, 2019. 416 p. (In Russ.)

Justice in the Modern World. Ed. by V. M. Lebedev, T. Y. Khabrieva. 2nd ed. Moscow, 2017. 784 p. (In Russ.)

Kayzer M. Legal protection and control (part I). *Digest for International Law of Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, 2016, iss. 5 (1), pp. 87—103. (In Russ.)

Kel'zen G. Sudebnaya garantiya konstitutsii (konstitutsionnaya yustitsiya). *Pravo i politika*, 2006, no. 8, 9.

Khabrieva T. Y. Legal protection of the Constitution (Extractions) In Khabrieva T. Y. *Selected Works*. Vol. 2: Monographs. Moscow, 2018. Pp. 121—180. (In Russ.)

Kondurov V. E. The Foundations of the Validity of Legal Order and the Problem of the Justiciability of the "Political": C. Schmitt on the Limits of Justice. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN*, 2018, vol. 13, no. 5, pp. 63—91. (In Russ.)

Kovalev M. A. Sudebnaya vlast' — nachalo puti. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1991, no. 10, pp. 139—146.

Kovler A. I. Constitution of Russia as a Comparative Project (Historical Background of the Drafting of the Constitution of the Russian Federation 1993). *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* = *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 2019, no. 1, pp. 8—14. (In Russ.) DOI: 10.12737/art.2019.1.1

Kravets I. A. Judicial guarantees of the constitution and presidential constitutionalism. *Yuridicheskie issledovaniya*, 2014, no. 8, pp. 1—35. (In Russ.)

Lapaeva V. V. Integral'noe pravoponimanie v rossiyskoy teorii prava: istoriya i sovremennost'. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, 2008, no. 5.

Lazarev V. V. Integration of Law and the Implementation of Integrative Approaches to Law in a Court Decision. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2017, no. 7, pp. 5—18. (In Russ.) DOI: 10.12737/article_59522f9788ffe2.03969891

Lazarev V. V. The Place and Role of Court in Legal System. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2014, no. 10, pp. 17—30. (In Russ.) DOI: 10.12737/5771

Lebedev V. M. Ot idei sudebnogo normokontrolya k administrativnomu sudoproizvodstvu. *Rossiyskaya yustitsiya*, 2000, no. 9.

Leyst O. E. Tri kontseptsii prava. Soderzhanie i kritika osnovnykh kontseptsiy prava. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1991, no. 12, pp. 3—11.

Medushevskiy A. Kel'zenovskaya model' konstitutsionnogo pravosudiya i izmenenie konstitutsiy v stranakh Vostochnoy Evropy. *Konstitutsionnoe pravosudie v postkommunisticheskikh stranakh*. Moscow, 1999, pp. 13—41.

Morshchakova T. G. Judicial enforcement in Russia: on the proper and real. Moscow, 2010. 312 p. (In Russ.)

Multitran Dictionary (Multilingual). Available at: <https://www.multitran.com/m.exe?s=Justice&l1=1&l2=2>.

Nikitin S. V. Judicial Control over Regulatory Legal Acts in Civil and Arbitration Procedure. Moscow, 2010. 294 p. (In Russ.)

Polyakov S. B. The self-security function of the judicial power. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*, 2018, no. 5, pp. 3—9. (In Russ.)

Shayo A. Self-restraint of power (a short course of constitutionalism). Translated by A. P. Gus'kova, B. V. Sotin. Moscow, 2001. 292 p. (In Russ.)

Shustrov D. Essentia constitutions: The Constitution of the Russian Federation in the focus of constitutional theories of the 20th and 21st centuries. Part 1. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, 2017, no. 4 (119). Pp. 124—141. (In Russ.)

Studenikina M. S. Gosudarstvennoy kontrol' v sfere upravleniya. Problemy nadvedomstvennogo kontrolya. Moscow, 1974. 160 p.

Taribo E. V. Problemy evolyutsionnogo razvitiya rossiyskoy modeli sudebnogo konstitutsionnogo normokontrolya. Dr. diss. Moscow, 2019. 522 p.

Tumanov V. A. Favorites. Moscow, 2010. 736 p. (In Russ.)

Varlamova N. V. Tipologiya pravoponimaniya i sovremennye tendentsii razvitiya teorii prava. Moscow, 2010. Pp. 80—116.

Yakovlev V. F. Konstitutsiya Rossiyskoy Federatsii i sudebnaya sistema sovremennoy Rossii. *Konstitutsiya Rossiyskoy Federatsii: k 25-letiyu prinyatiya Osnovnogo zakona: Tekst. Kommentarii. Alfavitno-predmetnyy ukazatel'*. Ed. by V. V. Blazheev et al. Moscow, 2018. Pp. 108—126.

Zhuykov V. M. Sudebnyy kontrol' za normativnymi aktami. *Sluzhenie pravu*. Ed. by D. A. Tumanov, M. V. Zakharova. Moscow, 2017. Pp. 403—422.

Zor'kin V. D. Problemy zakonodatel'nykh probelov (vystuplenie 3 June 2008, Vil'nyus). Available at: <http://www.ksrf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=19>.