

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
«ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ»
Санкт-Петербургский филиал



Юрфакты

Электронный журнал
юридического факультета

Тема номера:
«Источники права:
актуальные вопросы
теории, истории и практики»

№ 1

2011 год

Санкт-Петербург

СОДЕРЖАНИЕ

От редакции	2
Вопросы теории	
<i>Ескина Л.Б.</i> Российская конституция в XXI веке	3
<i>Сивицкий В.А.</i> Теоретическая модель единого нормативного правового (многоступенчатого) акта как способа конкретизации норм силы закона	7
<i>Четвернин В.А., Юрко Г.Б.</i> Судебные источники права	19
Вопросы истории	
<i>Алексеева Т.А.</i> Принципы Конституции Испании 1869 г.	55
<i>Волков А.К.</i> Конституционные акты Второй империи во Франции (1852–1870 гг.)	68
<i>Почакаев Р.Ю.</i> Золотоордынские ярлыки русской церкви как пример правоотношений светской и духовной власти на государственном и надгосударственном уровне	81
<i>Соломонова С.А.</i> Федеральная конституция Швейцарии 1848 г.	85
Вопросы практики	
<i>Ескина Л.Б.</i> О предмете регулирования, функциях и совершенствовании конституции (устава) субъекта Российской Федерации	89
<i>Нефедов Д.В.</i> Теория и практика комплексности хозяйственного права	99
<i>Эксархопуло А.А.</i> Криминалистическое исследование подлогов документов в гражданском и арбитражном процессе: история и современные проблемы	102
Избранные доклады научно-теоретической студенческой конференции «Источники права в контексте исторического и компаративистского анализа»	
<i>Березинская Е.С.</i> Законодательство Италии о гражданстве в XX веке: социально-юридические предпосылки	108
<i>Ворсин Д.В.</i> Источники (формы) права в славянской правовой системе	111
<i>Каминский Р.Е.</i> Полный Свод Статутов Казимира Великого: преемственность раннего польского законодательства и заимствования из права европейских стран	114
<i>Патрикеева Е.А.</i> Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789 года и реализация ее идей в Конституциях 1789-1795 гг.	118
<i>Полякова Е.С.</i> Конституции в системе источников римского права	123
<i>Антонов М.В., Почакаев Р.Ю.</i> Актуальные проблемы источников права – глазами молодых юристов (о научно-теоретической студенческой конференции «Источники права в контексте исторического и компаративистского анализа»)	125
Фоторепортаж с конференции	126

Уважаемые читатели!

Предлагаем Вашему вниманию очередной номер электронного журнала юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Сбор материалов для этого номера совпал с подготовкой и проведением в нашем вузе научно-теоретической студенческой конференции «Источники права в контексте исторического и компаративистского анализа», поэтому было принято решение соотнести тематику номера с темой конференции. Соответственно, большинство материалов номера посвящены различным аспектам изучения источников права – теоретическим, историческим, практическим.

Как и в предыдущий номер, в настоящий вошли работы ученых, преподавателей Санкт-Петербургского филиала НИУ ВШЭ, которые ранее были опубликованы в специальных журналах и малотиражных тематических сборниках. Надеемся, наш электронный журнал позволит ознакомиться с ними более широкому кругу читателей. Также в номере представлены работы будущих специалистов – студентов, участников конференции «Источники права», чьи доклады по итогам конференции были признаны лучшими.

Мы и в дальнейшем планируем делать выпуски журнала тематическими, приурочивая их к определенным событиям, значимым как для нашего вуза, так и для юридической науки в целом. Надеемся, что наши авторы продолжат сотрудничество с «ЮрФактами», а читатели будут с интересом знакомиться с материалами и, возможно, сами захотят принять участие в подготовке следующих номеров журнала.

Редакционная коллегия

Российская конституция в XXI веке**

Два десятилетия назад, 1 декабря 1988 г. в Конституцию СССР – ведущего в тот период государства так называемого социалистического лагеря, были внесены изменения существенного характера: введен институт конституционного надзора, альтернативные выборы и др. Данное событие стало отправной точкой конституционной реформы, старт которой дала IXX Всесоюзная партийная конференция в 1987 г. Этот конституционный марафон, интенсивный и динамичный по своему характеру, но вряд ли продуманный и системный, должен был оформить на официальном юридическом уровне результаты масштабных сдвигов на советском, а впоследствии и постсоветском пространстве. Всего через пять лет, 12 декабря 1993 г. российское общество, оказавшись к тому времени под юрисдикцией уже другого государства, провозгласило новую Конституцию, действующую и в настоящий момент. Таким образом, декабрь 2008 г. дважды юбилейный месяц для отечественного конституционного права. Вообще, декабрь можно назвать «месяцем национального и международного конституционного права», поскольку помимо указанных юбилейных дат именно в декабре появились так называемая сталинская конституция (5 декабря 1936 г.), Декларация прав человека и гражданина (11 декабря 1948 г.), Хельсинские международные пакты о правах (декабрь 1966 г.).

Конституционное развитие России достаточно динамично и в настоящее время. Такая динамика определяется, с одной стороны, адаптацией реальных общественных отношений к официальной модели Конституции РФ от 12 декабря 1993 г., с другой – движением российского общества к стандартам современного международного права, в-третьих, влиянием глобальных изменений, происходящих в современном мире. Попытаемся раскрыть направленность

воздействия указанных факторов немного подробнее.

1. Формальная модель главного закона России создавалась в условиях отторжения перегибов и крайностей в политическом и правовом развитии советского периода, без должного критического сравнительного анализа советской и западной моделей. Тем не менее XX век стал не только периодом апробации социалистической модели государственности, но и конвергенции двух типов конституционализма и выработки на этой базе оптимальной модели, иногда называемой «социально инструментальной демократической» или «либерально-социальной».¹

Конституция РФ 1993 г. максимально ограничила вмешательство государства во все сферы общественной жизни, вобрав в себя основные параметры либеральной конституции (ст.ст. 1,2,3,8,9,10,12,13,14 и др.). И хотя в ней нашли отражение и социально-экономические права личности, и принцип социального государства, действующая формальная Конституция недостаточно учла «положительные наработки» советского периода, а также особенности российского общества (в том числе национальные и исторические). Это и определило некий зигзагообразный рисунок развития конституционного и иного отраслевого законодательства, а также конституционной политики российского государства в последние двадцать лет.

¹ Хабриева Т.Я., Чиркин В.Е. Теория современной конституции. М. 2005.С. 31-33, 141.

Так, первое десятилетие конституционных реформ шло под знаком отрицания тоталитарных государственных институтов, формально прикрытых официальной конституционной формой. Это были и конституированная монополия Коммунистической партии, государственной собственности, идеологии, и непризнание прав человека, институт лишения гражданства, безальтернативное голосование при формировании органов власти, унитаризм принятия решений в федеративном государстве и др.

Однако, формальная отмена устоявшихся политических и юридических институтов и введение западных аналогов, конституированных в декабре 1993 г., вызвали вполне ожидаемые проблемы: резкие изменения в обществе, без механизма социальной преемственности всегда вызывают эффект подобный взрыву или землетрясению. Новые механизмы не справлялись с «цепной реакцией» проблем и не приводили к ожидаемым результатам. К тому же общественное сознание в России, как и национальные стереотипы поведения плохо совмещались с такими принципами, как ответственность граждан за принятие решения в общественно-политической сфере, разделение властей, конституционная законность, судебная защита прав.

Развал экономики, стремительное расслоение общества, сопровождающееся обнищанием значительной части населения, ростом апатии, иждивенческих настроений, конституционного скептицизма и нигилизма, отнюдь не повышали гражданскую активность. Государство теряло авторитет и контроль за общественными процессами. Такие факторы как раз предопределили в последующем политику централизации и усиления власти, имеющую традиционно в России реальную легитимность и прочные исторические корни.

Несмотря на масштабные преобразования, по официальной версии направленные на демократизацию общества и государства, большинство населения (причем это просматривается по всем его слоям) приветствует усиление власти главы государства, меры по централизации федерации, безразлично к ослаблению роли парламента и его самостоятельности; терпит фиаско судебная реформа и борьба с коррупци-

ей. Конституционализм в России опять приобретает авторитарно-административный характер: ситуация отчасти возвращается назад в советское и даже более раннее прошлое, и это обусловлено объективными факторами: большинство населения – не частные собственники, они нуждаются в государстве – патерналисте и благодетеле. Рядовой россиянин продолжает надеяться не на себя, а на государство, а поэтому прощает последнему коррупцию и иную не правовую деятельность; ценность конституции снова не приобретает реальных очертаний для народа. К сожалению, Россия плохо адаптируется к либеральным ценностям. Пореформенные десятилетия дают почву для вывода о том, что Россия не встанет полностью на европейский путь государственно-правового развития, следовательно, современная наука могла бы направить свои усилия и на обоснование и разработку иного, более органичного для российской специфики альтернативного пути.

2. С другой стороны, самобытность российской конституционной традиции не абсолютна. Реформы конца XX века привели к одному весьма существенному сдвигу: распаду последней и одной из крупнейших в современной истории империй (СССР) и как следствие - существенному расширению открытости и прозрачности мирового пространства, в котором находится Россия. Появились более благоприятные условия для ускорения и расширения процессов конвергенции национальных систем, и это не могло не отразиться на правовой сфере вообще и российской в целом. Мировое сообщество осознает себя как отдельный социальный и правовой субъект, а международное право становится механизмом и фактором обеспечения общесоциальной безопасности, развития и унификации права вообще на базе гуманитарного права, предмет которого во многом совпадает с предметом конституционного. В этих условиях

внешне-правовой фактор «работает» и будет работать на вращение правовой системы России в международно-правовую систему, ускоряя трансформацию и отмирание неперспективных национальных правовых институтов. Главным проводником этого процесса служит конституционное право. Так, именно международно-правовой фактор (вступление в Совет Европы) ускорило введение в отечественный конституционный механизм института уполномоченного по правам человека, суда присяжных, моратория на смертную казнь, перевода пенитенциарной системы в подчинение гражданскому ведомству и др. Не малое влияние на правосознание россиян, а также судебную систему оказывает распространение юрисдикции Европейского Суда по правам человека и других международных судов на граждан России. Нормы современной российской Конституции о связанности отечественного права международным выступают не только фактором развития конституционного права России, но и механизмом внешнего (надгосударственного) сдерживания неправомερных действий российского чиновника и государства в целом.

3. Динамика социальных процессов на переходе в XX век существенно меняет облик мира, ценностные ориентиры, шкалу приоритетных проблем. Это не может ни сказаться на отношениях в сфере публичной власти, а значит на всех элементах конституционного механизма. Так, в условиях противостояния двух социальных систем проблема государственной безопасности, была гипертрафирована советским государством так, что целая глава в Конституции СССР 1924 г. была посвящена ОГПУ, а понятие «враг народа» вошло в текст Конституции СССР 1936 г. В современной России приоритетное значение приобретает проблема социальной безопасности (см. Закон РФ «О безопасности» от 5 марта 1999 г.).

Активизация миграционных процессов на постсоветском пространстве привнесла в нашу правовую систему ранее вообще отсутствовавший элемент - миграционное законодательство. Распад СССР актуализировал проблему сецессии, как в федеративном, так и в унитарном государстве. Осознание глобальных про-

блем и создание для их решения региональных и иных международных структур придало реальные очертания идее надгосударственной конституции. Все это требует научного комментария, а может быть и трансформации классических общепризнанных конституционных доктринальных схем, их пересмотра. Требуется ревизии, например, теория государственного суверенитета, территориальной организации власти и др. В корректировке, а может быть, пересмотре нуждается классическое учение о системе права а именно, делении его на отрасли: зашли в тупик попытки выявить особый метод конституционно-правового регулирования; еще более далеки современные конституционалисты от единства в определении предмета и границ конституционно-правового регулирования.

На наш взгляд, такая ситуация симптоматична; она в определенном смысле указывает на то, что современное конституционно-правовое регулирование находится на перепутье. Оно может трансформироваться в мегаинститут правового оформления публичной власти в обществе на всех уровнях ее функционирования: надгосударственном, государственном, региональном, локальном и других, с закреплением единой для человечества социальной заданности этой власти. С другой стороны, существует и другой вариант: расширение предмета (все основные виды общественных отношений) с изменением объекта конституционного регулирования (общество в целом) в рамках национальных государственно-правовых систем с усилением программного характера такого регулирования. Первый вариант оставляет конституционное регулирование в рамках юридического, усиливая его общеобязательность, второй – превращает его в вариант социального программирования, сближая с долгосрочным национальным планированием. Современному конституционализму в оп-

ределенной степени присуще и то, и другое.

В каком направлении будет развиваться конституционная практика в этом столетии, покажет время. Тем ни менее идея конституционализма, по нашему мнению, себя не исчерпала.

Ее ценность состоит в правовом оформлении связей между важнейшими социальными субъектами с целью стабильного и безопасного существования и развития самой социальности.

* Ескина Людмила Борисовна – доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и административного права Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Статья опубликована в издании: 15 лет Конституции Российской Федерации: Проблемы теории и практики: Материалы всероссийской научно-практической конференции, 27-28 ноября 2008 г. Махачкала. 2009. С. 349-354.

Теоретическая модель единого нормативного правового (многоступенчатого) акта как способа конкретизации норм силы закона**

Прежде, чем рассмотреть теоретическую модель единого нормативного правового акта, необходимо подчеркнуть следующее: это именно теоретическая модель, реализуемость которой на практике в представленном виде вызывает большие сомнения, несмотря на определенные ее преимущества. Поэтому цель настоящей статьи – не внести конкретные предложения по совершенствованию нормотворчества, а дать определенный импульс дискуссии о возможности объединения норм разной юридической силы в одном нормативном акте в массовом порядке (в качестве особого случая это уже сделано в Конституции Российской Федерации, нормы Главы 1 которой имеют большую юридическую силу по сравнению с другими ее нормами). При этом некая «фантастичность» данной схемы распространяется и на организационное обеспечение соответствующей работы, и на форму представления материала. Если сказать образно, речь идет о создании некоего «концепт-кара» (в том числе с использованием применяемых в настоящее время «деталей»), который если и не пойдет «в серию», то может послужить работе над серийными моделями.

Хотелось бы предвосхитить одно замечание – что конструкцией единого нормативного (многоступенчатого) акта размывается высшая юридическая сила закона. Это действительно так, и делается это в каком-то смысле целенаправленно.

Граждане, не искушенные в юридических вопросах, нередко говорят «есть закон», «приняли закон» о любом нормативном правовом акте, а вся система нормативных правовых актов нередко, причем даже в научных работах, обозначается термином «законодательство», производным от слова «закон». В общественном сознании понятие «закон» часто воплоща-

ет в себе право в целом. Тем не менее, нормативные правовые акты, именуемые законами, это только часть всей системы нормативных правовых актов. Традиционно закон, обобщая различные определения, определяется как принятый в особо установленном порядке законодательным органом государственной власти или непосредственно населением нормативный правовой акт первичного характера, регулирующий наиболее важные отношения в обществе и обладающий высшей юридической силой.

Но тем не менее, высшей юридической силой обладает Конституция Российской Федерации. Отметим, что она формально даже не названа основным законом (в отличие от предыдущих российских конституций). Согласно части 1 статьи 15 Конституции Конституция имеет высшую юридическую силу. Согласно части 1 статьи 15 законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации. Но при этом не сказано про высшую юридическую силу закона, хотя согласно части 2 статьи 15 Конституции органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы. Согласно части 2 статьи 120 Конституции «суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом». Но это не столько проявление высшей юридической силы закона, сколько абсолютно прагматичное установление иерархичности. Что касается того обстоятельства, что согласно части 2 статьи 4 Конституции Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют

верховенство на всей территории Российской Федерации, то свойство «верховенства» здесь скорее имеет в виду не непосредственно нормативную иерархию, а политическое и правовое верховенство Федерации на всей своей территории.

Все иные законы находятся на более низких ступенях иерархии нормативных правовых актов по сравнению с конституцией. При этом в иерархию источников права между ними «вклиниваются» международные договоры. Как соотносятся законы с международными договорами? В разных странах проблема решается по-разному. Например, в ФРГ (статья 25 Конституции) и в Болгарии (часть 4 статьи 5 Конституции) прямо закреплен приоритет международного права перед внутренним. В Италии формулировка более расплывчатая: согласно части первой статьи 10 Конституции «правовой порядок Италии согласуется с общепризнанными нормами международного права». В США законы и международные договоры признаны имеющими равную юридическую силу. Согласно части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации международные договоры имеют приоритет над законами.

По юридической силе и важности регулируемых отношений законы одного уровня власти нередко разделяют на два вида: обычные законы и законы особого рода. Законами особого рода являются те законы, которые имеют приоритет над обычными законами и, как правило, принимаются в предусмотренных Конституцией случаях и в особом порядке. Это: конституционные законы в Италии, органические (устанавливающие статус, порядок формирования и деятельности государственных органов) законы во Франции, дополнительные (дополняющие Конституцию) законы в Бразилии и т.д. При этом в Российской Федерации среди законов, принимаемых на уровне федерации (федеральных законов) выделяются федеральные конституционные законы. Юридическая сила федеральных конституционных законов такова, что иные федеральные законы не могут им

противоречить (часть 3 статьи 76 Конституции).

Самая многочисленная группа законов - обычные законы. В России на федеральном уровне это и есть федеральные законы. Федеральный закон – это типичный закон, он не имеет каких-либо особых признаков. При этом получается, что в иерархии источников права он оказывается на четвертом месте – даже не входит в «тройку призеров». После этого утверждение о его высшей юридической силе звучит несколько странно.

Первичный характера закона, как принято считать, состоит в том, что устанавливаемые им нормы, носят как правило, «исходный» характер для дальнейшего, подзаконного, правового регулирования. Появление нового закона вносит изменения в систему источников права, может определять направление других изменений в ней. Вслед за принятием закона обычно следует принятие конкретизирующих его правовых актов органов исполнительной власти — Правительства и соответствующих ведомств. Подзаконные нормативные правовые акты, действовавшие до принятия закона, либо официально отменяются, заменяясь новыми, либо корректируются в соответствии с законом, либо фактически утрачивают силу в противоречащей закону части. Некоторые законы сами предусматривают их конкретизацию нормативными правовыми актами.

Свойство первичности, однако, в первую очередь относится к нормам Конституции, хотя и в обычном законе значительно чаще, чем в подзаконном правовом акте, можно встретить нормы-принципы, нормы-цели, реализация или достижение которых невозможны без норм иных актов. Другие нормы закона также чаще, чем нормы подзаконных нормативных правовых актов, подлежат конкретизации.

Что касается утверждения о том, что законами должны регулироваться наиболее важные общественные отношения, то эта черта закона расплывчата и не имеет точного содержания. Действительно, важность общественных отношений — ха-

рактика оценочная. Представление о важности тех или иных общественных отношений со временем может меняться. Тем не менее, в силу сложности самого законодательного процесса можно предположить, что если законодатель, несмотря на эту сложность, берется регулировать общественные отношения, значит, он считает их важными. Существует ряд общественных отношений, всегда находящихся в сфере законодательного регулирования: основные права и обязанности человека и гражданина, система и статус высших органов государственной власти, уголовная ответственность и порядок привлечения к ней и т. д.

Предмет регулирования федеральных законов Конституцией четко не определен. Выявление предметов законодательного регулирования основано на отсылающих к законам нормах Конституции и заложенных в ней общих принципах правового регулирования. Например, в части 2 статьи 59 Конституции предусмотрено, что военную службу граждан Российской Федерации несет в соответствии с федеральным законом. Уголовная ответственность и уголовный процесс по своей сути связаны с ограничением прав граждан, а поскольку в части 3 статьи 55 Конституции установлен принцип, согласно которому ограничение прав граждан возможно только федеральным законом, уголовные и уголовно-процессуальные отношения должны регулироваться исключительно законодательными актами.¹ Таким образом, федеральный законодатель может определить, что должен регулировать только он, причем данный перечень не препятствует ему в регулировании общественных отношений, не поименованных среди предметов исключительно законодательного регулирования.

Мировой практике известна и другая конструкция. Например, Конституция Франции определяет перечень вопросов,

¹ О пределах регулирования законом см. подробнее: Поленина С.В. Законотворчество в Российской Федерации. М., 1996. С. 22-28.

регулируемых законами (статья 34), который не позволяет французскому парламенту выходить при законотворчестве за его пределы. В Конституции Российской Федерации, как известно, ни такого перечня, ни подобного ограничения не содержится. Сам законодатель вряд ли установит пределы своих полномочий, поэтому сейчас в Российской Федерации единственным ограничителем компетенции законодателя выступает принцип разделения властей (статья 10 Конституции), который (при еще не сложившейся практике) не дает четкого представления о возможных пределах регулирования тех или иных отношений законом. Критерием определения сферы законодательного регулирования в смысле ее ограничения могут стать решения Конституционного Суда Российской Федерации, имеющего полномочие признавать то или иное положение закона неконституционным, в том числе с точки зрения разделения властей.

Сами законы могут конкретизироваться подзаконными актами, разумеется, не только при наличии в них соответствующего предписания, но и в любом случае, когда орган государственной власти, управомоченный принимать подзаконные акты, считает такое конкретизирующее регулирование необходимым (если, разумеется, нет прямого запрета на регулирование тех или иных отношений подзаконными актами или такой запрет не следует из самого характера общественных отношений). Допустимость такой конкретизации без специального указания закона должна определяться применительно к конкретной ситуации с учетом предмета закона и его места среди других законов, а также исходя из потребностей правоприменения. С одной стороны, можно признать, что конкретизация положений законов подзаконными актами в значительной степени гарантирует удобство пользования системой нормативных правовых актов. С другой стороны, если какой-либо уже принятый закон может действовать без конкретизации в подзаконных актах, он должен применяться непосредственно.

Ряд изданных в Российской Федерации законов имеет «необычный» предмет правового регулирования (например, федеральные законы «О племенном животноводстве», «О мелиорации земель»). В ряде случаев может возникнуть сомнение в целесообразности регулирования соответствующих отношений законами. Однако, как представляется, подобное расширение сферы законодательного регулирования свидетельствует об увеличении роли закона и в целом может рассматриваться как положительное явление. Но полностью исключить конкретизацию законов вряд ли удастся, да к этому и не стоит стремиться.

Итак, закон занимает ключевое место в системе нормативных правовых актов Российской Федерации. Роль Конституции как основного закона в этой системе и вообще в жизни общества и государства очевидна. Нормы закона в узком смысле (федерального закона) не такие принципообразующие, как нормы Конституции, они более «живые», более доступные для конкретного правоприменителя. Закон решает конкретные вопросы, возникающие на практике. При этом нормы закона отличаются относительной стабильностью по сравнению с нормами подзаконных актов. Таким образом, законы можно назвать «основными нормативными правовыми актами», причем в какой то степени даже «усредненными» по своему статусу. Но при этом нет оснований говорить об их высшей юридической силе, первичности. Более того, чем более «обычной», усредненной видится роль закона в правовом регулировании, тем больше шансов, что законом будет обеспечено конкретное нормативное регулирование, которое может быть реализовано субъектами правоотношений без опосредования подзаконными актами. Это и повышает ответственность разработчиков за текст закона.

Здесь также необходимо оговорить разницу между создаваемыми во Франции «кодексами», которые представляют собой по форме и содержанию скорее систематизированные сборники нормативных актов

различного уровня, нежели кодексы в их традиционном понимании², и едиными нормативными актами в предлагаемом в настоящей работе смысле. «Кодификация» в применяемом во Франции смысле не предполагает пересмотра законодательства: если в ходе кодификационной работы выявляются противоречия в законодательстве или необходимость пересмотра устаревших законодательных актов, то соответствующие законы пересматриваются в порядке обычной законодательной процедуры, а не кодификационной деятельности³. В нашем же представлении, создание единого нормативного акта должно быть формой именно нормотворчества. То есть технология работы с ними должна предполагать целенаправленное формирование правового документа в виде единого нормативного акта.

При этом определенная общность с данными «кодексами» имеется. Так, «кодексы» должны поглотить нормы, содержащиеся во всех нормативных актах, изданных центральными органами власти (законах, ордонансах, декретах правительства, постановлениях и циркулярах министерств и ведомств и т. д.); «кодексы» делятся на обозначенные «литерами» части в зависимости от уровня нормативного правового регулирования: законодательную часть (L), регламентарную часть (R) и так далее⁴. Как мы увидим, в едином нормативном правовом акте также должна обеспечиваться всеохватность нормативного регулирования по предмету и удобство пользования, обеспечиваемое в том числе применением литер.

Тем не менее, единый нормативный акт в юридическом смысле должен быть документом, соответствующим своему названию, то есть единым актом.

В чем же состоит «многоступенчатость» предлагаемых как теоретическая модель единых нормативных актов?

² Систематизация законодательства в Российской Федерации. Под ред. А.С. Пиголкина. М., 2003. С. 359.

³ Там же.

⁴ См. подробнее: Там же. С. 359-362.

Принцип удобства пользования нормативными правовыми актами выражается в том, чтобы с помощью одного нормативно-правового акта, регулирующего определенный круг общественных отношений, можно было понять весь механизм реализации нужной нормы на практике. Реально это означает необходимость помещения всех норм, развивающих и конкретизирующих нужную нам норму, в один нормативный правовой акт. Однако, очевидно, что создать нормативный правовой акт уровня закона, детально регулирующий определенные общественные отношения, чрезвычайно сложно в силу, во-первых, такого большого количества необходимых для этого норм, которое сложно принять в рамках представительного органа, а во-вторых, необходимости частого изменения детальных норм в силу изменения различных обстоятельств, которое тоже сложно вовремя осуществлять силами представительного органа. С другой стороны, передача всего пласта правового регулирования в введение исполнительных органов в значительной мере нарушает демократические принципы организации государственной власти и, кроме того, может ухудшить качество нормативных правовых актов. Более того, необходимо иметь в виду, что помимо нормативного регулирования высшими органами исполнительной власти возможно и необходимо ведомственное нормативное регулирование.

Многоступенчатость нормативных правовых актов и состоит во включении в один нормативный правовой акт правовых норм, принятых разными органами государственной власти, и эти правовые нормы могут быть разными по юридической силе. В принципе, это не противоречит теории права, ведь нормативный правовой акт – только форма,местилище, можно сказать, «жилище» правовых норм. И в принципе, нет ничего противоестественного в том, чтобы правовые нормы разной юридической силы жили в одном «жилище». Необходимо только четко установить порядок их совместного «проживания».

Как может выглядеть на практике многоступенчатый единый нормативный правовой акт? Возможно два варианта. При первом варианте сначала располагается комплекс норм вышестоящего органа, потом нижестоящего, потом «более нижестоящего» и т.д (это близко модели «кодекса»-результата инкорпорации во Франции). Согласно другому варианту каждая статья нормативно-правового акта должна делиться на блоки, которые располагаются в порядке уменьшения нормотворческой компетенции принявшего этот блок органа. Разумеется, каждая отдельная статья содержит определенную норму (или группу тесно сросшихся друг с другом норм), которая в этой же статье раскрывается и конкретизируется нижестоящими по источнику регулирования нормами. Именно поэтому, исходя из необходимости сделать пользование нормативными правовыми актами по возможности более удобным, второй вариант представляется более предпочтительным.

Предпочтительный он еще и потому, то помещение в одну статью норм разного уровня создает условия, когда регулирование определенного узкого вопроса вполне можно легко «обозреть взглядом». Это вполне может быть препятствием для противоречия норм нижестоящих органов нормами вышестоящих органов: нижестоящий вряд ли решится записать противоречащие положения в статью, где уже содержится норма вышестоящего, так как это было бы слишком явным нарушением, а вышестоящий будет более ревностно следить за положениями, включаемыми в текст нижестоящим субъектом правового регулирования, так как явное противоречие сильно подорвало бы его авторитет.

Может возникнуть сомнение: а не будет ли в том случае, если противоречие все-таки возникнет, противоречащие положение как бы «освящено» отсутствием реакции на такое противоречие со стороны вышестоящего органа. С одной стороны, такие риски есть. С другой стороны, это вряд ли случится, так как противоречие в многоступенчатом нормативном правовом

акте больше бросается в глаза, чем противоречие в двух (и более) нормативных правовых актах разной юридической силы, когда субъект, реализующий право, может и не посмотреть в вышестоящий нормативный правовой акт, зная, что нижестоящий регулирует вопрос подробнее. Тем не менее, в каждый многоступенчатый единый нормативный правовой акт должна быть включена своеобразная «памятка», которая поможет правоприменителю разобраться, что блок, расположенный в конкретной статье выше, наделен большей юридической силой, чем блок, расположенный в той же статье ниже, и в случае противоречия у вышерасположенного блока имеется преимущество. И в принципе, такая памятка была бы полезна для содействия в пользовании непривычными сначала многоступенчатыми нормативными правовыми актами. И как же блоки должны состоять статьи единых нормативных правовых актов? Здесь, безусловно, надо сделать оговорку, что состав блоков в статье зависит от предмета регулирования. В одних случаях могут быть все блоки, в других – только блок уровня федерального закона и нормативного правового акта Правительства Российской Федерации. В третьих «правительственный» блок может быть пропущен и вслед за законодательным сразу будет идти «ведомственный» блок. Разумеется, на первом месте должен располагаться блок силы закона. Этот блок имеет более высокую юридическую силу по сравнению с другими. По сути, совокупность всех таких блоков, содержащихся в едином нормативном акте (назовем ее условно - «ступень») имеет силу закона.

Возникает вопрос: а не получится ли при системе многоступенчатости так, что законодатель будет регулировать все сам, не оставляя места для исполнительных органов, что может сделать право очень инертным – с трудом обновляемым и изменяемым. Вряд ли такая опасность реальна, ведь у представительного органа физически не хватит времени для урегулирования всех общественных отношений, да

и ситуация с нормативным определением законодательных полномочий при введении многоступенчатости ничем не будет отличаться от нынешней: сейчас законодатель также фактически не имеет конкретных (не считая принципа разделения властей) ограничений по регулированию, тем не менее не пользуется этим (классический пример – ситуация с техническими регламентами, которые согласно Федеральному закону о техническом регулировании должны были утверждаться федеральными законами, в результате пока не утвержден ни один). В дальнейшем возможно четкое определение законодательной компетенции, как это сделано в Конституции Франции, но для этого потребуется изменение в Конституции.

Спорным является вопрос о блоках второго уровня (второй «ступени» многоступенчатого нормативного правового акта): кем они должны приниматься. Конституция Российской Федерации представляет возможность Президенту РФ издавать нормативные указы (статьи 90 и 115 Конституции). Однако возможность Президента издавать нормативные указы в значительной мере влияет на его статусу арбитра, гаранта Конституции, поэтому наиболее приемлемым вариантом при таком положении Президента в системе государственной власти было бы принятие следующих по силе за законом нормативных правовых актов (блоков второго уровня - второй «ступени» - в едином нормативном акте) только Правительством Российской Федерации. Такой подход отражает и современные тенденции, когда Президент Российской Федерации реже принимает нормативные правовые акты. Тем не менее, собственный предмет регулирования у Президента Российской Федерации в любом случае остается (например, государственная гражданская служба), поэтому необходимо учитывать, что вторым блоком в положениях единого нормативного правового акта могут идти нормы, принятые Президентом Российской Федерации.

Поэтому за блоками первого уровня («ступени»), имеющими силу закона, в

статьях единого нормативного правового акта могут следовать блоки второго уровня и третьего уровня, совокупности которых («ступени» многоступенчатого акта) имеют, соответственно, юридическую силу и значение указов Президента и постановлений Правительства.

За первыми тремя блоками в статьях единого нормативного акта может следовать блок, который содержит правовые нормы, устанавливаемые федеральными органами исполнительной власти (прежде всего – министерствами). Поскольку по одному вопросу (по различным его аспектам) регулирование может осуществляться различными ведомствами, то и четвертый блок статьи единого нормативного правового акта в свою очередь, может быть разбит на «подблоки», каждый из которых принимается соответствующим ведомством. Конечно, в данном случае очень важно, чтобы один «подблок» не дублировал другой, и главное, чтобы в них не содержались противоречия.

Отметим, что при указании возможных блоков в статьях единого нормативного правового акта для упрощения «теоретической модели» не анализируются подробно вопросы включения в единый нормативный акт положений международных правовых актов, связанных с данными нормами решений Конституционного Суда Российской Федерации, а также положений постановлений Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации, содержащих разъяснения по вопросам применения соответствующей статьи единого нормативного правового акта. Тем не менее, остановимся на последних.

Вообще говоря, наличие разъяснений при систематизированном массиве нормативных правовых актов в значительной степени противоречит принципу подробности правового регулирования, ведь все должно быть так «разжевано», чтобы никаких разъяснений не требовалось. И желательно, чтобы их не было совсем, а все возможные неточности и спорные во-

просы устранялись путем внесения в нормативный правовой акт изменений и дополнений. И уж точно при комплексной систематизации законодательства единый нормативный правовой акт изначально должен впитать в себя все необходимое содержания разъяснений по вопросам правоприменительной практики. Однако вряд ли удастся сразу отказаться от постановлений Пленумов, и поэтому для них необходимо «зарезервировать место» в едином нормативном правовом акте, не включая туда сразу. Как представляется, Блоки постановлений Пленумов должны размещаться в статье не после всех других блоков, а после блока, содержащего разъясняемую им норму.

В том случае, если один нижестоящий блок содержит нормы, относящиеся к нормам вышестоящих блоков нескольких статей (раскрывающие и конкретизирующие их), дублировать нижестоящий блок нецелесообразно. Достаточно поместить его в одну статью - к нормам вышестоящего блока которой он относится больше, чем к нормам вышестоящего блока другой, либо в более общую статью, либо в статью, предшествующую другим, а в остальных статьях сделать к ней (и к конкретному ее блоку) отсылку.

Многоступенчатость единых нормативных правовых актов, как отмечалось, не может быть всеобъемлющей, то есть не обязательно, чтобы в каждой статье были все блоки. В одной статье, например, может быть только один блок силы закона, а остальные – отсутствовать, а в другой блок силы закона отсутствовать, а остальные наличествовать (такое тоже не исключено, хотя надо стремиться, чтобы это встречалось как можно реже). Возможны и другие конфигурации.

При этом в единых нормативных правовых актах должны быть статьи, «защищенные от многоступенчатости»: статьи, устанавливающие общие принципы и основы регулирования в соответствующих сферах, разграничивающие компетенцию между Российской Федерации, субъектами Российской Федерации и муниципальными

образованиями. Отметим также, что для некоторых нормативных правовых актов многоступенчатость в принципе недопустима. Речь идет об Уголовном кодексе Российской Федерации, о процессуальных кодексах и так далее. При этом «защита от многоступенчатости» не должна препятствовать помещению в нормативный правовой акт, соответствующую статью блоков постановлений Пленумов Верховного Суда и Высшего арбитражного Суда, решений Конституционного Суда Российской Федерации, положений международных актов.

Рассмотрим теперь возможную (вытекающую из теоретической модели) специфику подготовки, принятия и изменения единых нормативных (многоступенчатых) правовых актов. Подготовка и принятие нормативного правового акта – чрезвычайно сложная процедура. Многоступенчатость нормативных правовых актов еще более усложняет этот процесс. Именно поэтому процедура подготовки и принятия единых нормативных правовых актов, которая, очевидно, должна отличаться от установленной для других нормативно-правовых актов, заслуживает особого внимания. Именно сложность этого процесса заставляет рассматривать вместе вопросы подготовки единых нормативных правовых актов, то есть по сути вопросы законодательной техники, и вопросы принятия единых нормативных правовых актов, которое представляет собой жестко регламентированную процедуру.

Изложение вопросов принятия единых нормативных правовых актов основано на действующих нормах, но включает ряд «поправок на сложность» систематизационной, особенно кодификационной деятельности (проявлением которой в широком смысле является создание единых нормативных актов), а также на сложность обеспечения многоступенчатости. Одной из таких «поправок на сложность» могло бы быть создание нового субъекта подготовки и принятия нормативных правовых актов – условно, Комиссии по систематизации. Сама же организация работы, с

учетом наличия подобной комиссии, могла бы выглядеть следующим образом.

Субъекты законодательной инициативы вправе внести в Комиссию по систематизации предложения по структуре, по пределам регулирования «по вертикали» (если речь идет о предмете совместного ведения) и по соотношению отдельных «ступеней» в многоступенчатом акте с обоснованием, включая социально-экономическое, своих предложений. Это вряд ли можно назвать законодательной инициативой в чистом виде, так как на этом этапе еще не утверждается сам текст. Скорее, это, условно говоря, «законотворческая инициатива», вернее просто нормотворческая, учитывая многоступенчатость акта. Текст единого нормативного акта на этом этапе еще не готовится.

Комиссия по систематизации рассматривает направленные ей предложения, упорядочивает их, готовит концепцию единого нормативного правового акта и выносит на заседание Государственной Думы. Государственная Дума, рассмотрев предложения и заключение, принимает концепцию единого нормативного правового акта, решающую вопросы, по которым выносятся предложения. После этого концепция направляется на утверждение Совета Федерации (это необходимо, так как если Совет Федерации изначально не согласен с концепцией, то потом не утвердит саму «законодательную часть» единого нормативного акта, а переделывать такой объемный и сложный нормативный правовой акт очень тяжело). Если Совет Федерации не утверждает концепцию, в рамках Комиссии по систематизации проходит согласование, пока концепция не будет утверждена как Государственной Думой, так и Советом Федерации (в данном случае нецелесообразно "преодолевать" Совет Федерации квалифицированным большинством в Думе, так как велика опасность, что готовый проект всё равно не пройдет).

Затем Концепция единого нормативного правового акта также согласовывается с Президентом Российской Федерации. Когда с Концепцией (которая является

базовым документом для дальнейшей разработки) согласны Государственная Дума, Совет Федерации, Президент, можно начинать работу над единым нормативным правовым актом, для чего Комиссия по систематизации (выступающая главным органом по подготовке всех таких актов) совместно с соответствующими комитетами палат Федерального Собрания и профильными ведомствами создаёт рабочую группу по подготовке проекта первой "ступени" многоступенчатого акта. Одновременно рабочие подгруппы создаются в других органах, где будут готовиться следующие ступени.

Работа над единым нормативным правовым актом (его первой "ступенью") происходит следующим образом. Сначала производится расчистка существующего нормативного материала, для этого из массива нормативных актов по его предмету исключаются формально отменённые акты, акты с истекшим сроком действия, акты, фактически утратившие силу с принятием новых⁵. Однако эти акты не "выкидываются", а временно "откладываются в сторону». Из текста актов исключаются вводные части, статьи однократного действия и персонального характера⁶. После этого оставшийся материал распределяется в соответствии со структурными элементами единого нормативного акта (которые, кроме статей, уже должны быть определены в Концепции) и главами, определяемыми рабочей группой.

Как бы "вторым слоем" также могут быть распределены ранее "отложенные в сторону" нормативные правовые акты "Третьим слоем" могут быть ранее предложенные неофициальные проекты нормативных правовых актов по данному предмету. Такая "многослойность" при разработке единого нормативного правового акта необходима, чтобы использовать всё лучшее, что было в нормативном массиве или предлагалось внести туда по этому

⁵ Керимов Д.А. Кодификация и законодательная техника. М., 1962. С. 73-84.

⁶ Там же.

поводу. Именно поэтому рабочая группа, в том числе работающая над проектом единого нормативного правового акта (его "ступени", имеющей силу закона) в подготовительной работе использует весь возможный спектр нормативных правовых актов, ведь возможно "перетекание" норм с одного уровня правового регулирования на другой.

Распределённые материалы направляются Комиссией по систематизации соответствующим рабочим подгруппам, создаваемым для подготовки «ступеней» юридической силы указа Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации, нормативного правового акта федерального органа исполнительной власти. При этом все рабочие группы действуют скоординировано, и рабочая группа вышестоящего органа периодически направляет результаты своей работы рабочей группе нижестоящего органа, чтобы между "ступенями" не было противоречий, а также получает ее материал, чтобы использовать ее идеи в работе. Естественно, каждая подгруппа использует для работы не только распределённый материал» но и зарубежный опыт, научные концепции, наконец, просто умные мысли, короче, всё, что необходимо для создания качественного нормативного правового акта, учитывая, что полноценная систематизация - это не только объединение существующих норм, но и создание новых.

Подготовленный текст в любом случае должен направляться на правовую экспертизу. Желательно, чтобы экспертиза была комиссионной (причем каждый эксперт пишет заключение самостоятельно, но результаты складываются) и замечания большинства экспертов по какому-либо вопросу были бы обязательными.

Завершив работу над первой "ступенью" единого нормативного акта, рабочая группа передаёт её Комиссии по систематизации, а та направляет её на рассмотрение Государственной Думе, а до этого - субъектам законодательной инициативы. Поскольку первое чтение, по су-

ти, уже было проведено, когда утверждалась концепция единого нормативного акта, при рассмотрении его проекта, фактически, выполняются задачи второго чтения, поэтому текст проекта соответствующей ступени единого нормативного правового акта направляется субъектам законодательной инициативы для внесения поправок с таким расчётом, чтобы времени для их внесения и рассмотрения до начала чтения: в Думе было достаточно. В иных аспектах рассмотрение и принятие первой ступени единого нормативного правового акта должно проходить также, как сейчас рассмотрение проектов других федеральных законов.

Однако принятие первой "ступени" многоступенчатого нормативного правового акта недостаточно для вступления его в силу. Необходимо, чтобы остальные "ступени" также были приняты, причём для этого должны быть установлены жёсткие сроки: например, по два месяца на каждую "ступень", что вполне реально, учитывая, что работа над этими "ступенями" велась и раньше, параллельно с первой. Если орган, уполномоченный принимать "ступень", не считает нужным осуществлять своё правовое регулирование, он может заявить об этом до истечения этого срока.

Принятые соответствующими органами "ступени" направляются в Комиссию по систематизации которая "вмонтирует" их в уже имеющийся текст, а также органам, "ступени" которых были включены раньше (и имеют большую юридическую силу). При этом Комиссия по систематизации вправе отказывать во включении в текст положений нижестоящей ступени, противоречащей вышестоящей. Заявление о таком противоречии может делать и любой вышестоящий орган, "ступени" которого уже включены в единый нормативный акт, и такое заявление является для Комиссии по систематизации обязательным. Так, "ступень" ведомств должна пройти через Правительство и может быть отклонена уже там. "Ступени" противоречащие вышестоящим, дорабатываются и вновь направляются для включений в еди-

ный нормативный правовой акт. Если противоречие не будет устранено после двух отказов во включении в текст единого нормативного, право разработать и принять эту "ступень" получает вышестоящий орган.

Если нижестоящая "ступень" единого нормативного правового акта предполагает введение новой статьи (главы, раздела) в единый нормативный акт, и эти элементы не противоречат вышестоящим "ступеням" и не могут быть "вмонтированы" в уже существующие статьи, Комиссия по систематизации автоматически сдвигает номера соответствующих элементов единого нормативного акта. Каждая из "ступеней" единого нормативного акта перед направлением в Комиссию по систематизации и вышестоящий орган проходит, разумеется, свою экспертизу, которая обращает внимание на соответствие её вышестоящим "ступеням".. Только после включения в единый нормативный акт всех "ступеней", либо после истечения установленного для этого срока, либо после заявления уполномоченных органов о невключении в единый нормативный акт своих "ступеней" единый нормативный правовой акт публикуется и может вступать в силу.

Изменения в первую «ступень» единого нормативного акта вносятся в существующем сейчас законодательном порядке, но с обязательной экспертизой. Изменения в нижестоящие ступени не должны противоречить вышестоящим ступеням, за чем следят органы, принимающие вышестоящие «ступени» и Комиссия по систематизации (процедура здесь такая же, как при принятии нижестоящих «ступеней» при создании единого нормативного акта). Изменения в вышестоящую «ступень» не могут вступать в силу, пока нижестоящие «ступени» не будут приведены в соответствии с этими изменениями, для чего Комиссия по систематизации направляет соответствующим органам представления о внесении необходимых изменений.

Говоря о форме единого нормативного правового (многоступенчатого) акта, мы имеем в виду прежде всего то, как он

выглядит внешне. Однако это не только и не столько его оформление, сколько структура и приложения.

Естественно, чтобы суть единого нормативного правового (многоступенчатого) акта не нарушалась, такие акты должны публиковаться целиком. То есть разделение многоступенчатых нормативных актов на ступени и их отдельная публикация не должны допускаться, так как это может дезинформировать и дезорганизовать правоприменителей. Публиковать единые нормативные акты надо, разумеется, в официальных источниках опубликования. При этом было бы особенно полезно, учитывая, что предполагается определенная кодификация и каждый единый нормативный правовой акт будет достаточно объемным, при публикации в "Собрании законодательства Российской Федерации" обеспечивать выпуск отдельного журнала на каждый такой нормативный правовой акт (при этом, безусловно, потребуются изменение нормативного регулирования официального опубликования; в то же время, в рамках одного номера Собрания законодательства может выходить несколько журналов, что уже практиковалось).

Желательно, чтобы журнал, содержащий единый нормативный правовой акт, представлял из себя систему разъемных листов. С внесением в нормативный правовой акт изменений и дополнений (например, новых блоков в статьи) старые листы на соответствующих страницах извлекаются и заменяются на новые, присланные с соответствующими номерами Собрания законодательства. Только это позволит всегда иметь удобный для пользования текст единого нормативного правового акта, ведь полностью публиковать такой крупный нормативный правовой акт после каждого изменения или дополнения нецелесообразно. Необходимо, чтобы в рамках Собрания законодательства пересылались подписчикам и изменения, внесенные ведомством в соответствующие блоки статей единого нормативного правового акта, хотя сейчас в этом журнале и не

публикуются ведомственные нормативные правовые акты.

Отметим, что трансформация Собрания законодательства в систему разъемных листов только на первый взгляд дорогостояща для подписчиков. Можно найти такую форму Собрания законодательства (например, те же листы, связанные шнуром, который может быть при необходимости развязан и завязан сами пользователем), которая не приведет к увеличению цены издания.

Основной структурной единицей единого нормативного акта является статья, на которые делится весь текст, кроме преамбулы. Порядок нумерации статей должен быть, конечно, сквозным, однако для переходных положений необходима отдельная нумерация. Все статьи должны иметь название. Название статьи, как известно, должно давать представление о её содержании. Блоки, на которые делится статья, выделяются в тексте с помощью буквенных обозначений ("литер"): для блока силы закона - литера "А", для блока силы указа Президента Российской Федерации - литера "Б", для блока силы постановления Правительства - литера "В", для блока силы нормативного правового акта министерств и иных ведомств - литера "Г". Если блок ведомств содержит положения, принятые разными ведомствами, он разделяется на «подблоки», оформляемые римскими цифрами и названиями соответствующих ведомств, причём цифра, присвоенная соответствующему ведомству первый раз (в порядке нумерации статей), сохраняется за ним на всём протяжении единого нормативного правового акта (возможен другой вариант – присвоение каждому ведомству постоянного «литерного» обозначения). Соответствующие «литерные» обозначения должны быть также присвоены всем иным видам блоков, которые могут быть в едином нормативном правовом акте (например, блоку постановлению Пленума Верховного Суда и блоку постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда могут быть присвоены обозначения соответ-

ственно "BC" и "BAC" , так как они могут быть расположены за любым блоком).

Блоки делятся на пункты, то есть структурные элементы с нумерацией в тексте⁷. Это связано с тем, что в рамках одной статьи может быть очень подробное и объёмное регулирование (особенно в блоках силы постановления Правительства и нормативных правовых актов министерств и иных ведомств). Пункты, в свою очередь, делятся на части, которые в тексте не нумеруются. Нумерация пунктов не должна быть сквозной на всю статью, а должна начинаться с каждого нового блока (и «подблока»). Статьи объединяются в главы, а главы - в разделы. В объёмных единых нормативных правовых актах разделы могут делиться на подразделы, а главы - на

⁷ Алексеев С.С. Государство и право. М.,1994. С. 133.

параграфы. Нумерация глав и разделов - сквозная. Названия глав, параграфов, подразделов, разделов должны быть, по возможности, полными и отражать содержание этих элементов структуры нормативного правового акта.

Помимо основного текста, в состав единого нормативного правового акта должны входить также приложения, являющиеся обязательными. Их описание могло бы быть предметом отдельной статьи.

Завершая описание теоретической модели единого нормативного правового (многоступенчатого) акта, хотел бы еще раз подчеркнуть, что в обозримом будущем она, скорее всего, будет оставаться теоретической моделью. Это, тем не менее, не снимает необходимость обстоятельно заниматься совершенствованием текущего нормотворчества.

* Сивицкий Владимир Александрович – кандидат юридических наук, заведующий кафедрой конституционного и административного права Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Статья опубликована в издании: Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27-28 сентября 2007г.) / Под ред. д. ю. н., проф., заслуженного деятеля науки РФ В.М. Баранова. Н.Новгород: Нижегородская Академия МВД России, 2008.

Судебные источники права**

В континентальной европейской правовой доктрине в последние полвека явно возобладала тенденция к признанию судебного права, а судебная практика изучается как разновидность правотворчества.¹ Однако еще предстоит разработать *общую* теорию (а не отдельно для англо-американского и для романо-германского права), объясняющую судебные источники права как таковые, которая не будет подменять самостоятельную теоретическую интерпретацию национальными доктринами, нередко искажающими действительность, но будет критически анализировать эти доктрины.

В российских исследованиях вопрос о судебном правотворчестве и судебском праве рассматривается, в основном, в сравнительном правоведении, в отраслевых науках и на уровне отдельных, узких, прагматических аспектов общетеоретической проблемы,² и теория вопроса часто подменяется мнениями или оценками. По существу первой крупной и теоретически значимой работой на эту тему стала книга А.Н. Верещагина «Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты» (2004). К сожалению, эта книга не нашла отклика в недавно изданной монографии М.Н. Марченко «Судебное правотворчество и судебское право»,³ название и объем которой (более 500 страниц) порождают определенные

ожидания, но в которой (как и в прежних публикациях⁴) вместо теории вопроса предлагается компиляция «зарубежного и отечественного материала» – ученых мнений о судебной власти и ее воздействии на право в разных странах и в разные исторические эпохи, подобранных таким образом, что остается неясным, являются ли судебные акты универсальным источником права, является ли прецедентное право, его наличие или отсутствие, закономерностью или исторической случайностью, каковы иные формы судебного права и т.д.

Цель нашей статьи – теоретическая интерпретация судебной правоустановительной деятельности и порождаемых ею источников права. В статье предлагается (1) различать судебное *правотворчество* как непосредственное официальное формулирование норм права и *правоустановительную деятельность* судебной власти как более широкое явление и соответствующее понятие, (2) рассматривать нормативно-правовые тексты, создаваемые судебной практикой, в контексте *различения первичных и вторичных источников права* и (3) объяснять судебное правотворчество как *нормативно-правовое позиционирование* судебной власти (формирование *правовых позиций*) в отношении (а) определенных категорий дел при отсутствии релевантных источников права (первичные правовые позиции) и в отношении (б) применяемых источников права (вторичные правовые позиции).

Источники права и правотворчество

Поскольку в российской юридической литературе термины «источники права», «правотворчество» и другие, связанные с ними смыслу, используются в разных значениях,

¹ См., например: Interpreting precedents: A comparative study / Ed. by D. Neil MacCormick, R.S. Summers. Aldershot etc., 1997; Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004.

² См., например: Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб., 2002; Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003.

³ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2007.

⁴ Ср.: Марченко М.Н. Источники права. М., 2005; Он же. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001.

представляется необходимым объяснить некоторые термины, употребляемые в настоящей работе и определить соответствующие понятия. Так, мы предлагаем различать *правотворчество* как непосредственное официальное формулирование норм права и *правоустановительную деятельность* как более широкое понятие, различать понятие «источники права» и более широкое понятие «правоустановительные акты».

Правоустановительная деятельность (правоустановление) рассматривается нами как государственно-властная деятельность, направленная на создание нормативно-правовых текстов (источников права), введение их в действие, изменение или отмену.⁵

При таком понимании правоустановительной деятельности получается, что в правоустановление включается не только *создание* официальных нормативно-правовых текстов, официальное формулирование норм права (*правотворчество* в собственном смысле), но и санкционирование обычая или доктринальных положений в качестве официальных источников права, введение в действие уже имеющихся нормативно-правовых текстов, а также изменение или отмена существующих источников права, их «ревизия» или «редактирование» в процессе нормоконтроля, лишение их силы.

Таким образом, правоустановление – это, во-первых, создание и издание нормативно-правовых текстов (источников права), т.е. *правотворчество в собственном смысле*, что мы будем ниже называть просто *правотворчеством*. Причем издание нормативно-правовых текстов происходит как в форме *правоустановительных актов* (нормативных и «квазинормативных» актов), так и в форме судебных прецедентов, *правоприменительных актов*.

⁵ Можно определять правоустановление и как «официальное выражение и закрепление норм права», составляющих «содержание всех действующих источников позитивного права» (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 415).

Во-вторых, правоустановительная деятельность происходит и *без правотворчества*. Таким правоустановлением является издание «не правотворческих» актов, т.е. таких, которые не содержат нормы права, не формулируют нормативно-правовые тексты, а лишь определяют их официальную силу (вводят в действие, утверждают, отсылают, лишают силы, отменяют и т.д.). К правоустановлению в этом, втором значении относится и законное или судебное (прецедентное) санкционирование неофициальных юридических текстов – обычая и доктрины (такая разновидность правоустановительной деятельности характерна для исторически неразвитой правовой ситуации, но в развитых правовых системах она не играет заметной роли).

Следовательно, правотворчество можно определить как правоустановление в узком, собственном смысле – официальное создание, формулирование нормативно-правовых текстов. Правоустановление же в целом, в широком смысле – это не только правотворчество, но и издание таких актов, которые лишь *направлены* на установление правовых норм, а также на их изменение или отмену, но не содержат как таковых норм права.⁶

Нужно подчеркнуть, что данное терминологическое различение правотворчества и правоустановления имеет инструментальный характер, вводится во избежание недоразумений, для удобства в теоретических рассуждениях о судебных источниках права, позволяет более точно определять, в чем именно заключается правоустановительная деятельность судебной власти и возможно ли здесь правотворчество, аналогичное законотворчеству. Конечно, можно по традиции употреблять эти термины как синонимы, не различать их по объему содержания, называть правотворчеством

⁶ См.: Мицкевич А.В. Акты высших органов советского государства: юридическая природа нормативных актов высших органов государственной власти и управления СССР. М., 1967. С. 22–25 (ср.: Бурков А.Л. Акты судебного нормоконтроля как источник административного права. Дисс. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С. 65–66).

все то, что в настоящей работе именуется правоустановлением. Но в таком случае возникают сложности при объяснении судебного правотворчества.

Например, А.С. Пиголкин писал: «Правотворчество есть форма государственной деятельности, направленная на создание правовых норм, а также на их дальнейшее совершенствование, изменение или отмену. ... Главное для правотворчества – выработка и утверждение новых правовых норм. В этом в первую очередь проявляется назначение данной формы государственной деятельности. Другие проявления правотворчества (отмена и изменение действующих норм, совершенствование их редакции) имеют подчиненное, вспомогательное значение для образования развернутой, четко выраженной и внутренне согласованной системы юридических норм».⁷

Как видно из такого рассуждения, получаются как бы «два правотворчества» – создание новых юридических норм и «все остальное», без создания норм. Причем и то, и другое называется одним и тем же многозначным термином. Отсюда и проистекают недоразумения. Так, одни авторы могут *признавать судебное правотворчество*, но имея в виду только лишение официальной силы или судебное «редактирование» существующих источников права, а другие, возможно, согласные с такой позицией, тем не менее, будут *отрицать судебное правотворчество*, утверждая, что суд не создает новых норм права (в европейской континентальной правовой семье). Но использование терминов «правотворчество» и «правоустановление» в разных значениях позволяет избежать такого недоразумения: в этом примере и первые, и вторые авторы могли бы согласиться с тем, что они признают судебную правоустановительную деятельность, но без правотворчества в собственном смысле.

Наконец, можно различать правоустановление в его «позитивном» и «негативном» аспектах. В первом правоустановительная дея-

⁷ Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1999. С. 307 (автор раздела – А.С. Пиголкин).

тельность выражается в создании (или направлена на создание) нового нормативно-правового текста, во втором она заключается в отмене или в лишении официальной силы уже существующего нормативно-правового текста, без замены его новым текстом. Например, конституционный суд называют «негативным законодателем», имея в виду, что в процессе нормоконтроля (проверки конституционности закона) конституционный суд не может создать новый закон, но может признать законоположение не соответствующим конституции и утратившим силу, полностью или частично.⁸

Понятно, что деятельность в качестве негативного законодателя имеет своим результатом источники права «в новой редакции», данной конституционным судом. Следовательно, это правоустановительная деятельность (в широком смысле).⁹ Но это не правотворчество. В негативном воздействии нет никакого творчества. Правотворчество – это «позитивное правоустановление», и даже если оно не связано с изданием правоустановительного акта и осуществляется в процессе правоприменения, оно завершается приращением права, созданием *нового* нормативно-правового текста за пределами существовавших ранее. И если считать, что в процессе нормоконтроля не создается новый нормативно-правовой текст, не устанавливаются новые нормы права, если

⁸ Когда конституционный суд выступает как негативный законодатель, то его решение уже в силу этого считается специфическим источником права – «негативным», ибо далее, после «ревизии» законы (источники права) действуют «в редакции», данной конституционным судом. Здесь можно говорить и о «негативной правоустановительной деятельности», которую также называют «правоотменительная деятельность» или «пресекательная» (см.: Попов В.И. Судебный прецедент как источник трудового права // Вестник Челябинского университета. Серия 9. Право. 2001. № 2. С. 95 [http://www.lib.csu.ru/vch/9/2001_02/012.pdf]).

⁹ Разумеется, это, прежде всего, правоприменительная деятельность – применение конституционных правоположений при разрешении спора по поводу правоустановительной деятельности законодателя.

видеть в конституционном нормоконтроле деятельность конституционного суда исключительно в качестве негативного законодателя, то пришлось бы признать, что здесь нет правотворчества.

Заметим, что не составляет большого труда показать правоустановительный характер «негативного законодательства». Если правоустановительную деятельность суда понимать только как «негативное правоустановление» в процессе нормоконтроля, то здесь нет проблемы.¹⁰ И если интерпретировать судебное правоустановление в странах континентального права исключительно в его «негативном» аспекте (суд не создает новое право, а лишь исключает из нормативно-правовых текстов те положения, которые признаются неконституционными или незаконными¹¹), то с таким пониманием судебного правоустановления, видимо, согласятся и те, кто не признает судебское право, не признает судебные решения источником права.¹²

¹⁰ Это специфическое правоустановление, которое происходит в результате правоприменения, при разрешении особых споров о праве – споров, возникающих из правоустановительной деятельности. Такие споры разрешаются на основе применения конституции (для разрешения спора о конституционности) или закона (для разрешения спора о законности). Поэтому акты судебного нормоконтроля, конечно, являются правоприменительными актами, но такими, которые имеют и правоустановительный компонент: либо судебное решение подтверждает конституционность (или законность) нормативно-правового текста, формально оставляет его без изменений, либо оно лишает этот текст официальной силы, полностью или частично, и в этом смысле изменяет действующее право.

¹¹ См., например: Масленникова С.В. Конституционный суд Российской Федерации: природа, толкование и правовые позиции // Судебная власть в России. Роль судебной практики / Под ред. Ю.А. Тихомирова. М., 2002. С. 30–32.

¹² См.: Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34–41; Нерсесянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107–112.

Итак, представляется очевидным, что судебный нормоконтроль включает в себе правоустановительную деятельность *в широком смысле*, «негативное правоустановление». Очевидность, бесспорность этого вывода, в частности, вызывает сомнение в научной ценности исследований, направленных на его доказательство.¹³

Требуемыми доказательства представляются совсем другие теоретически значимые положения, а именно: в процессе судебного нормоконтроля – и далеко не только в этом аспекте осуществления судебной власти – может происходить и происходит *правотворчество*, а суд при этом выступает не только как «негативный», но и как «позитивный законодатель».¹⁴ В процессе судебного нормоконтроля (и в других формах осуществления судебной власти, как в общем праве, так и в романо-германском праве) возможно не только «негативное правоустановление», но и то, что в немецкой доктрине называется *развитием* права (*Weiterentwicklung des Rechts* или *richterliche Rechtsfortbildung*).¹⁵ По существу в судебной практике происходит создание новых нормативно-правовых текстов, для теоретической интерпретации которых мы предлагаем, в ча-

Критический анализ этой позиции см.: Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004. С. 27–28.

¹³ К числу таких исследований относится и названная выше диссертация А.Л. Буркова «Акты судебного нормоконтроля как источник административного права», в которой правоустановительный характер судебного нормоконтроля усматривается лишь в том, что акты нормоконтроля могут отменять или аннулировать оспариваемые нормативно-правовые тексты.

¹⁴ См.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 103–112.

¹⁵ См.: Alexy R., Dreier R. Precedent in the Federal Republic of Germany // *Interpreting precedents*. P. 17–64; Haase R., Keller R. *Grundlagen und Grundformen des Rechts: eine Einführung*. 8., überarb. Aufl. Stuttgart; Berlin; Köln, 1989. S. 37–38; *Richterliche Rechtsfortbildung*. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Heidelberg, 1986.

стности, использовать различие первичных и вторичных источников права.

В настоящей работе исследуются «источники права в формальном смысле», или текстуальные источники права. Это официальные юридические тексты: официально сформулированные (созданные, изданные) или санкционированные (признанные) тексты, письменные или устные, в которых содержатся нормы права. «Юридический текст» и «правовой текст» – синонимы. Источник права – это *нормативный* юридический (нормативно-правовой) текст. В частности, из него «протекает» или «черпается» информация о *норме* права.¹⁶ Такое понимание источников права согласуется с устоявшимся в западной правовой доктрине.¹⁷ Оно противоречит лишь откровенно потестарным интерпретациям государства и права (классический легистский позитивизм), в которых считается, что термин «источник права» (именно «источник», а не «источники») может означать только одно: «государственную волю» (волю «суверена», господствующего класса и т.п.), а законы и другие официальные тексты – это «форма права», формы выражения «государственной воли».

Идеология «государственной воли» имеет мало общего с европейской правовой культурой. В европейской доктрине эта идеология была влиятельной лишь в позапрошлом веке и проявилась, главным образом, в «командной теории» И. Бенгтама и Дж. Остина (и их последователей, включая Г.Ф. Шершеневича). В этой потестарной интерпретации «позитивное право» – феномен политического общества, в котором есть «суверен»: определенное лицо или группа, которая *de facto* обла-

дает высшей и абсолютной властью, которой подчиняются все остальные, но которое само никому не подчиняется. «Позитивное право» воплощает волю «суверена» («государственную волю»); оно представляет собой приказы «суверена» или его представителей, адресованные подвластному населению, подкрепленные принудительной силой или санкциями. Это чисто потестарное правопонимание: приказы считаются *правовыми* постольку, поскольку «правоустановительная» власть обладает силой, достаточной для обеспечения повиновения. Суверенную власть Остин считал свободной от правовых ограничений, полагая, что верховное правительство всегда является «юридически деспотическим». В XX веке эта потестарная теория полностью утратила свое влияние в западной юриспруденции – хотя бы уже потому, что в современном полицентристском политическом сообществе просто не может быть фигуры «суверена», предполагаемой в этой теории.¹⁸ Но классический легистский позитивизм закономерно утвердился в советской доктрине, исходившей из политического моноцентризма, да и в постсоветской он сохраняется.¹⁹

Аналогично Р. Давид поясняет, что такая «революционная смена позиции» (традиционной позиции европейской доктрины), когда в праве стали видеть выражение не справедливости, а воли государства, произошла не во всех континентальных, а только в социалистических странах.²⁰

Интересно, что М.Н. Марченко, с одной стороны, признает судейское правотворчество, а с другой – утверждает: «В условиях *авторитарных и тоталитарных* режимов, где позитивное право проявляется в неприкрытом

¹⁶ См.: Поляков А.В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. 2-е изд., доп. СПб., 2003. С. 626–630; Ромашов Р.А., Оль П.А. Правовой текст – универсальная форма внешнего выражения источника права // Истоки и источники права. СПб., 2006. С. 120–130.

¹⁷ См.: Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. М., 2000. С. 97–98.

¹⁸ См.: Legal Positivism // Stanford enc. of philosophy (<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#Oth>); John Austin // Ibidem (<http://plato.stanford.edu/entries/austin-john/>).

¹⁹ См., например: Лейст О.Э. Сущность права. М., 2002. С. 26–27; Марченко М.Н. Источники права. С. 51–76.

²⁰ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1997. С. 75–77, 111.

и «неразбавленном» виде, в качестве *источника права* выступает *государственная воля*... Что же касается форм позитивного права, то в качестве таковых выступают нормативно-правовые акты, исходящие от государственных органов всех видов и уровней». ²¹ И далее: «Что же касается *реальной воли* как источника позитивного права, то в качестве таковой выступает обусловленная преимущественно интересами правящих классов и кругов (групп, наподобие ельцинской «семьи» в пореформенной России, клик, кланов) *государственная воля*». ²² Итак, при тоталитаризме «право» выступает в своем «чистом» виде – как приказ верховной власти, причем в форме нормативных актов, но не в форме судебных решений. ²³ Нужно ли это понимать так, что судебское право возможно только при либерально-демократическом режиме, где «позитивное право», к сожалению, не проявляется в своем «неприкрытом виде»?

Здесь необходимо отметить, что провозглашение «государственной воли» источником права становится для тех, кто придерживается такого потестарного правопонимания, непреодолимым препятствием на пути признания судебного правотворчества в континентальном праве и не позволяет выработать непротиворечивую интерпретацию источников права в странах *common law*. Ибо эта потестарная парадигма отрицает разделение властей и настаивает на организационном единстве государственной власти (только в этом случае можно говорить о «государственной воле», в противном случае будет несколько «государственных волей»). И поскольку «государствен-

ная воля» выражается в форме законов и других нормативных актов, обязательных для всех судов вплоть до верховного (т.е. «государственная воля» тождественна воле законодателя), то судебное правотворчество становится делом *недозволенным*. Верховный суд, по этой парадигме, может восполнить пробел в законодательстве, но это не будет правотворчеством, пока законодатель не *соизволит* санкционировать предложенное судом регулирование; конкретизация и детализация закона в судебных решениях не создает новые нормы права (это было бы судебским *своеволием*), а лишь «способствует уяснению права (закона) и его единообразному применению».

В этой парадигме совершенно серьезно утверждается, что решения конституционного суда о неконституционности закона не имеют общеобязательного характера до их подтверждения законодателем, да и вообще конституционные суды нужно упразднить, так как они посягают на «неприкосновенность закона», идут против выраженной в законе «государственной воли». ²⁴

Наконец, сторонникам такого правопонимания приходится утверждать, что в странах общего права закон имеет большую силу, чем судебный прецедент (в действительности – скорее, наоборот). Но даже при такой аберрации сознания остается неясным, как «государственная воля» – если нет разделения властей – может быть одновременно выражена и в парламентских статутах, и в судебных прецедентах, особенно, когда они противоречат друг другу. Когда-то про королевский суд в Англии действительно можно было говорить, что он выражает монаршую волю, но к XVII веку сформировалась самостоятельная судебная власть, независимая и от короля, и от парламента. Кто же выражает «государственную волю» – парламент или суд?

Завершив наше критическое отступление, еще раз подчеркнем: *источники права* – это официальные тексты, в которых сформулированы нормы права («нормы-правила» и

²¹ Марченко М.Н. Источники права. С. 75.

²² Марченко М.Н. Источники права. С. 76.

²³ Авторитетный итальянский ученый XX века Бруно Леони отмечал связь между доктринальным признанием в стране судебного права и характером экономики в этой стране: если это страна с преимущественно плановой экономикой, то источником права признается только закон; правда в странах с преимущественно рыночной экономикой доктрина не обязательно признает судебское право (см.: Leoni B. Freedom and the law. Indianapolis, 1991. P. 16).

²⁴ См.: Бойков А.Д. Опасность негативного правотворчества // Право и политика. 2000, № 9.

другие нормативные правовые положения). Официальные нормативно-правовые тексты – это источники права в собственном смысле.

Однако представления о «государственной воле» как «материальном источнике права» порождают более широкое понимание «формы права», «источников права в формальном смысле». Источниками права (поскольку они выражают «государственную волю») считают и такие официальные акты, которые не содержат, не формулируют нормы права, но лишь определяют действие уже существующих нормативно-правовых текстов, придают официальную силу юридическим текстам или лишают их таковой.

В этом контексте представляется полезным различать понятия «источники права» и «правоустановительные акты». Мы полагаем целесообразным в тех случаях, когда речь идет об актах, *направленных* на официальное выражение и закрепление норм права, но не формулирующих эти нормы, использовать термин «правоустановительный акт». При этом нужно иметь в виду, что, с одной стороны, не все правоустановительные акты являются источниками права, но, с другой стороны, не все источники права создаются правоустановительными актами, они могут создаваться и правоприменительными актами.

Юридические тексты являются источниками права в силу государственно-властных актов – правоустановительных и правоприменительных. *Правоустановительные акты* являются результатом *прямого правоустановления* – государственной деятельности, специально направленной на создание или санкционирование правового текста, на его изменение или отмену. Причем правоустановительные акты, содержащие нормы права, – это *нормативные акты*, к разновидностям которых относятся и нормативные договоры (двух- или многосторонние нормативные акты), и судебные нормативные («квазинормативные») акты, о которых речь пойдет ниже. Но вряд ли следует называть *нормативными* такие акты, в которых не формулируются нормы права (например, закон о введении в действие закона, если он не содержит нормы права).

Правоприменительный акт – официальный юридический текст, в котором, прежде всего, установлены субъективные права и юридические обязанности. И в то же время в мотивировочной части правоприменительного акта может быть сформулирована норма права (*ratio decidendi*), из которой правоприменитель вывел эти права и обязанности для сторон правоотношения. Если здесь просто воспроизводится фрагмент нормативно-правового текста (примененная норма формулируется так, как она уже сформулирована в законе или прецеденте), то нет смысла рассматривать эту часть правоприменительного акта как разновидность нормативно-правового текста. Однако рассуждения в мотивировочной части могут выходить за пределы простого воспроизведения уже существующих текстов норм. В таком случае правоприменительный акт одновременно выступает и как нормативно-правовой текст²⁵ – *вторичный*, если в мотивировочной части он интерпретирует уже существующий официальный текст, или *первичный*, если текст нормы, сформулированной для данного дела, не вытекает из какого-либо уже известного нормативно-правового текста.

Таким образом, правотворчество, создание нормативно-правового текста происходит и в правоприменительном процессе, причем издается не правоустановительный, а правоприменительный акт, который, тем не менее, может быть источником права. Поскольку судебная власть должна действовать в рамках своих специфических юрисдикционных задач, то ее решения должны быть правоприменительными актами, и даже высшие суды не должны издавать правоустановительные акты.

²⁵ «Английские судьи – во всяком случае, в Высоких судах – достаточно пространно излагают мотивы своих решений и делают это в свободной, рассуждающей манере... При этом судья нередко формулирует общие положения, выходящие за рамки данного дела. <...> Сам судья не определяет, что в решении *ratio decidendi*, а что “попутно сказанное”. Это делает другой судья, устанавливая, является ли данное решение прецедентом для дела, которое он рассматривает» (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 258).

Но это ограничение не препятствует судебному правотворчеству.

Классификации источников права

Источники права можно классифицировать по различным основаниям, например, «по ветвям государственной власти», отмечая при этом специфику нормативно-правовых текстов, создаваемых законодателем, исполнительной властью и властью судебной («судебной практикой»). Кроме того, ниже будет рассмотрено разделение источников права на первичные и вторичные.

Но, прежде всего, для настоящего исследования важно показать, что традиционная классификация источников права, или «классическое различие четырех формальных источников права» – закон (нормативный акт), прецедент, доктрина, обычай – охватывает все виды нормативно-правовых текстов и, следовательно, в этом ряду не может стоять феномен, называемый судебной практикой.²⁶ «Судебная практика» стоит в одном ряду с «государственной волей».

Традиционную классификацию источников права, можно назвать классификацией по видам (формам, способам выражения) нормативно-правовых текстов. Есть официальные письменные тексты – правоустановительные (нормативные акты) и правоприменительные (прецеденты), есть неофициальные по происхождению, но официально санкционированные письменные тексты (правовая доктрина) и, наконец, устные тексты (правовой обычай).

Следует считать этот классический ряд исчерпывающим. Попытки дополнить или расширить этот ряд выглядят неубедительными.

А именно, в один ряд с нормативным актом, прецедентом, доктриной и обычаем, у разных авторов и в разных сочетаниях, попадают, с одной стороны, религиозные тексты (религиозные памятники), международные договоры (тексты международного права) и иные договоры нормативного содержания, акт рефе-

рендума, а с другой – естественное право или естественные права человека, принципы права, правовые позиции конституционного суда и правоположения юридической практики.²⁷ Наконец, явление, обозначаемое как *судебная практика*, некорректно рассматривается в качестве источника права в одном ряду с судебным прецедентом, обычаем или нормативным актом.²⁸

Очевидно, что права человека, принципы права, правовые позиции и другие *правоположения*, на которые опираются правоприменительные решения, относятся к содержанию правовых текстов, содержатся в источниках права, следовательно, сами не могут считаться источниками права. Зачисление принципов права или прав человека в разряд источников права есть смешение формы и содержания права – это суждение представляется тривиальным. Между тем, причисление принципов и подобных правоположений к источникам права стало общим местом в учебной и научной литературе. Так, еще Р. Давид, классифицируя источники права романо-германской правовой семьи, рассматривал в одном ряду с законом, обычаем, доктриной и судебной практикой еще и принципы права. И при этом речь шла о принципах, либо выраженных в форме закона («общие формулы за-

²⁷ См., например: Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: восточно-европейское обозрение. 1999. № 3. С. 82; Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. М., 2005. С. 283–403, 699–755; Он же. Теория государства и права. М., 2005. С. 532–547; Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 402–405; Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 272–278; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2000. С. 378–379.

²⁸ См., например: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 95–98; Марченко М.Н. Источники права. С. 385; Судебная практика как источник права: Сб. ст. / Под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юрист, 2000; Судебная практика как источник права: Сборник. М.: ИГП РАН, 1997.

²⁶ См.: Бержель Ж.-Л. Указ. соч. С. 98, 103.

кона»), либо сформулированных доктриной.²⁹

Что касается религиозных памятников (священных книг) – которые можно рассматривать в качестве источников права в той мере, в которой они содержат юридические тексты – то они представляют собой специфическую разновидность доктрины. Специфическую в том смысле, что ее авторство приписывается Богу, пророкам и т.п., в то время как толкованием этой фундаментальной доктрины занимается доктрина человеческая (богословская).

Нормативный договор государственно-властных субъектов, включая международный договор, можно рассматривать как разновидность нормативного акта. В этом контексте А.В. Поляков пишет об автономных нормативных актах (нормативные договоры) и гетерономных (нормативные акты в смысле обычного употребления этого термина).³⁰ Нормативные соглашения о труде – это законодательно санкционированные договоры частных лиц, содержащие нормы трудового права, т.е. по существу – специфические акты делегированного законодательства (нормативные акты). Их специфика заключается в том, что законодатель делегирует регулирование трудовых отношений не государственно-властным субъектам, а частным лицам (предпринимателям и их объединениям, трудовым коллективам, профсоюзам и т.п.), но в остальном – это такие же нормативные акты.³¹

Вряд ли можно рассматривать акт референдума как самостоятельный источник права (разве что речь может идти о «воле народа» – источнике, аналогичном «государственной воле»). Причем нормативный текст, принятый путем референдума, не может быть ни чем иным кроме как нормативным актом.

²⁹ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 108–111.

О доктринальных принципах права и их выражении в официальной форме см.: Бергель Ж.-Л. Указ. соч. С. 168; Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. С. 175.

³⁰ Поляков А.В. Указ. соч. С. 646–649.

³¹ См.: Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. С. 199–200.

Таким образом, попытки расширить классический перечень источников права обращаются смешением формы и содержания права или общего и особенного в форме права.

Отметим здесь разный обязывающий характер рассмотренных основных разновидностей нормативно-правовых текстов. Прежде всего, нормативный акт – это не только официальный текст, в котором сформулирована норма права, но и *приказ о норме права*.

Таковым не является судебный прецедент (правоприменительный акт). В нем сформулирована норма права, примененная в деле, но при этом нет никакого государственного приказа – ни законодательного, ни судебного – следовать этой норме. Однако такой приказ и не нужен, поскольку по мере развития правовой культуры закономерно складывается обычай: для обеспечения единообразия судебной практики следует руководствоваться правоположениями более высокого или высшего суда.³² Другое дело, что необходимость этого

³² У судебного прецедента иной, в сравнении с законом, механизм действия: если суд не будет следовать прецеденту вышестоящего суда, то последний просто отменит решение нижестоящего. Поэтому не нужно устанавливать в конституции или законе обязанность судов следовать прецедентам вышестоящего суда; это само собой разумеющееся условие единообразия судебной практики. Другое дело – обязанность суда следовать своим прецедентам. Но и здесь закон ничем не может помочь. Если даже конституция предписывает «стоять на решенном», придерживаться правовых позиций, выраженных в прежних решениях, то в неразвитой правовой культуре высокий суд все равно будет отступать от своих позиций под влиянием властей предрешающих, а в развитой правовой культуре он будет стоять на этих позициях независимо от того, что по этому вопросу говорится в конституции, но при необходимости судьи всегда смогут объяснить юридическому сообществу, что они не отказываются от прежних позиций, поскольку ныне решаемое дело является для них в каком-то смысле беспрецедентным.

Иного мнения по этому вопросу придерживается М.Н. Марченко, который пишет о том, что в странах романо-германского права законы не определяют юридическую силу прецедентов и не

очевидна именно тогда, когда нормы формулируются, прежде всего, судебной властью. Когда же нормы формулируются, в основном, законодателем, то, во-первых, все суды должны ориентироваться на законоположения, и, только во-вторых, нижестоящие суды должны интерпретировать законоположения так, как это делают вышестоящие. Таким образом, преобладание статутного права не снимает необходимость следовать позиции вышестоящего суда, не лишает акт судебно-прецедентной интерпретации характера источника права.

Частноправовой обычай означает, что сложилась некая норма, санкционируя которую законодатель или суд не приказывают непременно следовать этой норме, но лишь устанавливают, что те, кто согласился следовать этому обычаю, не вправе впоследствии отказываться от обязанностей, из него вытекающих. Обязательность такого обычая аналогична обязательности договора: заключать договор не обязательно, но если он заключен, то придется его соблюдать. В сфере же публичного права, где обычай санкционирован самой государственно-властной практикой, норма обычая держится лишь на желании сторон обычных отношений сохранить этот обычай, но соответствующий властный субъект вправе отказаться следовать обычаю и, например, потребовать, чтобы компетентный государственный орган устранил пробел в праве.

Что касается правовой доктрины, неофициального юридического текста, то в развитых правовых системах вряд ли возможно официальное санкционирование доктрины в

устанавливают обязанность суда следовать прецедентам. Он считает «неоспоримым фактом», «истиной, не подлежащей сомнению», что важны и даже необходимы нормативные акты, «создающие формально-юридическую основу прецедентов и устанавливающие их правовой статус» (см.: Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. С. 276–278). Правда, он делает оговорку, что реальная сила прецедентов определяется не формально-юридическими актами, а фактическими жизненными обстоятельствами, но что это за обстоятельства – у М.Н. Марченко совершенно не ясно (см.: Там же. С. 278).

качестве источника права, и доктринальный текст о нормах права может использоваться лишь как «подкрепляющий аргументацию судьи».

Таким образом, налицо разный механизм действия нормативного акта, судебного прецедента и санкционированного обычая, хотя все они являются источниками права. Нормативный акт считается источником права независимо от реального авторитета издавшего его *компетентного* органа. Судебный прецедент, напротив, является обязательным в силу авторитета создавшего его суда, а также из соображений единообразия судебной практики. Наконец, правовой обычай существует постольку, поскольку те, кто должен ему следовать, одобряют его содержание.

Отсюда вытекают важные следствия для источников права, создаваемых судебной властью – если считать, что судебная практика порождает не только прецеденты, но и нормативные акты и обычаи. А именно, если по какой-либо причине, по мнению высокого суда, его прецеденты недостаточно соблюдаются в практике нижестоящих судов, то он может издать адресованный этим судам нормативный акт («разъяснения по вопросам судебной практики»), т.е. четко сформулировать определенные нормы, выраженные в его прецедентах, и фактически отдать приказ об их соблюдении. Источником права может быть и судебный обычай, сила которого держится исключительно на убежденности всех судей следовать ему.

Судебная практика и источники права

Особого внимания заслуживает вопрос о понятии «судебная практика как источник права». Что означает этот термин? Обобщая разные позиции по этому вопросу, А.Н. Верещагин дает следующее определение (которое, однако, представляется неточным): «В российском юридическом лексиконе нормы, созданные судьями, обычно именуется “судебной практикой”».³³ Действительно, судебную

³³ Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М.,

практику, если рассматривать ее в нормативном аспекте, можно интерпретировать как нормы права, созданные судьями. Но нормы права – это не источник права. А.Н. Верещагин отмечает неопределенность этого понятия (что именно в судебной практике считается источником права?) и, по существу, объясняет в качестве источников права не *практику*, а порожаемые ею нормативно-правовые тексты – судебные нормативные («квазинормативные») акты, судебные прецеденты и судебные обычаи.

Г.И. Муромцев, называя судебной практикой «совокупность принципиальных решений верховных судебных инстанций по вопросам правоприменения», характеризует судебную практику и как *источник права* (по меньшей мере, ставит вопрос о судебной практике как источнике права), и как *деятельность*, имеющую правотворческий характер, играющую правотворческую роль.³⁴ В связи с этим можно отметить, что в современной доктрине судебная практика иногда характеризуется не как *источник права*, а как *источник нормотворчества*, т.е. как специфическая правоустановительная деятельность.³⁵

Интересно, что эквивалентом русского термина «судебная практика» во французской доктрине является термин «юриспруденция». Например, *le pouvoir normative de la jurisprudence* переводится как «нормативная сила судебной практики».³⁶ В переводе В.А. Туманова известной книги Рене Давида по этому поводу говорится: «Термин *jurisprudence* (“судебная практика”) употребляется в данном случае в его французском значении, то есть речь идет о судебных решениях. Английский термин *jurisprudence* имеет иное значение: он означает то, что во Франции называют общей теорией и

философией права. Французский же термин *jurisprudence* переводится на английский язык как *the Decisions of the Courts* (“судебные решения”).³⁷

Причем, по свидетельству Ж.-Л. Бержеля, «в системе французского права ... не утвердилась традиция рассматривать судебную практику в качестве подлинного источника права... Ведущие специалисты оспаривают мысль о том, что судебная практика является источником права, но видят в ней фактор, определяющий существенный авторитет права. Другие характеризуют ее все-таки как источник права».³⁸

В немецкой доктрине используется термин *Rechtsprechung* (юрисдикция, «правовоговорение»). Традиционная немецкая доктрина объясняла применительно к европейскому континентальному праву, что, с одной стороны, «правовоговорение» не является источником права, но, с другой – «правовоговорение», хотя и не устанавливает новое право, тем не менее, развивает или «продолжает» уже существующее право (происходит *richterliche Rechtsfortbildung*) и тем самым порождает так называемое судейское право – нормативно-правовые позиции, «вторичные нормы», которыми, в той или иной мере, *de facto* руководствуются судьи.³⁹ Однако в новейшей немецкой доктрине обозначилась и противоположная позиция, согласно которой «правовоговорение» все-таки следует считать источником права; в частности, признается судебный прецедент как источник права.⁴⁰

В рассуждениях о судебной практике как источнике права, прежде всего, бросается в глаза смысловое несоответствие: источники права – это юридические тексты, нормативно-текстуальная интерпретация практики, но не

2004. С. 139.

³⁴ См.: Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. С. 271–272 (автор раздела – Г.И. Муромцев).

³⁵ См.: Адилкариев Х. Судебная практика как источник нормотворчества // Советская юстиция. 1989, № 23. С. 14–15

³⁶ См.: Бержель Ж.-Л. Указ. соч. С. 137.

³⁷ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 248.

³⁸ Бержель Ж.-Л. Указ. соч. С. 135–136.

³⁹ Haase R., Keller R. Op. cit. S. 37–38.

⁴⁰ См.: Alexy R., Dreier R. Op. cit.; Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Heidelberg, 1986.

сама *практика* (это же возражение относится и к попыткам представить в качестве источника права некую «юридическую практику», отличную от практики судебной). Источником права в формальном смысле может быть названа не практика, т.е. деятельность,⁴¹ а нормативные тексты как результат этой деятельности – в том числе судебной практики, если она создает такие тексты.

Представляется, что в этом вопросе есть некая недоговоренность. А именно: континентальная правовая доктрина традиционно считала, что суды не создают право (в романо-германской правовой семье) и что судебные решения нельзя рассматривать как источники права наравне с законом, но в то же время отмечала, что судебная практика, оставаясь в общем и целом в рамках закона, тем не менее подчиняется еще каким-то правилам. Эти *обыкновения судебной (правоприменительной) практики* стали называть «судейским правом», подчеркивая при этом, что *судейское* право не самостоятельно, производно от закона (вторично), является результатом трансформации, интерпретации, усвоения судьями *законного* права. Позже стали говорить о *вторичных* нормах – нормах, созданных судебной практикой, проявляющихся в обыкновениях судебной практики (предполагается, что *первичные* – это нормы, созданные законодателем).⁴²

⁴¹ Судебная практика – это, по своему предназначению, правоприменительная деятельность, и в этом качестве она стоит в одном ряду не с источниками права, а с правоустановительной деятельностью законодателя или правообеспечительной деятельностью исполнительной власти. Другое дело, что в судебной практике, несомненно, есть и правоустановительный аспект. Во всяком случае, никто не оспаривает, что нормы права в форме судебного прецедента появляются в результате именно *судейского* правоустановления. Таким образом, можно говорить о судебной практике и как о правоустановительной деятельности судебной власти, наряду с законотворчеством или наряду с парламентским и правительственно-административным нормотворчеством.

⁴² См.: Бергель Ж.-Л. Указ. соч. С. 135–139; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С.

Но если признавать *судейское* право, т.е. создаваемые судебной практикой *вторичные нормы*, то возникает вопрос: что служит формой, *источником права в формальном смысле* для этих вторичных норм? Какого рода судебные решения, какие юридические тексты?

В лучшем случае традиционная доктрина говорит, что источником права может быть *судебный обычай*. Так, традиционная немецкая доктрина утверждает, что *обыкновение* судебной практики не тождественно *правовому обычаю* (праву, существующему в форме *обычая*). Факт некоего *обыкновения* (позиции) судебной практики еще не достаточен для того, чтобы говорить о *норме*, утвердившейся в форме *обычая*, на который можно сослаться как на источник права и который можно оспаривать. Позиция судебной практики якобы в любой момент может измениться, хотя надлежащее *судоустройство* дает некоторые гарантии от произвольного изменения позиции: так, если палата суда склоняется к решению, не соответствующему практике другой палаты или пленума суда, дело передается на пленарное заседание суда (§ 132 Закона ФРГ о *судоустройстве*⁴³). И лишь в виде исключения устоявшаяся в течение долгого времени *судебная практика* становится *правовым обычаем*.⁴⁴

Российская (досоветская) доктрина также не много проясняла в вопросе о *судебной практике* как источнике права. Например, Н.М. Коркунов считал ее «юридическим *обычаем*», чем-то средним между *обычаем* и *законом*.⁴⁵ Е.Н. Трубецкой и Г.Ф. Шершеневич на-

69–74, 95–104.

⁴³ Это *правоположение* воспринято в ст.73 Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации”.

⁴⁴ Так в немецких университетах объясняется *обыкновение* судебной практики и его соотношение с *обычаем*. См.: Zivlrecht. Grundkurs I. Arbeitspapier: Bürgerliches Recht und Gesamtrechtsordnung. S. 6 (<http://www.intrecht.euv-frankfurt-o.de/WWW/BGBGesamt.rtf>).

⁴⁵ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права (Книга 4. Положительное право. По изданию 1914 года. Редактирование и коммента-

зывали «судебной практикой» обычай или обыкновение следовать судебному прецеденту.⁴⁶ И лишь Л.И. Петражицкий указывал на недоразумение, связанное с понятием «судебная практика как источник права», и делал вывод, что судебная практика – это просто факт, а причиной этого факта могут быть закон, прецедент или даже произвол, и что никакого нового права судебная практика не порождает.⁴⁷

На наш взгляд, характерное для прежней, традиционной континентальной доктрины понятие «судебная практика как источник права» аналогично понятию «государственная воля», но оно обозначает явление, которое по своему «онтологическому статусу» стоит ниже «государственной воли». Отсюда следует, что если право создается «государственной волей», то «судебная практика» (особенно практика высших судов) создает не право, а лишь некие правоположения, которые позволяют лучше уяснить «государственную волю». Употребление сегодня словосочетания «судебная практика как источник права» выражает своего рода компромисс между догматическим отрицанием судейского права и необходимостью признать очевидное, свидетельствует о невозможности для тех, кто по-прежнему твердит о «государственной воле», признать правоустановительную деятельность судебной власти, об их неспособности объяснить действительные источники права, создаваемые судебной властью.

Итак, судебная практика не является источником права – в том смысле, в каком мы называем источником права закон, прецедент или обычай. Судебная практика есть правоприменительная деятельность, которая может содержать и содержит правоустановительный

(и собственно правотворческий) компонент. Судебная практика порождает, создает источники права. А именно: судебный прецедент (решение по конкретному делу, имеющее нормативное значение), нормативный («квазинормативный») акт судебной власти и судебный обычай. Эти три вида юридических текстов образуют *судебные источники права*.

В судебных решениях, актах судебной власти формулируются нормы (нормативные правоположения), и *эти нормы обязательны для всех судов*, компетентных разрешать дела (категории дел), для которых сформулированы эти нормы. Именно обязательны: никакие *убеждающие* и другие *не обязывающие* правоположения судебных решений не позволяют считать соответствующие тексты источниками права – во всяком случае, в том же смысле, что и закон. Последнее утверждение не отрицает «убеждающую силу или подкрепляющий эффект»⁴⁸ соответствующих текстов, не являющихся источниками права, но подчеркивает, что нормы права не «убеждают» и не «подкрепляют аргументацию судьи», а обязывают его принимать определенное решение.

Иной точки зрения придерживается А.Н. Верещагин. Ссылаясь, в частности, на статью А. Печеника,⁴⁹ исследователь доказывает, что судебные прецеденты, будучи источниками права, могут и не быть обязывающими, обязательными для судов, что обязательность не является неотъемлемым «внутренним качеством» самого прецедента, и убеждающий прецедент – тоже источник права. При этом используются, в основном, два аргумента: (1) прецедент не может быть безусловно обязательным для создавшей его высшей судебной инстанции, и (2) один и тот же прецедент может быть одновременно обязывающим для одного суда и лишь убеждающим для другого, в зависимости от статуса суда.⁵⁰

По первому пункту можно возразить,

⁴⁸ См.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 161.

⁴⁹ См.: Peczenik A. The binding force of precedent // Interpreting precedents.

⁵⁰ См.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 160–163.

рии. (с) www.allpravo.ru – 2003). С. 300–301.

⁴⁶ См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909: Судебная практика // Allpravo.Ru. 2005 (<http://www.allpravo.ru/library/doc108p0/instrum4439/item4463.html>); Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1, 2. Вып. II. М., 1911. С. 465–466.

⁴⁷ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 452–453.

что и законодатель не связан своим законом – в том смысле, что он вправе его изменить, оставаясь в рамках конституции, – однако никому не приходит в голову, что закон может быть лишь убеждающим источником права.

Не меняет дела аргумент, что суд может отказаться применять законоположение, считая его неконституционным (следовательно, закон якобы тоже не всегда обязателен для судов). Если суд конституционной юрисдикции официально признает законоположение не соответствующим конституции, то в этой части закон вообще не является источником права, не содержит ни обязывающих, ни «убеждающих» правоположений. Если же какой-то иной суд не применяет законоположение, обоснованно предполагая его неконституционность, то при этом он лишь выполняет свою обязанность не применять закон, противоречащий конституции;⁵¹ но мнение такого суда о неконституционности законоположения не может порождать нормативно-правовые последствия. Он может лишь приостановить производство по делу и обратиться в конституционный суд, и если последний подтвердит конституционность законоположения, то для первого это будет равносильно приказу применять закон, причем в соответствии с тем толкованием, которое дал ему конституционный суд, даже если оно представляется неубедительным.

Таким образом, автор формально-юридически корректного нормативного текста, конечно же, вправе его изменять, но для тех, кому текст адресован, он является обязательным, а не убедительным.

Другое дело, что нормативный текст, созданный высоким судом, адресован и самому этому суду. Действительно, судьи высшей судебной инстанции придерживаются нормативно-правовой позиции, выраженной в их прежних решениях, лишь постольку и до тех пор, поскольку и пока они *убеждены* в ее правильности. Но отсюда вовсе не вытекает, что прецедент высокого суда является для этого

⁵¹ Аргументация на этот счет хорошо известна со времен дела *Marbury v. Madison* (1803).

суда всего лишь убеждающим: если суд творит правосудие, а не произвол, то он не может не быть связанным той нормативно-правовой позицией, которую он сам выбрал. В противном случае вообще бессмысленно рассматривать судебные решения как источники права. Именно в этом смысле выше было заявлено, что о судебных источниках права можно говорить лишь постольку, поскольку в судебных решениях формулируются нормы, *обязательные для всех судов*, компетентных разрешать дела, для которых сформулированы эти нормы. Причем об этом пишет и сам А.Н. Верещагин: «Принцип *stare decisis* (досл. “стоять на решенном”) в том виде, в котором он существует в классической традиции стран общего права, может рассматриваться как разновидность более универсального принципа, присущего судейской функции как таковой. Общеизвестно, что последовательность и единообразие находятся в числе наиболее желательных качеств судопроизводства, проявления которых вправе ожидать от судей граждане и общество в целом».⁵²

По второму пункту (о разной силе прецедента для разных судов) можно сформулировать следующий контраргумент: источники права имеют определенную сферу действия, и судебный прецедент *является* источником права там, где он обязателен для судов, и *не является* источником права там, где он считается лишь убеждающим, т.е. не признается текстом, содержащим норму права, которую должно применить в данном деле.

Первичные и вторичные источники права

В западных доктринах различие первичных и вторичных (производных) источников считается фундаментальной классификацией источников права.⁵³ Однако смысл, который в этих доктринах вкладывается в термин

⁵² Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 160.

⁵³ Это положение ранее вызывало некоторое удивление у М.Н. Марченко (ср.: Марченко М.Н. Источники права. С. 468–471; Он же. Судебное правотворчество и судейское право. С. 267–270).

«вторичный источник права», не вполне совпадает с предлагаемым нами понятием вторичных источников права. Так, в континентальной доктрине термину «вторичный» нередко придается значение «вспомогательный», «дополнительный», «второстепенный», «применяемый во вторую очередь» и т.п., что вовсе не имеется в виду в настоящей статье. А в доктрине общего права вторичными источниками права считаются делегированное законодательство и официально санкционированные обычаи,⁵⁴ что является чисто конвенциональным словоупотреблением и имеет такое же отношение к действительности, как и «суверенитет британского Парламента» или зачисление судебных прецедентов в разряд «неписаного права».

В российской юридической науке нет даже более или менее внятных представлений о разделении источников права на первичные и вторичные. Иногда о первичных и вторичных источниках права говорится в контексте различия *фактических* (реальных, материальных и т.п.) и *формальных* (формально-юридических, текстуальных и т.д.) источников права. Исключение составляют работы А.В. Полякова, который, прежде всего, различает *внетекстуальные* источники права – intersubъективную деятельность членов общества, которая и порождает феномен права, – и *текстуальные* источники (правовые тексты), и уже далее различает *первичные* и *вторичные правовые тексты*, источники права в формальном смысле.⁵⁵ В настоящей статье речь пойдет о первичных и вторичных источниках права именно в формальном смысле.

Первичный источник права – это правовой текст, в котором нормы права офици-

⁵⁴ См.: Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права». Автореф. дисс. ... д-ра. юрид. наук. М., 2007.

К сожалению, И.Ю. Богдановская пребывает в доктринальном «плёну» английского юридического языка, пытается анализировать действительность общего права на языке концепций, которые сформировались в этой действительности, но такой анализ обречен на эпигонство.

⁵⁵ Поляков А.В. Указ. соч. С. 626–630.

ально формулируются впервые («первичные нормы»). *Вторичным источником права* являются производные от первичных официальные правовые тексты, в которых интерпретируется содержание первичных источников права, уточняется смысл правовых норм и, таким образом, формулируются «вторичные нормы». В частности, это акты *нормативного толкования* первичных источников права.

Характеристики первичности и вторичности используются здесь как характеристики *содержания* официальных (официально изданных или официально признанных) правовых текстов. Первичность источника права означает, что содержащиеся в официальном тексте правовоположения однозначно не вытекают из какого-то другого, ранее созданного официального правового текста. Вторичность, наоборот, означает, что официальный текст, используемый как источник права, содержит правовоположения, ранее уже сформулированные. Например, закон в части, в которой он развивает, интерпретирует положения конституции или международного договора, является вторичным источником права. Обязательный для судов прецедент толкования закона (деклараторный прецедент) – вторичный правовой текст – представляет собой вторичный источник права по отношению к закону.

Иначе говоря, первичные источники права – это оригинальные правовые тексты, т.е. такие, в которых впервые формулируются нормы, официально признаваемые нормами действующего права. Вторичными источниками права являются производные от первичных официальные тексты, в которых интерпретируется содержание первичных источников права, уточняется смысл первичных правовоположений и, таким образом, формулируются вторичные правовоположения («вторичные нормы»). В частности, судебные вторичные источники права можно рассматривать как акты *нормативного толкования* первичных источников права.

В рассуждениях о первичных и вторичных источниках права следует различать форму и содержание правовых текстов (текстуальных источников права). Закон, преце-

дент, обычай и доктрина являются *формой* правовых текстов. Причем нет строгого соответствия между формой текстов и характеристикой их содержания.⁵⁶ Так, нельзя утверждать, что закон всегда является первичным источником права. Другое дело, что закон *как правило* является первичным источником права и что он предназначен для официального формулирования именно первичных правовых текстов.

Понятие подзаконного нормативного акта предполагает, что эти акты издаются на основании и во исполнение законов. Однако отсюда не вытекает, что подзаконные акты по определению являются вторичными источниками права. Они являются вторичными лишь в той мере, в которой они используются для того, чтобы конкретизировать, уточнять правоположения законов. Но если это акты делегированного законодательства, то это уже первичные источники права. Хотя акты делегированного законодательства тоже издаются на основании и во исполнение законов, тем не менее они предназначены для официального издания оригинальных правовых текстов, для формулирования новых в сравнении с законом правоположений. Отсюда вытекает, что нормативные акты, например, исполнительной власти – как подзаконные акты – могут быть и вторичными, и первичными источниками права, но в последнем случае они не должны противоречить закону. Другое дело, что при разделении властей на законодательную и исполнительную нормативные акты исполнительной власти должны быть только подзаконными и не могут использоваться для автономного нормотворчества.⁵⁷ Иначе говоря, если мы

⁵⁶ Наоборот, в романо-германской доктрине принято подразделять источники права на первичные и вторичные по форме: «к первичным источникам права относятся: а) все без исключения нормативно-правовые акты, на вершине которых находятся законы; б) обычаи... Соответственно ко вторичным источникам права относятся судебные решения (прецеденты), доктрины и все другие неформальные источники права» (Марченко М.Н. Источники права. С. 470–471).

⁵⁷ Примерами автономного нормотворчества

признаем, что акты исполнительной власти могут быть первичными источниками права, то это еще не значит, что мы допускаем автономное нормотворчество исполнительной власти.

Далее, судебный прецедент может быть источником права как первичным (креативный прецедент), так и вторичным (прецедент толкования закона, деклараторный прецедент). То же самое относится к обычаю. Например, частноправовые обычаи или обычаи, сложившиеся на основе соглашений высших органов власти о распределении компетенции, являются первичными источниками права; но судебный обычай толкования закона – вторичный источник права. В исторически неразвитых правовых системах правоположения, разработанные доктриной, могут использоваться как первичный источник права, но в развитых правовых системах используется лишь доктринальное толкование применяемых источников права – но не как вторичный источник права в смысле, придаваемом этому термину в настоящей статье, а как некий «вспомогательный источник права».⁵⁸

Также следует различать понятия «первичный (вторичный) текст» и «первичный (вторичный) источник права». Источник права – это всегда *официальный* юридический текст, а юридический текст как таковой может быть и неофициальным. Поскольку не всякий *первичный* юридический текст является источником права вообще, постольку некий *вторичный текст* может быть *первичным официаль-*

ва *praeter legem* служат регламентарные акты по Конституции Пятой республики во Франции и указы Президента РФ по Конституции Российской Федерации. Причем если первые запрещено издавать по предметам, относящимся к компетенции номинального законодателя, парламента, то вторые можно издавать по всем вопросам федерального законодательства, за исключением тех, по которым принимаются федеральные конституционные законы (конкурирующая нормотворческая компетенция президента См. также Смита А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2000. С. 163.

ным юридическим текстом – первичным источником права. *Первичный источник права* является таковым, поскольку его содержание не производно от другого *официального* текста, а *вторичный* – поскольку его содержание является интерпретацией другого *официального* текста (первичного источника права).

Так, доктрина сама по себе не является источником права в формальном смысле и представляет собой либо неофициальную интерпретацию (вторичный неофициальный текст, *компиляцию*) источников права, либо положения *de lege ferenda* (первичный неофициальный текст). Доктрина может предшествовать закону, но не доктрина считается *источником права*, когда законодатель фактически воспроизводит первичный доктринальный текст; в этом случае первичным *источником права* признается закон, и суды, разумеется, официально ссылаются на закон, а не на доктрину. Аналогично высокий суд, впервые ссылаясь на некое доктринальное правовоположение, создает *прецедент* применения и толкования этого правовоположения, официально санкционирует, вводит это правовоположение (но не доктрину!) в правовую систему, и в дальнейшем суды ссылаются на установленный прецедент,⁵⁹ следовательно, первичным источником права доктрина и в этом случае не является, хотя доктринальный текст первичен по отношению к тексту прецедента. В этом контексте говорится, что доктрина выступает как «*косвенный источник права*».⁶⁰ Но «*пря-*

⁵⁹ Например, доктринальные принципы права (принципиальные правовоположения, впервые сформулированные доктриной) воспроизводятся в источниках права – законах и прецедентах. Так, в решении *Dr. Bonham's Case* (1610) был официально сформулирован известный со времен римского права принцип «никто не может быть судьей в своем деле», и далее суды стали ссылаться на установленный прецедент (подробнее см.: Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. С. 175–177).

⁶⁰ «Доктрина влияет на законодателя; здесь она является лишь косвенным источником права. Но доктрина играет также роль в применении закона, и было бы трудно, не искажая действительно-

мым источником права» доктрина может быть только в том смысле, что законодатель санкционирует определенные труды юристов, придает им силу закона, не воспроизводя их текст в законе; в этом случае доктрина выступает как первичный источник права, что возможно только в неразвитых правовых системах.⁶¹ В развитой правовой ситуации, с ее доктринальным плюрализмом, доктрина не может быть ни первичным, ни вторичным источником права; в такой ситуации на доктрину официально не ссылаются – за редким исключением.⁶² Когда пишут о доктрине как о «вторичном» или вспомогательном источнике права, имеют в виду, что фактически суды обращаются к помощи доктрины, но она имеет лишь убеждающее, аргументирующее значение.

Наконец, необходимо пояснить, почему некие вторичные официальные правовые тексты нужно и можно рассматривать как источники права, в то время как есть первичные официальные тексты, и вторичные лишь интерпретируют их содержание. Дело в том, что, во-первых, вторичные правовые тексты самостоятельно воздействуют на поведение субъектов права, во всяком случае, не меньше, чем первичные,⁶³ а, во-вторых, и это главное, вто-

сти, отрицать за ней в этой сфере качество источника права» (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 106).

⁶¹ Так, законом Валентиниана III (426 г.) о цитировании юристов доктринальным трудам Гая, Папиниана, Павла, Ульпиана и Модестина была придана законная сила (подробнее см.: Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 417; Он же. Философия права. М., 1997. С. 430–438).

⁶² «Из характера конституции [Великобритании] вытекает и то, что труды ученых юристов признаются за источник конституционного права, поскольку они содержат необходимые обобщения, анализ писаных и неписаных норм конституции. Толкование законов, прецедентов и обычаев является не первичным, а производным источником права. Названная роль трудов юристов подтверждается судебной практикой» (Современные зарубежные конституции / Сост. В.В. Маклаков. М., 1996. С. 49).

⁶³ «Следует иметь в виду, что правовая норма является результатом интерпретации не од-

ричные тексты далеко не только *уточняют* содержание первичных.⁶⁴

А именно: лишь *de jure* вторичный правовой текст не может ничего изменить в содержании и смысле первичного текста, а *de facto* вторичные тексты нередко формулируют *новые правоположения* – «вторичные нормы», которые, по меньшей мере, не очевидны при простом прочтении первичного текста и возможность которых не вытекает однозначно из содержания первичного текста.⁶⁵ Представля-

ного правового текста, а всех тех, которые имеют текстуально-правовую связь с первичным правовым текстом. Такие вторичные правовые тексты, которые уточняют смысл правовой нормы, могут создаваться и как гетерономные тексты (определяющие поведение участников соответствующих правоотношений извне)... Например, судебное толкование смысла правового текста закона само будет являться гетерономным правовым текстом, неотделимым от текста закона... Более того, смысл правовой нормы определяется знанием и пониманием (оценкой) всех предшествовавших правовых текстов (претекстов), рефлексии которых содержатся в интерпретируемом правовом тексте» (Поляков А.В. Указ. соч. С. 630–631).

⁶⁴ Это явствует из следующего рассуждения: «Человек, призванный разрешить спор, зачастую находит необходимым сформулировать и тем самым сделать более точными правила, по поводу которых возникли разногласия, а в случае, если ни одно из установленных правил не подходит, ему порой приходится формулировать новые. ... При этом часто невозможно отличить, где идет речь о формулировании уже существовавших на практике правил, а где формулируется правило, прежде не применявшееся на деле, но, будучи воплощенным в слове, оно будет принято большинством, как здравое. Но судья никогда не волен провозглашать правило лишь потому, что оно ему нравится. Провозглашаемые им правила должны заполнять лакуны в совокупности уже принятых правил таким образом, чтобы поддерживать и совершенствовать тот порядок действий, который оказался возможным благодаря уже принятым правилам» (Хайек Ф.А. фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Пер. с англ. под ред. А. Куряева. М., 2006. С. 118).

⁶⁵ Например, если регламент парламента

ется, что создание таких вторичных текстов – это не просто интерпретация первичных, это *правоустановительная деятельность*.

Здесь нужно отметить противоречие, в которое впадают противники признания судебного правотворчества. С одной стороны, они полагают непреложным фактом то, что вторичные правовые тексты, создаваемые *исполнительной* властью (нормативные акты которые «всего лишь» конкретизируют и детализируют положения законов), являются источниками права. (Даже парламентский регламент они, не испытывая сомнений, объявляют источником права, хотя очевидно, что регламент может лишь воспроизводить правовые нормы, уже установленные конституцией или законами, а все корпоративные организационно-процедурные правила, установленные самим регламентом, не действуют за пределами парламента, да и обязательны они для депутатского корпуса лишь в той мере, в которой большинство депутатов желает их соблюдать). Но, с другой стороны, они почему-то утверждают, что когда *судебная* власть дает нормативную интерпретацию первичного текста, конкретизирует, уточняет положения конституции или закона, то создаваемые при этом вторичные

устанавливает для конституционно определенных субъектов законодательной инициативы право предлагать поправки к законопроекту, в то время как конституция об этом умалчивает, то мы имеем такую «вторичную норму», которая ничего не добавляет к содержанию конституции, первичного текста. Ибо в силу принципа *a fortiori* субъект законодательной инициативы вправе предлагать поправки уже постольку, поскольку он вправе внести целый законопроект. Но когда конституционный суд из первичного текста «президент является гарантом конституции» выводит, что во всех случаях, когда для исполнения конституции необходимо издать некий акт, и никакой государственный орган, включая президента, не компетентен издавать такой акт, издание этого акта относится к компетенции президента, то получается такая «вторичная норма», которая логически не вытекает из первичного текста. Ибо словосочетание «гарант конституции» вовсе не означает, что президент вправе издавать такие акты, которые конституция или закон не относят к его компетенции.

правовые тексты источниками права не являются, и не происходит никакого судебного правотворчества. То есть происходит лишь эманация первичного текста, самодвижение его интенции, а судьи, выступающие «устаами закона» (Ш.Л. Монтескьё), в своем вторичном тексте всего лишь провозглашают то, что «само» проистекает из первичного текста – единственного источника права. С таким же успехом можно утверждать, что и любое законодательство, осуществляемое в развитие конституционных положений, есть лишь простая эманация конституции.⁶⁶

Само понятие вторичных источников права имеет смысл постольку, поскольку, есть такие вторичные правовые тексты, которые не просто интерпретируют первичные, но дают такую интерпретацию, которая *конкурирует или может конкурировать* с положениями первичного текста (*de jure* такой вторичный текст имеет силу первичного текста, но *de facto* – большую силу⁶⁷).

Последнее вовсе не означает, что теория призывает к подмене законов их произвольным толкованием. Теория лишь констатирует факт, что в результате толкования создаются новые правовые тексты, которые могут выходить за пределы содержания интерпретируемого, первичного текста, даже если они ему не противоречат. Официальное толкование, данное, например, высшим судом, опровергает все иные варианты толкования, и отныне все иные интерпретаторы должны придерживаться этого толкования, даже если они считают его ошибочным.

Вторичный источник права – интер-

⁶⁶ Подробнее см.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 104–105, 138–139.

⁶⁷ Например, деклараторный судебный прецедент (прецедент толкования закона) *de jure* лишь воспроизводит законоположение – в том виде, как его понимает судья, но *de facto* он может изменить его смысл. То, что изложено в мотивировочной части такого судебного решения, *de jure* не имеет силу большую, чем сила закона, но *de facto* нижестоящие суды будут руководствоваться уже не самим законоположением, а его интерпретацией, данной в решении вышестоящего суда.

претация первичного текста – реально действует, порождает правовые последствия, и для того чтобы, например, признать эту интерпретацию неправомерной и недействительной, нужно официально объявить ее противоречащей первичному источнику права, например, пересмотреть нормативно-правовую позицию конституционного суда, признать закон неконституционным, подзаконный акт незаконным и т.д.

Итак, вторичные источники права – это правовые тексты, которые являются результатом официальной интерпретации первичных правовых текстов и которые *de facto* формулируют (могут формулировать) правоположения, однозначно не вытекающие из содержания первичных источников права.

Правотворчество судебной власти с точки зрения принципа разделения властей

Прежде чем обсуждать этот вопрос, нужно определить, что обозначается термином «разделение властей». В частности, потому что из самой вербальной конструкции «разделение властей» отнюдь не вытекает, что право может существовать только в законной форме и не может существовать в форме судебных решений.

В настоящей работе разделение властей рассматривается как *правовой принцип* организации аппарата государственной власти. Этот принцип проявляется и реализуется в развитой правовой ситуации – как организационно-правовой, или институциональный, компонент правового государства.

Различие функционально определяемых институтов государственной власти наблюдается и в неразвитой государственно-правовой ситуации, но там нет их разделения, и аппарат государственной власти строится по принципу организационного единства. Именно в такой ситуации для политико-правового созидания характерны представления о «государственной воле» как созидательной силе, материальном источнике права. Наоборот, развитая правовая ситуация и разделение властей предполагают свободную политическую конкурен-

цию и, следовательно, невозможность некой единой «государственной воли», способной формировать право. Например, в парламентской политике может преобладать тенденция к ограничению правовой свободы привилегиями тех или иных социальных групп, и в то же время судебная власть может, в меру ее конституционных компетенций, противодействовать этой тенденции, признавая неконституционными парламентские статуты, нарушающие принцип равноправия, формального равенства.⁶⁸

Разделение властей означает, прежде всего, рассредоточение государственной власти «по горизонтали» ради предотвращения тирании и обеспечение, таким образом, правовой свободы. Причем речь идет не только о недопустимости осуществления исполнительной власти (и судебной власти) вне правомочий, установленных властью законодательной, но и том, что сама законодательная власть контролируется властью судебной на предмет соответствия законов фундаментальным правовым принципам. Так, еще Э. Коук утверждал, что никакой парламент и никакой парламентский акт не могут отменить правовые принципы, на которых строится право.⁶⁹

В связи с этим Ф. фон Хайек писал, что

⁶⁸ Так, в США достаточно долго, в отличие от европейских стран, сохранялось регулирование трудовых отношений по принципу формального равенства и защищался принцип свободы договора в сфере труда. Верховный суд США в прецеденте по делу *Locher v. New York* (1905) постановил, что Конституция не допускает вмешательство штата в право работника свободно заключить контракт с работодателем. Легислатура штата не вправе отнимать работу у работника на том основании, что условия контракта слишком плохи для работника. Право работника заключать такой договор, который он согласен заключить, было объявлено фундаментальным и конституционным. И лишь в 1937 г. в решении по делу *West Coast Hotel v. Parrish* Верховный суд аннулировал решение *Locher v. New York* и установил, что штат может регулировать договорные отношения между работником и работодателем (подробнее см.: Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах. М., 2000. С.51).

⁶⁹ *Dr. Bonham case* (1610) 8 Co Rep. 118a.

свобода британцев была не результатом разделения властей на исполнительную и законодательную, как одними из первых поверили сами британцы и как учил мир Монтескьё, а следствием того факта, что законы (правоположения), которые направляли решения судов, были законами общего права, существующего независимо от чьей бы то ни было воли и в то же время формировавшегося независимыми судами; причем парламент лишь изредка вмешивался в этот процесс с целью прояснить сомнительные моменты в сложившемся праве. «Можно даже сказать, что подобное разделение властей возникло в Англии не потому, что только “законодательная власть” создавала законы, а в силу того, что она этого *не делала*: закон формировался судами, независимыми от власти, которая организовывала и направляла правительство и которую “законодательной” назвали по ошибке».⁷⁰

Интересно, что классическая доктрина общего права, формировавшаяся в XVII–XVIII веках, акцентировала внимание на необходимости следовать правилам, выраженных в прецедентах, дабы избежать произвольного усмотрения в судах, и именно в том, что суды должны быть связаны этими правилами, доктрина видела основное отличие власти судебной от законодательной.⁷¹ Предполагалось, что парламентские акты, по своей природе, могут быть произвольными решениями, выражающими мнения того или иного большинства, в то время как судебные акты должны быть только правовыми решениями, принципы которых не могут быть отменены или изменены каким бы то ни было большинством.

Иначе говоря, эта доктрина подразумевала, что, во-первых, право может быть только *судейским правом*, но, во-вторых, есть опасность, что суды будут осуществлять свое «правовое решение» произвольно, и именно против последнего она и выступала. Правотворчество, в смысле этой доктрины, является делом тех, кто знает и применяет право, а не тех,

⁷⁰ Хайек Ф.А. фон. Указ. соч. С. 104.

⁷¹ См.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 318–319.

кто обладает достаточной силой, чтобы управлять (это правовая, а не силовая парадигма). Но судебное правотворчество, в свою очередь, должно быть подчинено правилам, от которых оно отступить не может. В этом смысле доктрина общего права не противоречит известному предупреждению Ш.Л. Монтескьё, что если власть судебная соединена с законодательной, то судья может стать угнетателем. Судебное правотворчество не должно создавать такое положение, когда судья судит по правилам, которые он сам для себя устанавливает и изменяет по своему произволу. И классическая доктрина настаивала на том, что общее право состоит не из отдельных прецедентов, а из общих принципов, которые конкретизируются, разъясняются и иллюстрируются этими прецедентами. Это означает, что судья, действующий по общему праву, «должен уметь из прецедентов, которыми он руководствуется, извлекать универсально значимые правила, которые могут быть приложены к новым судебным разбирательствам».⁷²

Итак, оригинальное разделение властей, складывавшееся в семье общего права, не только не отрицало судебное правотворчество, но, напротив, отнюдь не предполагало, что власть парламента является властью правоустановительной. Отождествление легислатуры парламента с правотворчеством – это заслуга исключительно континентальной европейской правовой доктрины, причем в ее легистской версии XIX века. Но соответствует ли такая позиция континентальной доктрины принципу разделения властей?

Попытки отрицать судебное правотворчество по мотивам разделения властей свидетельствуют о некой механистической трактовке этого понятия: законодатель устанавливает право, а судьи выступают лишь «устами закона»; иначе говоря, право – это только законы, а власть судебная – власть законоприменительная. Но при такой трактовке получается не разделение властей, а простое разделение труда в модели организационного единства государственной власти: формальное верхо-

венство законодателя, а фактически – единовластное положение того политического субъекта, который направляет и контролирует номинального законодателя. Разделение же законодательной и судебной властей предполагает относительную самостоятельность суда по отношению к законодателю и закону.

Если суд абсолютно связан законом (как это утверждает вульгарный легизм, отождествляющий нормы права с велениями законодателя), то не может быть и разделения властей: суд-законоприменитель становится простым «придатком» законодателя, исполнителем законов в спорных ситуациях. Если же они разделены, то суд не может быть абсолютно связан законом.

Если считать, что правовое регулирование *произвольно* осуществляется верховной властью, тогда единственным источником права нужно признавать утверждаемые этой властью законы, а суды должны беспрекословно подчиняться любым изменениям законодательной политики. Таково положение суда в потестарной ситуации, когда власть организована по принципу организационного единства. Но если согласиться с тем, что правовое регулирование не есть властный произвол, и правовое законодательство подчинено фундаментальным правовым принципам, то нет никаких оснований утверждать, что надлежащим образом выражать эти принципы может только законодатель. При разделении властей, что соответствует развитой правовой ситуации, никто – ни законодатель, ни суд, ни администрация – не обладает монополией определять, в чем заключается право применительно к тем или иным отношениям, но каждая ветвь власти должна обеспечивать правовую свободу в пределах ее задач и в рамках компетенции соответствующих органов; в частности, суд не может создавать правовые законы, действуя подобно парламенту, но он может признавать законы правонарушающими и должен давать законам такое толкование, которое наиболее соответствует принципам правовой свободы.⁷³

⁷² Хайек Ф.А. фон. Указ. соч. С. 105.

⁷³ «Цель права (и нормы права) ... – это

И суд, и законодатель участвуют в одном и том же процессе правового регулирования, но разными средствами и выполняют разные функции.⁷⁴ Поэтому организационно и функционально должны быть разделены власть, абстрактно формулирующая право в законах, и власть, разрешающая споры о нарушенном праве и, таким образом, формулирующая право применительно к конкретному спору. При этом обе власти в равной мере связаны одними и теми же фундаментальными принципами свободы, равенства и справедливости,⁷⁵ и ни одна из них не может претендовать на монополию в их интерпретации: так, законодатель «программирует»⁷⁶ судебную систему на им определяемую трактовку права, но компетентные суды (по меньшей мере, суд конституционной юрисдикции) могут корректировать эту «программу», если они приходят к выводу, что иначе будут нарушены принципы права. Суд не должен подменять законодателя, отрывая свое «правоговорение» от задач правосудия (в частности, суд не должен превращаться в «суперзаконодателя» — подобно некоторым европейским прогресс свободы, равенства и справедливости в жизни людей... Учет этой собственно правовой цели (и правовой ценности) толкуемой нормы права ... определяет специфику телеологического толкования» (Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. С. 497).

⁷⁴ В этом контексте А.Н. Верещагин пишет о «взаимодействии между законодательным и судебным способами нормотворчества, которые следует не противопоставлять друг другу, а скорее рассматривать как две различные но взаимодополняющие стадии единого процесса, а именно процесса развития правового регулирования» (Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 133–134).

⁷⁵ Этот тезис выражен в Конституции Российской Федерации (ст. 18), утверждающей, что права и свободы человека и гражданина в равной мере связывают все ветви власти — «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

⁷⁶ Ср.: Zippelius R. Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft). — 13., neubearb. Aufl. München, 1999. S. 317–318.

некоторым европейским конституционным судам), но и законодатель не может заставить независимую судебную власть встать на ту или иную правовую позицию.

В континентальной европейской правовой традиции содержание права не исчерпывается мнением законодателя, и за пределами легистской доктрины считается, что действующее право формируется как законодателем, привносящим в процесс правообразования определенный социально-политический момент, так и судьями и учеными-юристами, относительно свободными от политики.⁷⁷ «Советские авторы, — писал в свое время Рене Давид, — порицают независимость, проявляемую судьями буржуазных стран по отношению к закону. Можно усомниться в их истолковании этого факта, но не в самом факте. Судьи в странах романо-германской правовой семьи действительно обладают известной независимостью по отношению к закону, потому что в этих странах право и закон не отождествляются ... право по традиции ставится выше политики».⁷⁸ Смешивать право и закон и видеть в законе исключительный источник права — значит противоречить всей романо-германской традиции. Такова авторитетная позиция западноевропейской доктрины. В России же доктрина неохотно выходит из круга привычных ей догм советского периода.⁷⁹

Представляется, что для континентальной европейской правовой традиции разделение властей не является доводом, позволяющим утверждать, что акты судебной власти не могут или не должны быть источником права.⁸⁰

Иная позиция по этому вопросу, если она логически непротиворечивая, должна утверждать, что источником права при разделении властей могут быть исключительно акты

⁷⁷ См.: Leoni B. Freedom and the law. Expanded 3^d edn. Indianapolis, 1991.

⁷⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 92–93.

⁷⁹ См.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 31–32.

⁸⁰ Иную точку зрения см.: Нерсесянц В.С. Указ. соч. С. 351–353.

законодательной власти. И не только судебные, но и акты исполнительной власти не могут быть источником права. Между тем самое строгое разделение властей на законодательную и исполнительную не исключает правоустановительную деятельность исполнительной власти *на основании и во исполнение закона* – например, делегированное законодательство.

Что касается конкретизирующего подзаконного нормотворчества исполнительной власти («вторичного законодательства», как его принято именовать в странах Запада⁸¹), то оно допустимо, с точки зрения разделения властей на законодательную и исполнительную, если издаваемые при этом официальные тексты, конкретизирующие, развивающие положения закона, считать *лишь одной из возможных интерпретаций закона*, хотя и авторитетной интерпретацией. О соответствии этой официальной интерпретации закону компетентна судить власть судебная, действующая в порядке административной юрисдикции. И любое лицо, которое считает, что такая интерпретация нарушает его интересы, вправе оспорить ее в суде, предложив иную интерпретацию закона. Именно в условиях разделения властей, при наличии независимой судебной власти, самостоятельно толкующей законы, может быть достигнуто такое положение, когда «вторичное законодательство» не противоречит «законодательству первичному»: либо суд, подтверждая соответствие подзаконного акта закону, признает интерпретацию закона, данную в акте «вторичного законодательства», надлежащей, предпочтительной интерпретацией, либо он объявляет подзаконный акт исполнительной власти незаконным и отдает предпочтение иной интерпретации закона, придавая ей официальную силу. Аналогично конституционный суд, проверяя конституционность закона, либо подтверждает законодательную интерпретацию конституционных положений, а иногда и уточняет, корректирует ее своим нормативным толкованием закона, либо признает ее не соответствующей конституции,

⁸¹ См.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 137, 153.

т.е. предпочитает иную интерпретацию конституционных положений.

В то же время не представляется убедительным (из соображений разделения властей на законодательную и исполнительную) утверждение, будто бы органы исполнительной власти, вплоть до «любых органов и должностных лиц», управомоченных издавать подзаконные акты, вправе принимать нормативные акты, *конкретизирующие* положения закона, даже *без специального указания закона на возможность такой подзаконной конкретизации*.⁸² Для нас очевидно, что если сам за-

⁸² Так, В.А. Сивицкий и Е.Ю. Терюкова пишут: «... законы могут конкретизироваться, разумеется, не только при наличии в них соответствующего предписания, но и в любом случае, когда орган государственной власти, управомоченный принимать подзаконные акты, считает такое конкретизирующее регулирование необходимым (если, разумеется, нет прямого запрета на регулирование тех или иных отношений подзаконными актами). Общие пределы конкретизации законов подзаконными актами того или иного органа нигде не определены (в принципе таковые могут быть установлены каждым отдельным законом). Их отсутствие позволяет конкретизировать закон любым органам и должностным лицам, причем не только нормативными правовыми актами Президента... и Правительства..., но и актами министерств, других ведомств. Допустимость такой конкретизации без специального указания закона должна определяться применительно к конкретной ситуации с учетом предмета закона и его места среди других законов, а также исходя из потребностей правоприменения» (Законодательный процесс / Отв. ред. Р.Ф. Васильев. М., 2000. С. 49–50 [авторы раздела – В.А. Сивицкий и Е.Ю. Терюкова]).

Следует подчеркнуть, что такая позиция не только противоречит разделению властей, но и явно игнорирует общепризнанный правовой принцип: «государственным органам и должностным лицам запрещено все, что прямо не разрешено законом». Возможно, В.А. Сивицкий и Е.Ю. Терюкова не признают этот принцип, так как утверждают, что «общие пределы конкретизации законов подзаконными актами того или иного органа нигде не определены» и что если нет прямого запрета, то «конкретизировать» закон может любой орган, издающий подзаконные акты, который «считает такое

кон не предполагает такую конкретизацию, то получается не *подзаконное*, т.е. на основании и во исполнение закона, а *незаконное* нормотворчество – подмена предписаний закона мнением «любых органов и должностных лиц» о том, что именно, «конкретно» предписывает закон; такие «конкретизирующие» акты не могут приниматься во внимание судом, подчиненным только конституции и закону.

Таким образом, бессмысленно оспаривать правоустановительные полномочия исполнительной власти *как таковые*, и дискуссия может идти лишь о пределах этих полномочий (например, о возможности автономного, первичного или же только конкретизирующего нормотворчества исполнительной власти) и о месте правоустановительных актов исполнительной власти в системе источников права.

Но в таком случае выглядит нелогичной позиция, не оспаривающая *по соображениям разделения властей* нормотворчество исполнительной власти, но почему-то отрицающая *по этим же соображениям* судебное нормотворчество.

Более того, эта позиция просто опровергается фактом, что в странах общего права, *в условиях разделения властей*, судебный прецедент (правоприменительный акт, в котором сформулирована норма права) является источником права, и ранее он считался *основным* источником права.

По существу в этом вопросе ничего не меняет мнение, что *в странах европейского континентального права* судебный прецедент будто бы не признается источником права. Даже если бы в континентальном праве господствующая доктрина не признавала прецедент источником права и даже если бы он действительно не являлся таковым, сущность разделения властей не может меняться в зависимости от «юридической географии», и если в странах общего права разделение властей не препятствует правоустановительной деятель-

конкретизирующее регулирование необходимым». Видимо, В.А. Сивицкий и Е.Ю. Терюкова полагают, что государственно-властные субъекты подчиняются принципу «незапрещенное разрешено».

ности высших судов, то и в странах европейского континентального права разделение властей не может препятствовать нормотворчеству судебной власти.

Итак, именно разделение властей, понимаемое как организационное и функциональное рассредоточение государственной власти, предполагает, что акты судебной власти могут быть источником права.⁸³ Ибо разделение властей означает, в частности, *независимое* правосудие – независимость, самостоятельность судебной власти в процессе «правового разговора» (юрисдикции) – при разрешении споров о праве, т.е. при установлении права в конкретной юридически значимой спорной ситуации, при толковании конституции, законов и других источников права в процессе осуществления юрисдикции.⁸⁴ Отсюда и вытекает возможность правотворчества судебной власти, результатом которого являются источники права *первичные* (креативные прецеденты) и *вторичные* (прецеденты толкования, обыкновения судебной практики и даже «квазинормативные» акты судебной власти – акты нормативного толкования).

С точки зрения разделения властей, правотворчество судебной власти допустимо только в рамках осуществления ее специфической функции (юрисдикционной функции государства) – функции разрешения споров о нарушенном праве. Судебная власть в лице высших судов может принимать правоустановительные решения, не подменяя при этом законодателя и оставаясь в пределах судебных юрисдикционных задач.⁸⁵ Следовательно, разделение властей противоречит не судебное правотворчество как таковое, а только нормотворческая деятельность высших судов, осуществляемая посредством *абстрактного* нормативного толкования конституции или зако-

⁸³ См.: Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 109.

⁸⁴ См.: Зорькин В.Д. Социалистическое правовое государство: основные черты концепции // Право и власть / Под ред. М.П. Вышинского. М., 1990. С. 83.

⁸⁵ См.: Зорькин В.Д. Указ. соч. С. 83.

на, противоречат «квазинормативных» акты судебной власти, издаваемые в порядке *абстрактного* нормативного толкования.

Природа судебной власти предполагает лишь *конкретное* нормативное толкование конституции или закона – в связи с разрешением *конкретного* спора. Иначе говоря, с точки зрения разделения властей, допустимо лишь *конкретное (инцидентное)* нормативное толкование конституции или закона, в результате которого создается прецедент толкования. Пусть даже издается «квазинормативный» акт, как это принято в некоторых постсоветских странах (и не только в этих странах) – например, разъяснение верховного суда, но это должно быть разъяснение, *не предшествующее судебной практике, а обобщающее правовые позиции, уже выраженные посредством конкретного нормативного толкования.*

Правотворчество судебной власти как нормативно-правовое позиционирование суда при осуществлении юрисдикции

В статье 73 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» установлено, что в случае, когда палата Конституционного Суда приходит к выводу о необходимости принятия решения, не соответствующего «правовой позиции» Суда, выраженной в ранее принятых им решениях, то дело передается на рассмотрение пленарного заседания Конституционного Суда. Это словосочетание «правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации» породило широкую дискуссию в российской конституционной доктрине. По мнению М.Н. Марченко, «правовая позиция» – это юридическая конструкция «совершенно новая, вошедшая в научный обиход только в начале 90-х годов XX столетия».⁸⁶ Уже опубликованы сотни книг и статей, с целью выяснить, что же это такое – «правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации».

Представляется, что такая бурная реакция российской конституционной доктрины

на новое слово законодателя является одним из выражений неразвитости посттоталитарной правовой культуры. В действительности законодатель, ориентированный на стандарты развитой правовой культуры, не сказал ничего, что выходило бы за рамки хорошо известного принципа *stare decisis*: если Конституционный Суд, в решении палаты или пленума, встал на какую-то позицию по какому-то вопросу права, то он должен стоять на этой позиции до тех пор, пока пленум Конституционного Суда официально не объявит новую позицию по этому вопросу. Само собой разумеется, что это требование следует распространять на юрисдикцию всех высших судов.

В процессе юрисдикции суд не просто применяет некую имеющуюся норму, но сначала устанавливает, в чем состоит содержание этой нормы и с этой целью исследует все релевантные (применимые в рассматриваемом деле) источники права. Тем самым суд выбирает или вырабатывает и формулирует *нормативно-правовую позицию*, и, встав на эту позицию, он разрешает дело по существу. Принцип правовой определенности требует, чтобы суд, встав на некую нормативно-правовую позицию, придерживался бы этой позиции и в дальнейшем. Если такую позицию формулирует вышестоящий суд, то, в меру централизации судебной системы, эта позиция является обязательной для нижестоящих судов при рассмотрении аналогичных дел. Таким образом, текст судебного решения (акт судебной власти), в котором сформулирована обязательная для других судов нормативно-правовая позиция, является источником права – *первичным*, если вышестоящий суд вырабатывает эту позицию при отсутствии релевантных источников права, или *вторичным*, если вышестоящий суд в своем решении позиционируется по отношению к релевантным источникам права.

Правовые позиции (нормативно-правовые позиции) судебной власти – это нормы, выраженные в официальной форме. «Правовые позиции, содержащиеся в мотивировочных частях решений органов конституционной юстиции ... представляют собой, по существу, писанные правовые нормы, выраженные в спе-

⁸⁶ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. С. 129.

цифической форме».⁸⁷ Рассмотрим этот вопрос более подробно.

1. Установление нормативной позиции правоприменителя при отсутствии релевантного источника права характеризуется как креативный прецедент.

В странах европейского континентального права доктрина нередко отрицает возможность *креативного* общеобязательного прецедента и настаивает на том, что при обнаружении пробела суды должны действовать по аналогии и толковать закон. Но, как подчеркивал Р. Давид, за видимостью толкования закона может скрываться *творческая* роль судебной практики.⁸⁸

Когда европейские конституционные суды устанавливают новые нормы, это обычно происходит под видом толкования конституции, а поэтому соответствующие решения формально нельзя считать первичными источниками права. Но есть категория дел, которая логически не позволяет суду отрицать свою первичную правоустановительную деятельность в случае обнаружения пробела в конституционном праве. Это разрешение споров о конституционной компетенции. Если такой спор возникает по причине пробела, и это признает сам конституционный суд, то, даже ссылаясь на то, что его решение вытекает из смысла конституции, он не может отрицать, что именно он установил конституционную компетенцию, следовательно, его решение является первичным источником права.⁸⁹

⁸⁷ Страшун Б.А. К вопросу о понятии конституционного права // Журнал российского права. 2006, № 10. С. 121.

⁸⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 97.

⁸⁹ Так, Конституционный Суд РФ сформулировал и неоднократно подтверждал свою позицию относительно Президента РФ, согласно которой во всех случаях, когда для исполнения Конституции и законов необходимо издать некий акт, но никакой орган (в том числе и сам Президент) не компетентен издавать такой акт, то издание этого акта относится к компетенции Президента (презумпция компетентности Президента).

См.: абзац 5 пункта 4 мотивировочной час-

Установление креативного прецедента является наиболее очевидным вариантом правоустановительной деятельности судебной власти. Даже в исторически развитой правовой ситуации, при наличии развитой правовой системы креативные прецеденты необходимы хотя бы для восполнения так называемых *последующих* пробелов в праве.⁹⁰

Примером первичного правотворчества судов общей юрисдикции может служить практика немецких судов, в которой за период 1953–1956 гг. сформировалось новое семейное право.

Основной Закон ФРГ 1949 г. провозгласил принцип равноправия мужчины и женщины (абз.2 ст.3). Это потребовало внесения существенных изменений в законодательство, поскольку ГГУ не гарантировало этого равноправия. Поэтому вступление в силу названного принципа было отсрочено. В Переходных и заключительных положениях Основного Закона было установлено, что законодательство, противоречащее второму абзацу статьи 3, остается в силе впредь до приведения его в соответствие с Основным Законом, но не позднее 31 марта 1953 г. (абз.1 ст.117).

Но законодатель не уложился в срок, установленный Основным Законом. В этой ситуации Верховный суд ФРГ постановил, что отныне положение абз.2 ст.3 имеет прямое действие. Все положения гражданского или семейного законодательства, противоречащие принципу равноправия мужчины и женщины, утрачивают силу, и суд, сталкиваясь с такими положениями, должен непосредственно применять абз.2 ст.3 Основного Закона.

ти Постановления Конституционного Суда РФ от 31 июля 1995 г. № 10–П; абзацы 1 и 2 пункта 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. № 17–П.

⁹⁰ Последующие пробелы в праве «также называются пробелами эволюции, они возникают в силу развития общественных отношений, отставания законодательства от этого развития, в результате чего появляются новые отношения, которые старое законодательство не могло предусмотреть» (Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник для вузов. М., 1999. С. 256).

Наконец, в 1957 г. вступил в силу закон об уравнивании в правах мужчин и женщин. К этому времени в судебной практике ФРГ, в процессе самостоятельного судебного толкования принципа равноправия мужчины и женщины, в основном уже сформировалось новое семейное право. При подготовке закона об уравнивании в правах законодатель опирался на ряд основополагающих норм, сформулированных Верховным Судом ФРГ в период 1953–1956 гг. в решениях по брачно-семейным делам. По существу, это были креативные судебные прецеденты, сила которых поддерживалась авторитетом Верховного Суда.⁹¹

Для российской правовой системы характерна тенденция, состоящая в том, что в качестве источников права все чаще признается судебный прецедент, но только как источник права, дополняющий и развивающий закон, вторичный источник права.⁹²

Однако представлена и иная точка зрения. Так, О.Н. Зименкова отмечает, что Конституционный Суд *зачастую во многом изменяет действующее законодательство*, когда он толкует правовые нормы в соответствии с их конституционно-правовым смыслом. Например, в течение последних лет до принятия нового Уголовно-процессуального кодекса РФ, Конституционный суд рассматривал большое количество ходатайств, связанных с оспариванием той правоприменительной практики, которая имела место в судах по поводу применения УПК. По сути, как судьи сами считают, примерно две трети УПК были уже ими написаны в правовых позициях Конституционного суда. Законодатель в дальнейшем только воспринял эти позиции и обобщил их в новом Уголовно-процессуальном кодексе РФ.

Таким образом, складывается некая практика, которая раньше никогда не существовала.

⁹¹ Herzog R. Gesetzgeber und Richter – Zwei Legititätsquellen? // Gesetz und Richterspruch in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Stuttgart, 1990. S. 9.

⁹² См.: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006.

вовала. Практика, которая, скорее всего, убеждает нас в том, что Конституционный Суд – это единственный в России судебный орган, который действительно формулирует некие новые правовые нормы, не существующие или не существовавшие до того в законодательстве.⁹³

2. Установление нормативной позиции правоприменителя по отношению к существующим источникам права.

Как вторичное правотворчество, как создание вторичных источников права, позиционирование судебной власти по отношению к существующим источникам права имеет три разновидности. Прежде всего, это *конкретное нормативное толкование*, т.е. толкование правового текста, применяемого в конкретном деле, с последствиями *erga omnes*. Далее, вторичным правотворчеством является встречающееся в странах континентального права *абстрактное нормативное толкование*, т.е. толкование правовых текстов вне контекста конкретного спора о праве. Наконец, это установление нормативной позиции в форме правоприменительного обычая в законных пределах судебного усмотрения.

2.1. Конкретное нормативное толкование – это толкование с нормативными последствиями, данное при принятии правоприменительного решения, при издании *индивидуального* акта судебной власти. Источником права при этом является судебный прецедент – индивидуальный (правоприменительный) акт судебной власти, в котором содержатся нормативные правовые положения (вторичные нормы), сформулированы путем толкования. Но если такие правовые положения, полученные путем конкретного толкования, впоследствии будут повторно (вторично) сформулированы в разъяснении высшего суда по вопросам судебной

⁹³ Зименкова О.Н. Понятие судебного прецедента в зарубежном праве. Существует ли судебный прецедент в российском праве? // Конституционные основы защиты прав и свобод человека (российское и зарубежное законодательство). Лекция № 29. М., 21.10.2003 (http://www.terralegis.org/terra/lek/lek_29.html).

практики, то получится новый нормативно-правовой текст (постановление пленума высшего суда) – правоустановительный акт (нормативный акт, «квазинормативный» акт). В этом случае содержание нормативных положений установлено путем конкретного толкования, а формой их выражения (источником права) будет уже нормативный акт.

2.1.1. Деклараторный прецедент в общем праве и в континентальном европейском праве. В странах общего права конкретное нормативное толкование – это установление нормативной позиции судебной власти посредством прецедента толкования применяемого закона (или обычая).⁹⁴ Речь идет именно о странах общего права, т.е. о правовой культуре, в которой господствует доктрина прецедента, обязывающая судей следовать уже имеющимся решениям по аналогичным делам.

Деклараторные прецеденты высоких судов *de jure* лишь повторяют существующие правовые нормы и дают их толкование, но *de facto* прецедент толкования может изменить смысл закона. Это *нормативное* толкование, так как выражаемая при этом правовая позиция высокого суда обязательна для нижестоящих судов, т.е. она выражается с последствиями *erga omnes*.

Отсюда понятно соотношение закона и прецедента: формально прецедент может быть отменен законом, но такой закон подлежит толкованию судом. Если новый закон устанавливает иное правило, нежели правило релевантного прецедента, то решающую роль иг-

⁹⁴ Когда суд санкционирует обычай, он не только защищает правоприязнания, основанные на правилах обычая, но и формулирует эти правила. В принципе выражение нормативной позиции вышестоящего суда по отношению к обычаю возможно не только в странах общего права, но и в странах континентального права – конкретное нормативное толкование обычая, прецедент толкования, в котором вышестоящий суд дает свою интерпретацию обычая, *de facto* обязательную для нижестоящих судов. Речь идет именно о санкционировании обычая, поскольку обычай как источник права в формальном смысле нуждается в авторитетном изложении.

рует высокий суд, создающий прецедент применения и толкования этого закона. Если этот суд согласен с правовой позицией законодателя, то он будет толковать закон в смысле законодателя и прецедентом применения нового закона подтвердит, что релевантный прецедент утратил силу. Если же он не согласен, то он может так истолковать новый закон, что правило релевантного прецедента *de facto* останется в силе.

В свое время Н.М. Коркунов подчеркивал, что «одним из первых условий правосудия то, чтобы законы применялись ко всем одинаково, а это невозможно без однообразной, устойчивой судебной практики. Суд поэтому всегда склонен поддерживать именно то начало, которое уже принято предшествующей практикой. Нужны весьма серьезные и веские основания, чтобы склонить суд к изменению установившейся в нем практики. Поэтому все вероятнее за то, что раз принятое судом начало будет поддерживаться им и в последующих решениях».⁹⁵

Тот факт, что в континентальной Европе однозначно признается, что прецедент может быть источником права, хотя бы вторичным, еще не означает, что здесь сложилась такая же правовая культура, как и в странах общего права, в которой прецедентам толкования придается нормативный характер. Этот факт еще не означает, что отныне или в обозримом будущем, с одной стороны, суды общей юрисдикции, принимающие решения прецедентного характера, будут стремиться к тому, чтобы, конкретизируя релевантные законоположения, максимально точно и определенно сформулировать норму права применительно к решаемому и аналогичным делам, и что, с другой стороны, судьи и адвокаты будут, прежде всего, искать подходящие прецеденты и, рассматривая дела, имеющие прецедент, будут ориентироваться в первую очередь на уже данное кем-то толкование закона, а не на текст самого закона. Такой правовой культуры в странах континентальной Европы (не говоря уже о

⁹⁵ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. С. 304.

России) пока еще нет.

Да, прецедент является универсальным источником права – в том смысле, что он *в той или иной мере* используется во всех правовых культурах.⁹⁶ Но есть развитые культуры прецедентного права и неразвитые. Применительно к развитой прецедентной культуре можно утверждать, что всякий раз, когда создается авторитетным судом и вступает в силу прецедент толкования закона, происходит *нормативно-правовое позиционирование судебной власти* по отношению к закону (а не просто отдельный суд встает на некую правовую позицию) и возникает вторичный источник права, который конкурирует или может конкурировать с релевантным первичным источником права. Было бы существенным доктринальным преувеличением утверждать то же самое в отношении неразвитых прецедентных культур.

Что касается России, то здесь в настоящее время функцию деклараторного прецедента судов общей юрисдикции в какой-то мере выполняют *судебные нормативные акты* – постановления пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ с разъяснениями по вопросам судебной практики. Но даже российская доктрина не отрицает нормативное значение прецедентов толкования конституции и закона, создаваемых Кон-

⁹⁶ “Можно ли считать, что прецеденты характерны для одних правовых систем и совершенно несвойственны другим? Принцип *stare decisis* (досл. «стоять на решенном») в том виде, в котором он существует в классической традиции стран общего права, может рассматриваться как разновидность более универсального принципа, присущего судебской функции как таковой. Общеизвестно, что последовательность и единообразие находятся в числе наиболее желательных качеств судопроизводства, проявления которых вправе ожидать от судей граждане и общество в целом. Поэтому едва ли будет преувеличением сказать, что определенная степень «прецедентности» свойственна судебной деятельности независимо от формального статуса судебных решений в данной правовой системе” (Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 160).

ституционным судом РФ,⁹⁷ что получило отражение в законе: прецеденты толкования, установленные Пленумом или палатами Конституционного Суда РФ, формально обязательны для палат этого суда. Но Пленум вправе установить новый прецедент вместо установленного ранее.

Правовая позиция, однажды выраженная в решении Конституционного Суда РФ, является обязательной для палат Конституционного Суда и для всех остальных субъектов права. Правовые позиции, содержащие толкование конституционных норм либо являющиеся конституционным смыслом закона, на которых основаны выводы Конституционного Суда в резолютивной части его решений, обязательны для всех государственных органов и должностных лиц.⁹⁸ Если палата Суда склоняется к необходимости принять решение, не соответствующее ранее выраженной правовой позиции, дело передается на пленарное заседание Суда (ст.73 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Иначе говоря, прецедент толкования Конституции, закона или иного акта, рассмотренного Конституционным Судом, представляет собой нормативный прецедент – источник права, официально признаваемый таковым на уровне конституционного закона.

2.1.2. Деклараторные прецеденты судов конституционной и административной юрисдикции. В странах европейского континентального права конкретное нормативное толкование признается как установление нормативной позиции конституционного суда или высшего суда административной юрисдикции в процессе нормоконтроля: прецеденты толкования базовых конституционных правоположений и проверяемых законоположений, базо-

⁹⁷ См., например: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006. С. 170–180, 236–248.

⁹⁸ Абз.2 п.4 мотив. части Определения Конституционного Суда РФ от 7 октября 1997 г. № 88-О.

вых законоположений и проверяемых административных актов.

Здесь следует подчеркнуть, что признание лишь нормоконтроля судебным правоустановлением есть признание лишь малого сегмента правоустановительной деятельности судебной власти.

Акт нормоконтроля представляет собой одновременно правоприменительное и правоустановительное решение. Правоприменительным оно является постольку, поскольку суд разрешает спор о правомерности (о соответствии праву) проверяемого нормативного акта и для этого применяет соответствующее положение конституции или закона. Правоустановительным оно является, по меньшей мере, постольку, поскольку суд лишает нормативный акт юридической силы или подтверждает его правовой характер – в той «редакции», которую суд придает нормативному акту своим толкованием (*конкретным* нормативным толкованием). Итак, правоприменительным оно является в смысле применения конституции или закона, правоустановительным – в смысле последствий для правовой системы.⁹⁹

Следует отметить, что правоприменительный и одновременно правоустановительный характер имеют не только акты нормоконтроля компетентных судов, но и решения суда в порядке *инцидентного конституционного надзора*.

2.2. Абстрактное нормативное толкование при издании нормативного («квазинормативного») акта судебной власти. *Нормативные акты судов* – это акты нормативного толкования права (конституции или закона), которые издаются высшими судами именно с целью толкования. Они порождают последствия *erga omnes* в силу компетенции соответствующего высокого суда.

Как убедительно показала Е.Б. Абросимова, постановления пленумов высших судов Российской Федерации, в которых дается

⁹⁹ Ср.: Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5. С. 23.

нормативное толкование закона, – это не судебные прецеденты, а именно нормативные акты.¹⁰⁰ То же самое относится и к постановлениям Конституционного Суда РФ о толковании Конституции Российской Федерации. Аналогичные нормативные акты судебной власти встречаются и в других странах.

Судебный нормативный акт, как и любой акт нормативного толкования, – это вторичный источник права. *De jure* он имеет силу толкуемого нормативного акта, а *de facto* – большую силу, ибо при наличии акта нормативного толкования правоприменители руководствуются уже не самим текстом, получившим авторитетное толкование, а положениями акта толкования.

Различаются судебные нормативные акты, издаваемые на основе *абстрактного* и на основе *конкретного* нормативного толкования. Первые (например, постановления Конституционного Суда РФ о толковании Конституции) не связаны с разрешением споров о праве, вторые обобщают толкование законов, данное при разрешении конкретных споров о праве – таковыми должны быть, например, постановления Пленума Верховного Суда РФ, разъясняющие вопросы судебной практики.

Абстрактное нормативное толкование противоречит природе правосудия. Судебное толкование права с последствиями *erga omnes* допустимо лишь в контексте разрешаемого спора о праве (*конкретное*, или *инцидентное* нормативное толкование).

Судебный нормативный акт следует отличать от судебного *прецедента* – решения *по конкретному спору о праве*, в котором формулируется норма или дается толкование конституции или закона, имеющее нормативное значение. Прецедентом толкования называют индивидуальный акт, правоприменительное решение, обязательное *inter partes*, в котором

¹⁰⁰ См.: Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 360–361 (автор раздела – Е.Б. Абросимова).

Ср.: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006. С. 256–262.

одновременно дано толкование примененного правоположения (конституции или закона), обязательное *erga omnes*. Специальный же акт нормативного толкования создает именно последствия *erga omnes*.

И в прецедентах толкования, и нормативных актах-разъяснениях по вопросам судебной практики дается *конкретное* нормативное толкование, но в разных формах и в разной мере авторитетное. В случае прецедента это – толкование, данное малой судебной коллегией, предназначенной для разрешения конкретных дел, т.е. такое, которое могут и не разделять другие судьи высшего суда; а поэтому оно *не становится автоматически* нормативным толкованием. В случае же разъяснения по имеющейся судебной практике мы имеем дело с ранее уже данным конкретным толкованием, которое теперь *санкционирует* пленум высшего суда, а поэтому все судьи обязаны придерживаться этого толкования.

Как уже сказано, вторичным правотворчеством является встречающееся в странах европейского континентального права *абстрактное нормативное толкование*, т.е. толкование правовых текстов вне контекста конкретного спора о праве, абстрактно, по запросам компетентных субъектов или по инициативе самого суда.¹⁰¹ По существу, это уже не создание прецедентов, а издание правоустановительных актов («квазинормативных» актов), хотя и вторичных, т.е. деятельность, противоречащая задачам судебной власти. Абстрактное нормативное толкование нормативного акта – это всегда издание нового (вторичного) нормативного акта, который *de jure* имеет силу толкуемого акта, а *de facto* – большую силу.

Подобно тому, как мы различаем три ветви власти – законодательную, исполнительную, судебную, мы должны различать три

¹⁰¹ Так, в силу статей 125, 126 и 127 Конституции РФ Конституционный Суд дает абстрактное нормативное толкование Конституции, Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд дают разъяснения по вопросам судебной практики, что включает в себя толкование законов, обязательное для нижестоящих судов.

вида нормативных актов – нормативные акты законодательные, исполнительные и судебные.

Другое дело, что мы различаем разные нормотворческие полномочия трех ветвей власти, поэтому мы признаем, что законодательные акты имеют основополагающий характер, и что нормативные акты исполнительной и судебной властей не могут противоречить закону.

Следовательно, акты исполнительной и судебной властей, если это нормативные акты, могут быть только вторичными источниками права.

Нормативные акты судебной власти – это акты, которые издаются специально с целью установить новую норму права. *De jure* они ничего не могут добавить к Конституции или закону, то есть не могут создать новую норму права. Но *de facto* они нередко создают новую норму права.

Таким образом, акт нормативного толкования нормативного акта является нормативным актом, который *de jure* имеет силу толкуемого акта, а *de facto* силу, более высокую, чем сила толкуемого акта. Понятно, что полномочия нормативного толкования должны быть установлены Конституцией или законом. Например, постановления Конституционного Суда РФ о толковании Конституции РФ издаются в силу Конституции РФ. Точно так же постановления Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ о разъяснении судебной практики издаются в силу Конституции РФ.

При нормативном толковании конституции конституционным судом формулируются новые правоположения. Причем это относится не только к абстрактному нормативному толкованию, но и к любому варианту толкования конституционных правоположений в процессе разрешения спора о праве (при проверке конституционности законов, при рассмотрении споров о конституционной компетенции и т.д.).

Классический пример – толкование второго предложения части 3 ст. 107 Конституции РФ: «Если при повторном рассмотрении федеральный закон будет одобрен в ранее

принятой редакции большинством не менее двух третей голосов от общего числа членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы, он подлежит подписанию Президентом Российской Федерации в течение семи дней и обнародованию». Казалось бы, для оценки результатов голосования в ходе преодоления вето Президента по отклоненному федеральному закону ч. 3 ст. 107 Конституции предполагала проведение арифметического действия – сложения числа депутатов Государственной Думы и количества членов Совета Федерации, проголосовавших за федеральный закон при повторном голосовании в Государственной Думе и в Совете Федерации, с тем, чтобы оценить, не составило ли общее число проголосовавших большинство не менее двух третей голосов от общего числа членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы.¹⁰² Но Конституционный Суд¹⁰³ постановил, что положение об общем числе членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы, содержащееся в ч. 3 ст. 107 Конституции, следует понимать как определение его результатов соответственно от численности каждой палаты, установленной статьей 95 (части 2 и 3) Конституции. Таким образом, Конституционным Судом было принято решение, определившее, что для преодоления вето Президента необходимо, чтобы при повторном голосовании по отклоненному федеральному закону за него проголосовали не менее двух третей голосов от общего числа членов Совета Федерации и не менее двух третей от голосов от общего числа депутатов Государственной Думы.

Нормативное толкование конституции и закона верховным судом в пределах разъяснений по вопросам судебной практики также порождает новые нормы.

¹⁰² Конституция Российской Федерации: проблемный комментарий /Отв. ред. Четвернин В.А. М., 1997. С. 467.

¹⁰³ Постановление по делу о толковании статей 103 (часть 3), 105 (части 2 и 5), 107 (часть 3), 108 (часть 2), 117 (часть 3) и 135 (часть 2) Конституции РФ от 12 апреля 1995 г. №2-П

Можно привести пример из российского семейного права. При разводе один из супругов подает иск о признании за ним права собственности на недвижимость (квартиру, например), приобретенную бывшими супругами в период брака на деньги, вырученные от продажи другого имущества (тоже квартиры), принадлежавшей супругу-истцу на праве собственности до брака. Согласно ст. 36 Семейного кодекса РФ¹⁰⁴ («Собственность каждого из супругов») получается, что супруг-истец не имеет правового основания заявлять указанное выше требование. Пункт 1 указанной статьи, относит к собственности каждого из супругов «имущество, принадлежавшее каждому из супругов до вступления в брак, а также имущество, полученное одним из супругов во время брака в дар, в порядке наследования или по иным безвозмездным сделкам». Относительно рассматриваемой ситуации, имуществом, принадлежавшим супругу-истцу до брака, являлась только проданная ранее недвижимость. Но истец может апеллировать не только к Семейному кодексу, но и к разъяснениям Верховного Суда РФ, данными в постановлении Пленума № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»,¹⁰⁵ которое является актом нормативного толкования.

В пункте 15 указанного постановления Пленума Верховного Суда по статье 36 СК РФ дается разъяснение, согласно которому не является общим совместным имуществом, приобретенное хотя и во время брака, но на личные средства одного из супругов, принадлежавшие ему до вступления в брак, полученное в дар или в порядке наследования.

Эти примеры показывают, как судебные нормативные акты устанавливают новые нормы, хотя являются вторичными источни-

¹⁰⁴ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Российская газета, № 17, 27.01.1996.

¹⁰⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» // Российская юстиция. № 2. 1999.

ками права. Таким образом, интерпретирующий характер вторичных судебных источников права не препятствует формулированию норм, которые однозначно не вытекают из соответствующих первичных источников права. Очевидно, что высокие суды, с одной стороны, в пробельной ситуации, представляют дело так, что они якобы применяют по аналогии уже существующие правовоположения, не создают ничего принципиально нового, но лишь толкуют уже известное, а с другой стороны, в «непробельной» ситуации, могут давать такое нормативное толкование закона, которое либо не вытекает из закона однозначно, либо является более спорным нежели другие интерпретации.

2.3. Установление нормативной позиции правоприменителя в форме обычая в законных пределах судебной усмотрения¹⁰⁶ – это *вторичный* источник права¹⁰⁷ по отношению к закону, который оставляет судьям некоторую свободу усмотрения, в рамках которой и складывается обычай. Понятно, что такое конкретизирующее судебное правотворчество характерно именно для континентального права: «Сформулировать правовую норму наиболее обобщенно – это значит сделать ее менее точной и предоставить судьям широкие дискреционные полномочия в применении этой нормы».¹⁰⁸ «Континентальное правоприменение» уготовило новую роль судебной практике, через судебные решения стали формироваться обычаи толкования закона, суды сами

¹⁰⁶ Имеется в виду выбор из нескольких вариантов толкования, каждый из которых является законным (см.: Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 13).

¹⁰⁷ Первичным источником права, порожденным судебной практикой, может быть процессуальный обычай, происхождение которого неизвестно и существование (и содержание) которого не противоречит процессуальному закону. Очевидно, в развитой правовой ситуации первичные нормы материального права судебная практика может порождать только в форме прецедента, но никак не в форме обычая.

¹⁰⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 72.

стали субъектами обычного поведения.¹⁰⁹ В досоветской России судебный обычай («судебная практика») считался источником права наравне с законом.¹¹⁰

Следует различать судебный обычай как источник права и обыкновения судебной практики, которые могут и не быть источниками права. Само по себе обыкновение судебной практики свидетельствует лишь о том, что в определенных случаях суд *как правило, обычно* поступает определенным образом, хотя закон не требует именно таких действий или решений. Однако такая «обыкновенная» судебная практика может складываться как «снизу», и тогда можно говорить о судебном обычае, так и «сверху» – на основе разъяснения и авторитетного прецедентного решения.¹¹¹

Любой обычай формулируется и поддерживается неким авторитетом. О судебном обычае можно говорить как об источнике права лишь тогда, когда этот обычай так или иначе санкционирован достаточно авторитетным судом (верховным или иным высшим судом). Если позиция верховного суда подтверждает практику, сложившуюся «снизу», то это и означает, что верховный суд санкционирует обычай, оставляя в силе соответствующие решения и, возможно, отменяя решения в случа-

¹⁰⁹ См.: Пастухов В.Г. Невозможное – возможно (Корпоративный арбитраж как испытательный полигон) // Журнал «Третейский суд». 2000. № 2 (<http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/2/art04.html>).

¹¹⁰ «Источники русского права те же самые, что и всякого положительного права: закон, обычай, судебная практика» (Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. С. 312).

¹¹¹ По этому вопросу А.Н. Верещагин поясняет, что «обыкновение правоприменительной практики в смысле Закона 1991 года [“О Конституционном Суде РФ”] может происходить из определенных нормативных или квазинормативных актов или конкретных решений (прецедентов). Или же его происхождение может быть вовсе неизвестным, хотя само существование несомненно. Только случаи последнего рода составляют то, что мы называем “судебным обычаем”» (Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 181).

ях необоснованного отступления от обычая. Но если позиция верховного суда отличается от ранее сложившейся или складывающейся *обычной* практики,¹¹² то новая практика будет формироваться уже «сверху». Впоследствии можно будет обнаружить новое обыкновение судебной практики, но его источником будут либо прецеденты (если нижестоящие суды без дополнительных разъяснений занимают позицию вышестоящего суда, выраженную в его конкретных решениях), либо разъяснения верховного суда, квазинормативные акты (если его позиция недостаточно учитывается нижестоящими судами и он вынужден акцентировать ее посредством разъяснения).

О судебном обычае как источнике права следует говорить весьма осторожно по трем причинам.

Во-первых, в условиях неразвитой правовой культуры могут складываться и нарушающие судебные обычаи, которые нельзя называть источниками права. Так, еще 150 лет назад Н.А. Неклюдов, русский правовед, криминалист и государственный деятель, имевший большой судебный опыт, рассуждая о судебном обычае, который он называл также обычаем юристов, писал: «Однообразие судебных решений бывает часто следствием произвола, случайности, обязательности мнения высшего места для низшего суда, хотя бы оно было ошибочно и противно закону. Так был обязан непониманию закона тот обычай наших судов, согласно которому, при стечении нескольких обстоятельств, увеличивающих вину, судьи увеличивали преступнику наказание не настолько степеней, на сколько это дозволяет самое тяжчайшее обстоятельство, а прибегали часто к арифметическому складыванию количества степеней всех обстоятельств, и таким образом наказание усиливалось на несколько степеней. Так ошибочному толкованию французского кассационного суда обязано

¹¹² Такое вполне возможно при изменении судебной политики, например, когда верховный суд проводит политику ужесточения или смягчения наказания по определенным категориям преступлений.

однообразии тех решений французских судов, которые установили считать дуэль, исход которой не повлек за собою никаких вредных последствий, покушением на смертоубийство, а дуэль, окончившуюся ранами – повреждением телесным, и наказывать, вследствие этого, дуэль первого рода строже последней. Что – очевидная нелепость».¹¹³

Во-вторых, если судебный обычай складывается *contra legem*, то признавать его первичным источником права – значит признавать соответствующий закон правонарушающим; в противном случае такой обычай нельзя считать правовым.¹¹⁴ Общее правило о признании обычая гласит: обычай возможен *praeter legem*, и он не может противоречить закону. Если обычай «краткой кассации» признать правовым, то это будет противоречить принципу законности: «государственным органам запрещено все, что не разрешено законом».

В-третьих, если судебный обычай признается источником права, то соответствующие субъекты *обязаны* поступать так, как предписывает обычай. Но какими юридико-техническими средствами можно обязать судью следовать судебному обычаю, если обычай – это устный текст, содержание которого не является формально определенным?

¹¹³ Уголовное право: Добавление к § 59 // Учебник немецкого уголовного права (Часть общая) А.Ф. Бернера. С примечаниями Н. Неклюдова // Allpravo.Ru. 2004 (<http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum3264/item3354.html>).

В процитированном фрагменте говорится и о том, что некий судебный произвол может войти в обычай, и о том, что однообразие судебных решений может иметь своим источником позицию («мнение») высокого суда. Таким образом, в этих рассуждениях Н.А. Неклюдов не различает обыкновение судебной практики вообще и такое обыкновение, которое складывается «снизу», т.е. имеет своим источником решение или разъяснение высокого суда.

¹¹⁴ Иную позицию по этому вопросу выразил А.Н. Верещагин в связи с так называемой краткой кассацией (см.: Верещагин А.Н. Указ. соч. С. 181).

Обычай считается источником права тогда, когда он официально санкционирован. А когда можно говорить о том, что обычай официально санкционирован? Когда сами суды поступают *contra legem* – как, например, тогда, когда они требуют от сторон подавать «краткую кассационную жалобу»?

Таким образом, с одной стороны, нельзя не согласиться с тем, что суды следуют судебным обычаям, которые выступают как вторичные источники права, конкретизирующие закон. С другой стороны, правовые позиции судебной власти, заключенные в этих обычаях, не являются достаточно определенными, четко и однозначно сформулированными. Когда же эти позиции, сложившиеся «снизу» или неизвестные по происхождению, формулируются авторитетным судом, то источником права выступает уже не обычай, а прецедент или нормативный («квазинормативный») акт.

Различие между судебным прецедентом и обыкновением судебной практики провести трудно. С одной стороны, обыкновение существует постольку, поскольку признается неким высоким судом, и если, например, Верховный суд сформулировал (в мотивировочной части своего решения или в разъяснении по вопросам судебной практики) это обыкновение, т.е. эксплицитно выразил свою позицию, то можно сказать, что он создал прецедент толкования закона, подтвердив тем самым обычное толкование, или что этим прецедентом суд санкционировал сложившееся обыкновение применения закона. С другой стороны, можно говорить, что апелляция или кассационный суд, оставляя в силе соответствующие типичные решения нижестоящих судов, тем самым следует сложившемуся обыкновению судебной практики, имплицитно соглашается с обычным толкованием закона.

В соответствии с частью второй статьи 32 «Закона о Конституционном Суде РФ» Конституционный Суд выносит решения только по предмету, затронутому в индивидуальной жалобе, и лишь в отношении того обыкновения правоприменительной практики, конституционность которого подвергается сомнению в индивидуальной жалобе.

Обыкновения судебной практики представляют собой обычай правоприменения. Это вторичный источник права. Первичным является закон, оставляющий судьям некоторую свободу усмотрения, в рамках которой и складывается обычай.

Любой обычай формулируется и поддерживается неким авторитетом. В данном контексте таким авторитетом обладают высшие суды.

Иначе говоря, если позиция высокого суда, выраженная в его решениях по определенной категории дел, недостаточно учитывается нижестоящими судами, то высокий суд формулирует эту позицию посредством издания нормативного акта (постановления). Но если нижестоящие суды встают на эту позицию без специальных разъяснений высокого суда, то это означает, что складывается обычай правоприменения – обыкновение судебной практики, опирающееся на авторитет высокого суда.

Такие обыкновения могут складываться «снизу», а высокий суд может их признавать, санкционировать, подкреплять своим авторитетом, оставляя соответствующие *обычные* решения в силе.

Например, закон устанавливает, что ребенок в случае развода родителей остается с одним из них по усмотрению суда, но в судебной практике складывается обычай, по которому ребенок оставляется с матерью за исключением случаев, когда суд признает это невозможным. Если эта норма не сформулирована и не аргументирована в каком-либо решении авторитетного суда, обязательном для нижестоящих судов, то она существует только в форме обычая.

Другой пример. Закон не дает четких критериев, позволяющих различать убийство в состоянии аффекта и убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны. Эти критерии вырабатываются доктриной и судебной практикой. В результате в судебной практике устанавливается норма, определяющая, какие действия следует квалифицировать как убийство в состоянии аффекта, а какие – как убийство при превышении преде-

лов необходимой обороны. Аналогично обыкновения судебной практики определяют, в каких случаях следует считать, что обороняющийся превысил пределы необходимой обороны.

Практика высокого суда необходима для того, чтобы сформировался обычай. Социологические исследования (в данном случае было опрошено сто следователей, судей и адвокатов г. Москвы) показывают, что практически все следователи ориентируются на судебную практику при расследовании и вынесении окончательного решения по уголовным делам, большинство судей руководствуются разъяснениями Пленумов Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ при разрешении дел (хотя и не ссылаются на них в судебных документах), все опрошенные адвокаты анализируют и ссылаются на судебные решения в заявляемых ходатайствах по конкретным делам.¹¹⁵

В заключение подчеркнем наши выводы. Нормативно-правовое позиционирование судебной власти происходит путем создания прецедентов, издания нормативных (правоустановительных) актов и формирования судебного обычая. В странах европейского континентального права акты судебной власти являются, как правило, вторичными источниками права. Однако различие между первичными и вторичными судебными источниками права

¹¹⁵ См: Юрьев С.С. Правовой статус общественных объединений. М., 1995 (Книга доступна на сайте <http://ngo.org.ru/ngoss/get/id13069.html>).

* Четвернин Владимир Александрович – кандидат юридических наук, профессор кафедры теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Юрко Галина Борисовна – аспирант Института государства и права РАН.

** Статья опубликована в издании: Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. М., 2007. С. 154-183.

весьма относительно: прецеденты толкования конституции или закона и нормативные акты судебной власти (акты нормативного толкования конституции или закона) являются формой, позволяющей судебной власти формулировать новые нормы права.

Предлагается следующая классификация источников права, создаваемых судебной практикой (возникающих в правоустановительной деятельности судебной власти).

1. Нормативные акты судебной власти (правоустановительные акты высших судов, издаваемые на основе уже имеющегося конкретного нормативного толкования или создаваемые посредством абстрактного нормативного толкования).

2. Индивидуальные акты судебной власти, имеющие нормативное значение (судебные прецеденты).

2.1. Креативные прецеденты.

2.2. Прецеденты толкования (акты конкретного нормативного толкования закона или конституции).

3. Судебный обычай, конкретизирующий законоположения в законных пределах судейского усмотрения.

Отрицание этих источников права противоречит требованиям единообразия судебной практики, равноправия, равной защиты прав и свобод человека и гражданина, равенства перед законом и судом.

Принципы Конституции Испании 1869 г.**

Конституции 1869 г. - шестой основной закон в истории Испании ¹. Она была принята после революции 1868 г., известной как «славная» ² или «сентябрьская», и явилась, по мнению испанского историка права М. Фернандес Альмагро, запоздалым «эхом» или «отголоском» революционного 1848 г. ³

Революционные события в Кадисе 18 (19) сентября 1868 г. открыли «демократическое (или революционное) шестилетие». Они стали сигналом к выступлениям по всей стране и к началу процесса создания революционных хунт. Последние стали заявлять о признании широкого круга прав и свобод испанцев, некоторые из которых объявлялись естественными и присущими человеческой природе. По оценке историка испанского конституционализма Х. Томас Вильярройи, радикализм, привнесенный революцией в политическую жизнь страны, отличал ее от армейских выступлений и военных восстаний, столь многочисленных в истории Испании XIX в. ⁴

В результате революции 30 сентября 1868 г. королева Изабелла II покинула территорию Испании. 7 октября 1868 г. было учреждено временное правительство, состоявшее из пяти «прогрессистов», четырех членов Либерального союза

и четырех демократов, председателем правительства стал генерал Серрано, военным министром – генерал Прим. 25 октября 1868 г. Временное правительство издало Манифест, в котором объявлялось, что «революция ввела всеобщее избирательное право как наиболее очевидное проявление народного суверенитета», а также перечисляло характерные особенности нового «публичного духа», среди них – признание «религиозной свободы». ⁵ Правительство, отвечая на потребности времени, поспешило признать права и свободы, ставшие лозунгами революционных событий: право на образование, свободу собраний, ассоциаций, печати, вероисповедания. Временное правительство подготовило и созыв учредительных кортесов.

Декретом от 9 ноября 1868 г. ⁶ было предусмотрено всеобщее мужское избирательное право, на основе которого должны были производиться выборы в аюнтаменты, провинциальные депутации и кортесы. ⁷

⁵ Tomas y Valiente F. *Constitucion: escritos de introduccion historica* // Tomas y Valiente F. *Obras completas: En 3 vol. Vol. 3. Madrid. 1996. P. 2567 – 2568.*

⁶ Decreto sobre el ejercicio del sufragio universal (9 de noviembre de 1868) // Tierno Galvan E.P. *Leyes politicas espanolas fundamentales (1808-1936). Madrid, 1968. P. 248 – 272.*

⁷ Избирателями на всех трех выборах являлись мужчины – испанцы, достигшие 25 лет и включенные в списки жителей. Пассивным избирательным правом обладали лица, достигшие 25-летнего возраста при условии, что они не занимают должности и не осуществляют деятельность, указанную в законе. Особо отмечалось, что занятие должностей сенаторов, депутатов кортесов, провинциальных депутаций и муниципалитетов несовместимы между собой. Закон зафиксировал равные и прямые выборы при тайном голосова-

¹ До 1869 г. в Испании принимались Конституции 1808 г., 1812 г., Королевский статут 1834 г., Конституции 1837 г., 1845 г. Принятая в 1856 г. Конституция так и не была промульжирована и вошла в историю как «не рожденная».

² Революция получила название по аналогии с английскими событиями 1688 г.

³ Fernandez Almagro M. *Historia politica de la Espana contemporanea. Vol. 1. Madrid, 1969. P. 12.*

⁴ Tomas Villarroya J. *Breve historia del constitucionalismo espanol. Madrid, 1997. P. 84.*

6 декабря 1868 г. было принято решение о проведении 15 – 18 января 1869 г. выборов, на которых победили демократы - сторонники монархической формы правления, занявшие 236 мест, республиканцы же получили 85 мест⁸.

11 февраля 1869 г. кортесы открыли свои заседания, а 2 марта была сформирована конституционная комиссия под председательством «прогрессиста» С. Олосаги, которая 30 марта представила проект конституции. 6 апреля начались дебаты, завершившиеся 1 июня 1869 г. принятием Конституции.

Структура Конституции 1869 г. обнаруживает преемственность традиций конституционной юридической техники, а названия разделов – новизну ее идейной базы. Основным закон состоял из следующих разделов: 1) об испанцах и их правах, 2) о государственных властях, 3) о законодательной власти, 4) о короле, 5) о наследовании короны, регентстве королевства, 6) о министрах, 7) о судебной власти, 8) о провинциальных депутациях и аунтаментях, 9) о налогах и вооруженных силах, 10) о заморских провинциях, 11) об изменениях Конституции.

Конституция 1869 г. была довольно обширным документом по сравнению с Основными законами, принимавшимися после Кадисской конституции 1812 г. Она состояла из преамбулы и 112 статей, объединенных в 11 разделов, и переходных положений из двух статей. Во второй из них, так же как и в ст. 94 указывалось на необходимость принятия в будущем органического закона о судах, который в отличие от закона о выборах короля не называется «частью» конституции (ст. 1).

нии, ввел мажоритарную избирательную систему относительного большинства на базе округов. Каждая провинция делится на округа, население которых избирает депутатов, от каждого округа избиралось по 1 депутату так, что 1 депутат избирался от 40000 жителей.

⁸ Fernandez Dominguez A. Leyes electorales espanolas de diputados a cortes en el siglo XIX: estudio historico y juridico-politico. Madrid: Editorial Civitas. 1992. P. 124.

Конституция 1869 г. является самой демократичной из всех тех, что был приняты в Испании в XIX в., прежде всего потому, что базируется на демократических принципах, ставших основами государственности. Идейную основу Конституции 1869 г. составили убеждения «прогрессистов», воспринявших ряд идей демократов, поэтому в испанской литературе конституцию 1869 г. относят к числу «прогрессистских». Принципом взаимоотношений личности и государства стала идея признания прав и свобод человека и гражданина, обоснованием конституционного строя - национальный суверенитет, гарантией реализации обоих принципов - идея разделения властей. Кроме того, монархическая форма правления символизировала приверженность традициям испанской государственности. Помимо названных базовых принципов, в Основном законе были закреплены и конституционные основы организации и деятельности органов, осуществляющих государственную власть.

Признание прав и свобод испанцев. В Конституции 1869 г. впервые в истории основных законов страны в виде содержится перечень прав и свобод испанцев (а в некоторых случаях и иностранцев), что отражено в названии и содержании первого раздела («Об испанцах и их правах»), и они не могут умаляться посредством текущего законодательства и распоряжений властей (ст. 22). Чрезвычайно важно, что зафиксированный перечень прав не признается исчерпывающим (ст. 29), а формулировки статей скорее содержат гарантии прав, а не ограничиваются их декларированием. Специалист по истории испанского конституционализма Х. Томас Вильярройа обратил внимание на то, что учредители оформили «все признаваемые права и каждое из них, и если для некоторых прав они посчитали необходимым установить пределы их осуществления», то «предпочли сделать это сами»,⁹ что вы-

⁹ Tomas Villarroya X. Breve historia ... P. 86.

разилось в достаточно обширном тексте многих статей.

Права и свободы, перечисленные в Конституции, могут быть объединены в следующие группы: личные, экономические, социально-культурные и политические. Основной закон гарантирует личную неприкосновенность от незаконных и необоснованных арестов и задержаний (ст.2) и от преследования в уголовном порядке (ст. 11), свободу выбора места жительства и пребывания (ст. 6), тайну переписки и телеграфной корреспонденции (ст. 7), свободу передвижения (ст. 26), неприкосновенность жилища, документов и имущества (ст. 5), свободу вероисповедания (ст. 21).

Неприкосновенность личности от неправомερных арестов и задержаний обеспечивается возможностью их производства только в случае совершения преступления (ст.2) по мотивированному постановлению судьи (ст. 4, 8), к которому с соблюдением процедуры, установленной законом (ст. 12) должен быть направлен задержанный в течение 24 часов после задержания (ст.3). Данная процедура должна быть быстрой и предусматриваться законом, устанавливающим ответственность, в т.ч. и имущественную, для руководителей и исполнителей неправомερных задержаний и арестов (ст. 12). Тайна почтовой и телеграфной корреспонденции поддерживается указанием на возможность ее нарушения исключительного в силу мотивированного постановления суда, имеющего все установленные законом реквизиты, а почтовая корреспонденция может вскрываться лишь в присутствии обвиняемого (ст. 7, 8). Нарушение судьей требований, предъявляемых законодательством к форме постановления об аресте лица, задержании корреспонденции, вскрытии почтовой корреспонденции, а также в случае его незаконности или необоснованности, обязывает его выплатить потерпевшему компенсацию в размере причиненного вреда, но не менее суммы, указанной в тексте Основного закона. К такой же ответственности привлекаются

представители власти, удерживающие под арестом лицо без судебного постановления или по истечении указанного в нем срока (ст. 8). Представители власти, нарушающие эти положения, должны возместить причиненный вред (ст. 8), в т.ч. и при нарушении срока доставки арестованного в суд (ст. 9). Особое внимание уделено ответственности судьи (в виде компенсации причиненного ущерба) за своевременное вынесение постановления об аресте (ст. 9). Уголовное преследование и осуждение испанца может иметь место только по приговору обычного суда в соответствии с правилом о недопустимости придания уголовному закону обратной силы действия (ст. 11). Учредитель гарантирует неприкосновенность жилища путем запрета входить в него без разрешения хозяина, за исключением случаев, указанных в тексте по постановлению суда или для производства задержания лица, застигнутого с поличным, если он скрывается в своем или чужом доме. Досмотр документов и имущества предписывается осуществлять в присутствии заинтересованного лица или члена семьи, а при отсутствии такового – в присутствии двух свидетелей (ст. 5). Представители власти, нарушающие эти предписания, обязываются к возмещению причиненного ущерба (ст.9). Свобода выбора места жительства или места пребывания может быть ограничена в силу судебного решения, которым лицо может быть обязан к его смене (ст. 6). Испанцу, обладающему всей полнотой прав, не могут быть созданы препятствия при выезде из Испании, изменении места жительства и перемещения своего имущества в другие страны (ст. 26).

Отношение к католической церкви и религии по данному Основному закону имеет особое значение для эволюции испанского конституционализма. Оно было зафиксировано в ст. 21, ставшей предметом серьезной дискуссии и находящейся в разделе, содержащем перечень и гарантии прав и свобод. Прежде всего, учредители воспроизвели положение из Конституции 1837 г.: «нация обязана поддержи-

вать отправление культа и служителей католической религии», при этом, они отказались от признания ее государственной, что было предусмотрено Байонской и Кадисской конституциями, Конституцией 1845 г. Тем самым они подтвердили долг испанцев экономически поддерживать традиционный для страны институт – католическую церковь. Далее учредители признали право иностранцев на «публичное или частное отправление какого-либо другого культа» с ограничениями, которые «устанавливают общие нормы морали и права». Это же вправе делать испанцы, если они «предпочитают исповедовать другую религию вместо религии католической». Следует иметь в виду и право испанцев на свободное выражение своих мыслей и мнения (ст.17), очевидно, включая и религиозные. Таким образом, кортесы оформили только право на проявление своих религиозных убеждений вовне, на отправление культов, так и не признав свободы вероисповедания, что было обещано в декрете временного правительства от 25 октября 1868 г.. Сравнивая его положение и текст Конституции, Ф. Томас и Вальенте замечал: «не всегда доконституционные решения превращаются в конституционные нормы». ¹⁰ Исследователь С. Петшен сделал вывод о том, что «идеологическая продвинутость» защитников религиозной свободы и отделения церкви от государства столкнулась с более осторожным отношением к закреплению в Конституции религиозного вопроса со стороны многих депутатов, опиравшихся на отношение к религии и церкви в обществе, на сложившуюся практику и традиции. ¹¹ Однако весьма прогрессивным представляется конституционная норма о том, что занятие публичных должностей, а также

¹⁰ Tomas y Valiente F. Constitucion: escritos de introduccion historica // Tomas y Valiente F. Obras completas: En 3 vol. Vol. 3. Madrid. 1996. P. 2571.

¹¹ Petschen S. Posicion transaccionista del partido democrata en las Constituyentes de 1869 respecto a las relaciones de la Iglesia y el Estado // Revista de Estudios politicos. 1974. N 194. P. 143.

пользование гражданскими и политическими правами не зависит от вероисповедания испанцев (ст. 27).

Экономические права закреплены в нескольких статьях Конституции 1869 г. Среди них - право иностранца свободно поселиться на территории Испании, открыть производство или заняться какой-либо профессиональной деятельностью (ст. 25), что, впрочем, поощрялось в текстах всех Конституций и создавало благоприятный режим для получения гражданства. Право собственности (ст.ст. 13, 14) гарантируется запретом лишать кого бы то ни было своего имущества или стеснять во владении, угрозой привлечения к ответственности (в виде компенсации причиненного вреда) государственных служащих за причиненный вред, за исключением чрезвычайных обстоятельств (пожар и т.п.), направленных на то, чтобы исключить опасность причинения вреда собственнику, чтобы предотвратить или уменьшить ущерб (ст. 13). Имущество лица не может быть изъято иначе, как по причине общественной пользы и в силу судебного решения, подлежащего исполнению лишь после предоставления соответствующей компенсации, размер которой определяется судьей (ст. 14). Гарантируя каждому право уплачивать лишь налоги, установленные в законном порядке, учредительные кортесы предусматривают признание действий государственных служащих, направленных на взимание иных средств, вымогательством (ст. 15).

Социально-культурные права были представлены реализуемыми испанцами индивидуально и коллективно. Так, к числу первых относятся: право свободно выражать свои мысли и мнение в устной или письменной форме, в т.ч. в печатном виде, право на обращение с индивидуальными петициями (ст. 17), право учреждать и поддерживать воспитательные и образовательные учреждения (ст.24). Значение последнего было весьма велико, поскольку его реализация обеспечивала расширение свободы всех испанцев в области об-

разования.¹² К числу прав, осуществляемых в составе коллектива, относились права на участие в мирных собраниях, на объединения в ассоциации, на обращение с коллективными петициями (ст. 17). Следует отметить, что право на петиции получило в Конституции 1869 г. более широкое истолкование, чем в ранее принимавшихся Основных законах страны. Исследователь В. Р. Васкес де Прада обращает внимание на две новеллы: во-первых, право на петиции может быть реализовано как индивидуально, так и коллективно; во-вторых, обращение может быть направлено не только королю, но и кортесам, и иным государственным органам¹³.

Проявляя заботу об обеспечении этих прав, учредительные кортесы особо предписывают, что собрания должны проводиться с соблюдением правил об охране общественного порядка, а уличные манифестации лишь в дневное время (ст. 18). Ассоциации, представляющие опасность, могут быть распущены в соответствии с законом. Государственные органы могут приостановить функционирование организации, осуществляющей преступную деятельность, а виновных лиц должны передать суду (19). В Конституции вводятся некоторые ограничения в осуществлении права на петиции: в подразделениях вооруженных сил оно не может быть реализовано коллективно, а индивидуально – исключительно в соответствии с действующим законодательством (ст. 20).

В Основном законе также были закреплены политические права испанцев: избирательные (ст. 16) и право на доступ к публичным должностям (ст. 27). Первые гарантируются запретом лишать испанцев, обладающих всей полнотой гражданских прав, возможности участвовать в выборах членов обеих палат кортесов и местных органов управления. Доступ к публичным службам должностям связывался лишь с

заслугами и способностями испанцев, а иностранцам запрещалось занимать должности, связанные с осуществлением государственной власти или правосудия. Как уже отмечалось выше, список прав и свобод, перечисленных не рассматривался в качестве исчерпывающего (ст. 29), что было аналогично указаниям поправок IX и X, входившим в состав Билля о правах 1791 г.

Ориентация учредительных кортесов не на их декларирование, а на закрепление гарантий их реализации, главным образом путем запретов должностным лицам и государственным органам совершать определенные акты, путем возложения на них обязанностей совершать конкретные действия, а также установлением ответственности за нарушение запретов и невыполнение обязанностей. Тщательная детализация мер обеспечения прав и свобод, вплоть до указания вида ответственности, введения оснований и размера возмещения ущерба, напоминает законодательную технику Конституции 1812 г. и свидетельствует о желании учредителя, не доверяющему ординарным кортесам, обеспечить прямое действие Основного закона.

Раздел, посвященный правам испанцев, завершается нормой о возможности приостановить положения о правилах производства задержания и ареста, о неприкосновенности жилища, недопустимости принуждать испанцев к смене места жительства, а также о свободе выражать свои мысли и мнение, на участие в мирных собраниях и ассоциациях. Порядок, установленный для приостановления замешан из предыдущих Конституций и дополнен положением о недопустимости вводить законы, закрепляющие ответственность, с обратной силой действия (ст. 31).

Принцип национального суверенитета нашел отражение в преамбуле, в которой недвусмысленно провозглашалось, что «испанская нация, а от ее имени учредительные кортесы», «желая гарантировать справедливость, свободу и безо-

¹² Vazquez de Prada V.R. Evolucion historico-constitucional en la regulacion de los derechos fundamentales // Revista de Estudios politicos. 1973. N 189. P. 174.

¹³ Ibid. P. 172.

пасность, и обеспечить благополучие тех, кто живет в Испании, приняли и санкционировали» Конституцию. Так, суверенитет был реализован через исключительное право нации на принятие основного закона и определение своей судьбы.¹⁴ Принцип суверенитета нации провозглашается в разделе «О государственных властях», в шести статьях которого нашли свое оформление два основных принципа организации власти: национального суверенитета и разделения властей. Первый провозглашался в ст. 32: «суверенитет по существу принадлежит нации, от которой исходят все власти». Данная формулировка явно испытала влияние первой фразы ст. 3 Кадисской конституции («суверенитет по существу принадлежит нации») и начала ст. 1 «не рожденной» Конституции 1856 г. («все государственные власти исходят от нации»). Несмотря на то, что субъект суверенитета, как и в Кадисской конституции, специально не определен, можно с уверенностью предположить, что в данном случае речь идет о народе, по традиции именуемом «нация». Сама Конституция стала следствием реализации народного суверенитета во время революции. Доконституционное законодательство ввело и принципиально новую основу формирования представительных органов – всеобщее мужское избирательное право, которое становится «законным выражением и неотъемлемым следствием» суверенитета нации (точнее – народа), как указывалось в декрете от 9 ноября 1868 г.

Монархическая форма правления. Следует отметить, что после сентябрьской революции 1868 г. в Испании сложились все условия для дебатов о форме правления и полномочиях главы исполнительной власти. Перед учредителями были образцы организации власти в государствах, с которыми Испания традиционно поддерживала отношения, — парламентская монархия в Великобритании и конституци-

¹⁴ Данное положение было известно и в первой национальной Конституции страны – в Кадисской конституции.

онная монархия во Франции после Июльской революции 1830 г. Однако поведение Изабеллы II серьезно подорвало авторитет и престиж королевской власти в Испании. Кроме того, испанцы были знакомы с республиканской формой правления США, Швейцарии, с республиканским опытом Голландии и Франции. Также следует принять во внимание и тот факт, что учредительные кортесы обсуждали Основной закон без короля, учреждали, образно замечал Л. Санчес Ахеста, монархию без монарха как алтарь без идола.¹⁵

Поэтому формулировка ст. 33 о форме правления («монархия является формой правления испанской нации») вызвала серьезную дискуссию в кортесах¹⁶. Так, республиканцы, предлагали заменить в новых условиях традиционную монархию — «демократической».¹⁷ Последняя предполагала передачу значительных полномочий, ранее принадлежавших королю, народу и представлявшим его кортесам. В отличие от абсолютной и конституционной, монархия «демократическая», по мнению ее сторонников, базируется на утверждении в тексте конституции национального (народного) суверенитета, кроме того, для нее характерно всеобщее мужское избирательное право, наличие декларации прав и свобод, в том числе социальных.¹⁸ Эти идеи, как уже было показано выше, получили развитие в Конституции.

Важно, что в ее тексте впервые в истории испанских конституций не называлось имя правящего монарха. При фактическом отсутствии такового учредители посчитали необходимым пообещать в переходных статьях Конституции, что будет принят закон о выборах короля, который

¹⁵ Sanchez Agesta L. Perfiles historicos de la monarquia constitucional // Revista de Estudios politicos. 1987. № 55. P. 18.

¹⁶ Статья была принята 214 голосами против 71 голоса республиканцев.

¹⁷ Sanchez Agesta L. Perfiles historicos de la monarquia constitucional // Revista de Estudios politicos. 1987. № 55. P. 16.

¹⁸ Ibid. P. 20. Первый раздел («Об испанцах и их правах») объединял 31 статью.

станет ее неотъемлемой частью (ст. 1 переходных положений). 8 июня 1869 г. кортесы сделали это, определив процедуру выборов короля и принесения им присяги.¹⁹ Неудивительно, что в отличие от предыдущих конституций личность короля объявляется в Основном законе только «неприкосновенной и неответственной» (ст. 67), указание на ее священность было исключено.

В законе о выборах короля, промульгированном регентом Серрано, устанавливалось, что они назначаются за восемь дней до их проведения, и с этого момента до завершения выборов не проводятся заседания кортесов (ст.ст. 1, 3). Весьма интересным представляется положение о том, что протоколы заседаний, на которых будут проводиться выборы и приноситься присяга избранному королем, являются составной частью закона и вместе с ним образуют дополнение к Конституции (ст. 11).

Принцип разделения властей находит четкое закрепление в Конституции: законодательная власть осуществляется кортесами (ст. 34), исполнительная вверяется королю (ст. 35), судебная – судам (ст. 36). Более того, он последовательно реализуется в названии разделов, при этом учредителями используется термин «власть», а не названия органов и описание осуществляемых ими функций, как это имело место в ранее принимавшихся Основных законах.²⁰ Несмотря на то, что изменения терминологии повлекли новеллы более структурные, чем содержательные, законодатель продемонстрировал, что высшие государственные органы имеют своим предназначением осуществление определенной, вверенной ветви власти.

¹⁹ Ley de 8 de junio de 1870 para la eleccion de Rey // *Constituciones Historicas: Edicion Oficial / Edit. Rico Linaje* R. P. 159–161.

²⁰ Так, в Конституциях было принято указывать названия высших государственных органов в заглавии соответствующих разделов. Конституция 1845 г. содержала раздел «об осуществлении правосудия».

Раздел, определяющий статус кортесов, состоит из трех отделов, ранее образовавших самостоятельные разделы, теперь же отделы «о созыве и полномочиях кортесов», «о сенате», «о конгрессе» и порядок их расположения, свидетельствуют о том, что кортесы это орган, действующий в состав двух палат. Законодательная власть впервые вверяется кортесам без упоминания о короле, хотя сразу же устанавливается его роль в законодательном процессе (ст. 34). Министры указаны как посредники при осуществлении королем исполнительной власти (ст. 35). Участие судов в системе разделения властей определяется через понятие осуществляемой ими «судебной власти» (ст. 36).

Принцип разделения властей определяет не только организацию системы высших органов государства, функциональное распределение государственных функций между ними, но и распределение власти «по вертикали», путем вручения соответствующего местного и провинциального управления соответственно аюнтаментам (муниципальным советам) и провинциальным депутациям (ст. 37).

Принципы организации и деятельности высших органов государства. Принципами организации и деятельности кортесов – органа законодательной власти – стали бикамерализм, их выборный и представительный характер, автономия деятельности. Указание на неравноправие палат в случаях, предусмотренных Конституцией (ст. 38), отражавшее подлинную ситуацию, впервые в истории испанского конституционализма появилась в тексте Основного закона.

Принцип бикамерализма, получивший признание в Испании в 1834 г., определяет структуру и деятельность кортесов. Следует отметить, что в учредительном собрании имела место серьезная дискуссия по поводу целесообразности его сохранения, поскольку, как отмечает Х. Томас Вильярройа, однопалатный представительный орган более соответствовал «радикальному духу сентябрьской рево-

люции».²¹ Так было и во Франции в 1848 г., когда Конституцией Второй республики, принятой учредительным собранием, было учреждено однопалатное национальное собрание (ст. 20). Вместе с тем, Бертелсен Репетто приводит в своем исследовании три аргумента, сформулированных одним из членов конституционной комиссии, в пользу двухпалатных кортесов: во-первых, конституционный опыт других стран, во-вторых, возможность представлять интересы различных групп, в-третьих, необходимость разделить власть между палатами для того, чтобы избежать злоупотреблений.²²

Демократической настрой учредителей определил порядок формирования палат: конгресс и сенат являются выборными. При этом депутаты конгресса избираются сроком на три года, а состав сената обновляется на четверть через каждые три года (ст. 39). Далее уточняется, что состав сената обновляется в соответствии с избирательным законом на одну четвертую часть всякий раз, когда проводятся выборы депутатов, а полное обновление имеет место в связи с роспуском верхней палаты королем (ст. 64). Однако во время действия Конституции 1869 г. конгресс никогда не функционировал в течение трех лет, его распускали ранее, проводили новые выборы, поэтому и сенат так и не стал стабильно существующей палатой. Следует отметить, что во время дискуссии депутаты учредительных кортесов обращали внимание на возможность придания верхней палате некоторого «федерального характера» по образцу, закрепленному Конституциями США (1787 г.) и Швейцарии (1848 г.).²³ Однако в связи с многочисленными возражениями от этого отказались, т.к. Испания была унитарным государством с монархической формой правления, депутаты и сенаторы не признавались представителями определенных территориальных единиц.

²¹ Tomas Villarroya J. Breve historia... P. 88.

²² Repetto B. El Senado de Espana. Madrid, 1974. P. 393 – 394.

²³ Fernandez Segado F. Las constituciones historicas espanolas. Madrid, 1992. P. 305.

риальных единиц. Новеллой Основного закона 1869 г. является признание обеих палат представляющими всю нацию, а не своих избирателей (ст. 40). Поэтому их члены не могут быть связаны императивным мандатом (ст. 41), что сближает рассматриваемую Конституцию с Кадисской конституцией на уровне принципов.

Вместе с тем, следует отмечать комплексную природу верхней палаты, что определяется сочетанием принципа ее выборности и элитарности ее состава. Сенаторы избираются в провинциях посредством не прямых выборов (ст. 60). На первом этапе в муниципальном округе путем всеобщих мужских выборов выдвигают выборщиков в количестве, равном шестой части от общего числа членов аюнтамьентов. На втором этапе выборщики вместе с провинциальной депутацией образуют избирательную хунту. Каждая провинциальная избирательная хунта избирает четырех сенаторов (ст. 61). Порядок избрания сенаторов были предусмотрены избирательным законом от 23 июня 1870 г. (ст.ст. 139 – 160).²⁴

Статус сената как верхней палаты подчеркивают особые требования, предъявляемые к его членам. Кандидат в сенаторы должен быть испанцем, пользующимся всей полнотой гражданских прав, достигшим 40-летнего возраста и занимающим высокую должность (ст. 62). Кроме того, в состав сената могут быть избраны лица, входящие в число 50 налогоплательщиков по налогу с имущества или 20 основных налогоплательщиков по налогам с промышленной и торговой деятельности (ст. 63). Нетрудно заметить ориентацию законодателя на Конституцию 1845 г. при определении этих категорий кандидатов в сенаторы. Неслучайно Л. Санчес Ахеста сделал вывод о том, что сенат «остался последним прибежищем проявления исключительности», допускаясь авто-

²⁴ Ley electoral (20 de agosto de 1870) // Tierno Galvan E.P. Leyes politicas espanolas fundamentales (1808-1936). P. 248 – 272.

рами проектов конституций Испании, принимавшихся ранее.²⁵

Всего лишь две статьи Конституции 1869 г. имеются в отделе, посвященном конгрессу. В самом тексте Основного закона не указаны требования, предъявляемые к избирателям, однако исчерпывающим образом представлены те, что предъявляются к депутатам (ст. 66): они должны быть полноправными испанскими гражданами и достичь возраста совершеннолетия. Депутаты избираются по одному от 40 тыс. жителей в соответствии с избирательным законом (ст. 65). Кандидат в депутаты должен быть испанцем, обладающим всей полной прав гражданина и достичь возраста совершеннолетия (ст. 65). Сравнивая это положение со ст. 16, можно отметить, что требования, предъявляемые к обладателям активного и пассивного избирательного права, одинаковые. В избирательном законе от 23 июня 1870 г., четко указывается, что депутатом кортесов может быть избран любой избиратель (ст. 4). Следует отметить, что закон воспроизводит механизм проведения выборов, введенный декретом от 9 ноября 1868 г.

В Конституции закреплён принцип несовместимости пребывания членом кортесов с нахождением на службе короля или правительства, исключение составляет лишь должность министра (ст. 59).

Кортесы созываются монархом ежегодно (ст. 42), при этом, он должен это сделать таким образом, чтобы они собрались до 1 февраля (ст. 43). В Конституции не предусмотрен автоматический созыв кортесов, как это было сделано в Кадисской конституции, ни в случае, если их не созывает король, как это было предусмотрено Основным законом 1837 г. Однако все-таки предприняты меры для того, чтобы избежать просрочек при созыве представительного законодательного органа. Кроме того, учредителями был установлен минимальный четырехмесячный срок ежегодных сессий (как это было сде-

лано в 1856), в который не включается время, затраченное на подготовительные организационные мероприятия.

Деятельность кортесов может быть приостановлена королем (ст. 42), однако, для того, чтобы предотвратить злоупотребления монархом этим правом, вводится ограничение: он может это сделать без согласия самих кортесов лишь один раз во время каждой легислатуры, при этом у них остается право заседать в течение не менее чем четырехмесячного срока (ст. 71). Король также может распустить одну из палат или обе одновременно, подобная формулировка появляется в Основном законе впервые (ст. 42). Однако он должен созвать кортесы вновь в течение трехмесячного срока.

Положения об одновременной деятельности обеих палат, кроме случая, когда сенат исполняет судебные функции, и их отдельных заседаниях и их открытом характере, недопустимость дебатов в присутствии короля (ст.с. 46 – 48), о порядке принятия решений (ст. 51), об обязательных случаях экстренного созыва кортесов (ст. 44) заимствованы из предыдущих конституций. Новшеством является запрет проводить собрания и митинги на улицах вблизи места заседания представительного органа и представлять в нем петиции, что должно было обеспечить независимость его деятельности от воздействия извне (ст. 55). Конституция создает все условия для реализации принципа автономии кортесов при осуществлении их деятельности, в т.ч. гарантирует неприкосновенность депутатов и сенаторов (ст. ст. 56, 57). В этом смысле продолжают традиции, заложенные Конституцией 1812 г. Однако в отличие от нее и «неродившейся» Конституции 1856 г., здесь не предусматривается создание постоянной депутации кортесов, которая бы обеспечивала некоторую непрерывность их деятельности.

В области закрепления законодательной функции кортесов сохраняется преемственность Основным законам 1837, 1845 и 1856 гг., прежде всего в части закрепления права

²⁵ Sanchez Agesta L. Derecho Constitucional Comparado. Madrid. 1968. P. 470.

крепления права законодательной инициативы, вручаемой королю и палатам (ст. 54). С учетом опыта реализации Конституции 1837 г., положение об обязательном принятии закона каждой палатой дополнительно указанием на то, что при отсутствии полного согласия между ними, разногласия разрешаются на основании закона, который определяет их взаимоотношения (ст. 49). Сохраняется и преимущество конгресса при принятии законов о налогах, государственном займе; этот список дополнен и законами о вооруженных силах (ст. 50). Вместе с тем, в тексте не находит развития норма, закрепляющая право короля санкционировать и промульгировать законы. Отсутствует и указание на судьбу законопроекта, не получившего одобрения в одной из палат или не санкционированного королем, что дает основания для того, чтобы утверждать: король не обладает правом абсолютного вето, которым его наделяли Конституции 1837, 1845 1856 гг.

Учредительные кортесы закрепили порядок принятия законов, заботясь о качестве их нормотворческой деятельности: до голосования в целом в каждой палате проводится голосование по статьям. Исключение составляют кодексы и законы большого объема, принимаемые в целом (ст. 52). Полномочия кортесов (ст. 58) текстуально совпадают с теми, что были указаны в Конституции 1856 г., а функции тождественны тем, что предусматривались ранее принимавшимися Основными законами. Важнейшим нововведением Акта является признание права «обеих законодательных палат» выражать вотум недоверия правительству, их членов – делать запросы (ст. 53). Таким образом, были закреплены гарантии контрольной деятельности кортесов, а также получила юридическое оформление политическая ответственность совета министров перед ними.

Принципами функционирования королевской власти являются следующие: признание монарха одним из органов, учреждаемых Конституцией, являющийся главой государства и главой исполнительной власти, осуществляющим определен-

ные функции, представительный характер королевской власти, конституционный характер его деятельности.

Полномочия монарха стали предметом долгих обсуждений в учредительных кортесах.²⁶ В результате их можно объединить в четыре группы: полномочия в отношении кортесов, при осуществлении законодательной функции, в сфере исполнительной власти, а также полномочия как главы государства. Как уже отмечалось выше, традиционные права короля по созыву, закрытию, роспуску кортесов и приостановлению их деятельности были достаточно серьезно ограничены (ст.ст. 42, 43, 71, 72). Право короля санкционировать законы не подкреплялось положением об обязательности королевской санкции, которая не упоминается в последующих положениях, регламентирующих законодательный процесс (ст. 49–50, 52).

Король представлялся главой исполнительной власти, которую он осуществлял посредством министров (ст. 35), по своему усмотрению назначаемых им на должности и освобождаемых от них (ст.68). Его полномочия повторяли те, что имелись в текстах предыдущих Конституций. Ему принадлежит право исполнять законы, и его власть распространяется на все то, что связано с обеспечением общественного порядка и внешней безопасности государства (ст.69). Для применения и исполнения законов он вправе издавать подзаконные нормативные акты (ст. 75). Король заботится о выпуске монеты (ст. 73.1), назначает в соответствии с законами на все гражданские и военные должности (ст. 73.2).

Как глава государства монарх обязан заботиться о быстром и полноценном отправлении правосудия во всем королевстве (ст. 73.5), обладает правом помилования (ст. 73.6), осуществляет верховное командование вооруженными силами, объявляет войну, заключает мир, предоставляет затем отчет кортесам (ст.70), присваи-

²⁶ Petschen S. Iglesia–Estado. Un cambio político. Las Constituyentes de 1869. Madrid, 1974. P. 92.

вает в установленном порядке почетные звания и отличия (73.3), руководит дипломатическими и торговыми отношениями с другими государствами (ст. 73. 4).

Наряду с полномочиями короля по сложившейся конституционной традиции в тексте имеется статья, в которой перечислены действия, на совершение которых он должен быть уполномочен специальным законом. Среди них три новеллы. Прежде всего, список пополнился присоединением к Испании какой-либо территории (ст. 74.2). Среди договоров, подлежащих ратификации впервые указаны те, что устанавливают обязанности для испанцев (ст. 74. 4). Кроме того, из текста «неродившейся» Конституции было скопировано положение о том, что король может лишь с указанными ограничениями осуществить общую амнистию и помилование. Таким образом, в целом можно отметить тенденцию к уменьшению значения королевской власти, а его полномочия представляются, как справедливо отмечал историк права Б. Клаверо, установленными Конституцией, а не прерогативами в силу личного права короля²⁷.

Конституция 1869 г. признает короля совершеннолетним по достижении 18-летнего возраста. За кортесами признаются права, известные Кадисской конституции, Конституциям 1837 и 1856 гг.: в случае прекращения династии, находящейся на престоле, они призывают новую, наиболее подходящую для нации (ст. 78); они исключают из числа наследников трона лиц, которые, по их мнению, не способны управлять государством или совершили проступок, влекущий утрату претензий на престол (ст. 80), признают короля не способным к управлению, назначают регентство и опекуна в указанных случаях (ст. ст. 83, 86).

Принципы деятельности министров. Раздел «О министрах» более обширный по сравнению с тем, что имелся в Конституциях 1837, 1845 и 1856 гг.: он состоит

²⁷ Clavero B. Evolucion historica del constitucionalismo espanol. Madrid, 1986. P. 83.

не из двух, как ранее, а из четырех статей. Вместе с тем, он сохраняет прежнее название, несмотря на то, что политическая доктрина и практика в то время рассматривали как необходимое явление правительство как коллегиальный орган, осуществляющий политико-административное руководство страной.²⁸ Однако в Конституции признаются новые для Испании принципы коллегиального характера правительства и его политической ответственности перед кортесами (ст. 53). Помимо правила контрасигнатуры (ст. 87), запрета министрам присутствовать на заседаниях кортесов, которые не являются членами одной из законодательных палат (ст. 88), четко сформулировано правило привлечения министров к уголовной ответственности за преступления, которые они совершают при осуществлении своих обязанностей: конгресс обладает правом выдвинуть обвинение против них, а сенат — судить. Далее содержится ссылка на законы, которые определяют основания для привлечения министров к ответственности, наказания, которые на них налагаются, а также процедуру привлечения их к ответственности (ст. 89). Отказываясь от правила, установленного Конституцией 1856 г., учредители закрепили, что король может помиловать министра, осужденного сенатом, если одна из палат обр~~а~~т~~и~~т~~ь~~ к~~а~~к~~т~~ор~~ы~~м~~у~~ ~~с~~уд~~у~~ ~~д~~ля~~н~~а ~~с~~уд~~е~~б~~н~~ой ~~в~~л~~а~~сти (ст. 90). Выдающийся испанский историк права и государственный деятель Ф. Томас и Вальенте отмечал, что формулировка ст. 36, а также название раздела VII Конституции 1869 г. стали основой «профессионализма, несменяемости, независимости и ответственности» судебной власти,²⁹ получившей развитие в наиважнейшем для Испании в органическом законе «Об организации судебной власти», принятом 23 июня и промульгированном 15 сентября 1870 г. Более обширным стал и раздел, посвященный

²⁸ Tomas Villarroya J. Breve historia... P. 94.

²⁹ Tomas y Valiente F. Constitucion: escritos de introduccion historica // Tomas y Valiente F. Obras completas: En 3 vol. Vol. 3. Madrid. 1996. P. 2589.

судебной власти (ст. ст. 91 – 98). Его положения базируются на принципах осуществления правосудия исключительно судом (ст. 91), наличия суда присяжных для рассмотрения определенных категорий уголовных дел (ст. 92), независимости судей, гарантируемой их несменяемостью (ст. 95) и их ответственности за исполнение своих обязанностей в соответствии с законом (ст. 98). Следует отметить, что еще декретом от 6 декабря 1868 г. временное правительство допустило существование церковных судов и военных трибуналов, упразднив иные специализированные суды, в т.ч. торговые. Более тщательно, чем в предыдущих основных законах проработан вопрос о назначении судей, что делается королем по предложению государственного совета на конкурсной основе в соответствии с органическим законом о судах (ст.ст. 94, 96, 97). Особое внимание уделяется обязательности единой правовой основы судебной деятельности – унифицированному законодательству – кодексам, действующим на всей территории монархии (ст. 91), что было традиционно для всех испанских конституционных текстов. Более того, судам запрещено применять общие, провинциальные и локальные нормы, если они не соответствуют законам (ст. 92). Очевидно, что в данном случае, законодатель подчеркнул факультативное значение обычая как источника права. Вместе с тем, впервые указано на недопустимость «игнорирования разнообразия, которое при особых обстоятельствах устанавливают законы» (ст. 91).

Принципы местного управления. Раздел «О провинциальных депутациях и аюнтаментах» состоит лишь из одной статьи (ст. 99). Она содержит, во-первых, бланкетную норму о законах, определяющих порядок формирования и полномочия провинциальных депутатий и аюнтаментов; во-вторых, принципы их деятельности, подлежащие развитию в текущем законодательстве. К таковым относятся: провинциальное и местное управление – сфера деятельности провинциальных депутатий и аюнтаментов; заседания этих органов яв-

ляются открытыми; бюджеты, отчеты и иные документы, представляющие общественный характер, подлежат обнародованию; дозволение короля и кортесов вмешиваться в их деятельность с целью не допустить превышения местными органами своих полномочий; соответствие их деятельности в области налогообложения основам налоговой системы государства.

В соответствии с Конституцией 20 августа 1870 г. были промульжированы муниципальный и провинциальный законы. Первый вводил двухуровневую систему муниципальных органов: аюнтаменты и муниципальные хунты. Аюнтаменто осуществлял местное управление, в то время как хунта была представительным органом, а входившие в ее состав советники избирались на всеобщих мужских выборах из жителей населенного пункта, их количество равнялось тройному числу членов аюнтаменто советников и они избирали из своих рядов алькальда. К ее полномочиям относилось, прежде всего, одобрение местного бюджета.

Примечательно, что в Конституции 1869 г. не упоминается о национальной милиции, существование которой было столь близко авторам проекта. Более того, в ней указано, что «не могут содержаться на испанской территории постоянные подразделения вооруженных сил, которые не предусмотрены законом» (ст. 107). Д. Севилья Андрес считал, что учредительные кортесы в 1869 г. тем самым продемонстрировали стремление к централизации власти, поэтому они не предусмотрели создание национальной милиции и закрепили право короля и кортесов вмешиваться в местные дела.³⁰

Принципы Конституции 1869 г. определили основы конституционного строя Испании на ближайшие постреволюционные годы. После введения Конституции 1869 г. в действие главной задачей правительства становится подбор кандидата на

³⁰ Sevilla Andres D. Historia política de Espana. 1800 – 1973: En 2 vol. Vol. 1. Madrid, 1974. P. 259.

престол. 25 июня 1870 г. Изабелла II официально отреклась от престола в пользу своего сына Альфонса XII, Однако 16 ноября 1870 г. кортесы избрали королем Амадео I, за которого проголосовал всего лишь 191 депутат из 311, присутствовавших при выборах.³¹ У короля – иностранца было немного шансов прижиться на чужбине, и он правил относительно недолго — до отречения, содержавшегося в его послании кортесам 11 февраля 1873 г.

В тот же день, несмотря на запрет собираться вместе, содержащийся в Кон-

³¹ Bahamonde, Martinez J. A. Historia de Espana: Siglo XIX. Madrid, 1994. P. 570.

* Алексеева Татьяна Анатольевна – кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», декан юридического факультета, профессор кафедры теории и истории права и государства.

** Статья опубликована в издании: Принципы права: Материалы всероссийской научно-теоретической конференции, Санкт-Петербург, 20 ноября 2006 г. СПб., 2007. С. 389-410.

ституции (ст. 47), сенат и конгресс объединились на общее заседание и провозгласили Испанию республику. Основной закон 1869 г. фактически перестал действовать. Но формальной его отмены не последовало. После окончания периода первой республики, была восстановлена монархическая форма правления и Бурбоны на престоле. Принципы осуществления государственной власти и ее отношений с испанцами в связи с произошедшей реставрацией, нашли закрепление в следующей Конституции Испании, промульгированной 30 июня 1876 г.

Конституционные акты Второй империи во Франции (1852–1870 гг.)**

Конституционное развитие Второй империи Франции до сих пор не стало предметом специального научного исследования в российской правовой науке. Материал на русском языке может быть найден главным образом в немногочисленных дореволюционных источниках¹ или в переводах трудов некоторых французских ученых, также специально не посвященных Второй империи.² Историческая литература затрагивает правовые вопросы вскользь,³ а учебники по истории права и государства зарубежных стран хотя и не обходят этот период вниманием, но предлагают материал, который по своему объему и глубине не может удовлетворить исследователя.⁴

¹ Боржо Ш. Учреждение и пересмотр конституций. М., 1918. С. 199–205; Градовский А. Государственное право важнейших европейских держав. Т. I. СПб., 1886. С. 709–715.

² Бартелими Ж. Государственный строй Франции / пер. с фр. Р. Ралова. Л., 1936; Дюги Л. Конституционное право: Общая теория государства. М., 1908; Прело М. Конституционное право Франции. М., 1957. С. 207–226.

³ Гегер О. Новейшая история. Т. 4. СПб., 1894. С. 445–614; Желубовская Э. А. Крушение Второй империи и возникновение Третьей республики во Франции. М., 1956; История Франции. В 3 т. / отв. ред. А. З. Манфред. Т. 2. М., 1973. С. 333–398.

⁴ История государства и права зарубежных стран. В 2 т. / под ред. О. А. Жидкова, Н. А. Крашенинниковой. Т. 2. М., 2001. С. 98–101; История государства и права / под ред. З. М. Черниловского. М., 1951. С. 161–164; История государства и права зарубежных стран / под ред. С. А. Чибиряева. М., 2002. С. 295–296; История государства и права зарубежных стран / под ред. К. И. Батыра. 4-е изд. М., 2003. С. 305–307; Косарев А. И. История государства и права зарубежных стран. М., 2002. С. 334–336; Графский В. Г. Всеобщая история права и государства. М., 2000. С. 487–489; Кучма В. В. Государство и право нового времени (XVII–XIX вв.).

Во Франции этот период исследован в первую очередь с исторической точки зрения,⁵ а трудов, посвященных изучению конституционных актов Второй империи или учреждаемых ими институтов, крайне мало и доступ к ним ограничен.⁶ Интересный материал может быть обнаружен в работах, предметом которых является развитие отдельных государственных органов,⁷ или в научной литературе, посвя-

Волгоград, 2002. С. 251–254; Ливанцев К. Е. История Буржуазного государства и права. Л., 1986. С. 188–189; Мухаев Р. Т. История государства и права зарубежных стран. М., 2005. С. 477–480; Омельченко О. А. Всеобщая история государства и права. В 2 т. Т. 2. 4-е изд. М., 2005. С. 190–194; Федоров К. Г. История государства и права зарубежных стран. Л., 1977. С. 235–238; Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права. М., 1999. С. 316–320.

⁵ April S. La II République et le Second Empire 1848–1870 du Prince Président à Napoléon III. Paris, 2000; Leblanc. Histoire politique, militaire et privée du prince Napoleon-Louis Bonaparte. Imprimerie de Giroux et Vialat. Paris, 1849; Villefranche J.-M. Histoire de Napoléon III. T. I–II. Lyon, 1897; Bury J. P. T. Napoleon III and the second Empire. London, 1970; Blanchard. Le Second Empire. 4 éd. Paris, 1966; Gérard A. Le Second Empire innovation et réaction. Paris, 1973; Guillemin H. Le coup du 2 décembre. 8 éd. Paris, 1951; Carons F. La France des patriotes de 1851 à 1918. Paris, 1985. P. 14–227.

⁶ Wright V. Le Conseil D'Etat sous le Second Empire. Paris, 1972; Girard M. Problèmes politiques et constitutionnels du Second Empire. Paris, 1964; Berton H. L'évolution constitutionnelle du Second Empire. Paris, 1900; Perceau. Le sénat sous le Second empire. Paris, 1909; Zeldin T. The political system of Napoléon III. London, 1958; Prelot M. La signification constitutionnelle du Second empire // Revue française de science politique. 1953. Vol. 3. N 1. P. 31–56.

⁷ Morabito M. Le chef d'Etat en France. Paris, 1996. P. 59–67; Luchaire F. Le Conseil Constitutionnel. T. I. Organisation et Attributions. 2 éd.

щенной конституционной истории Франции в целом.⁸

Французская история богата конституционными актами. Так, по подсчетам исследователя В. Константинеско, начиная с 1789 г. во Франции существовало более 20 конституционных текстов и свыше 30 различных политических режимов.⁹ В сравнении с другими странами, например США, может показаться, что

Paris, 1997. P. 11–13; La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai au Conseil Constitutionnel. Paris, 1989; Royer J.-P. Histoire de la justice en France. 2 éd. Paris, 1996. P. 515–536; Burdeau F. Histoire du droit administratif. 1 éd. Paris, 1995. P. 96–191.

⁸ Morabito M. Histoire constitutionnelle de la France (1789–1958). 6 éd. Paris, 2000. P. 251–278; Guichet Y. Histoire constitutionnelle de la France 1789–1974. 3 éd. Paris, 1993. P. 188–202; Debbasch C., Pointier J. M., Bourdon J., Ricci J.-C. Droit constitutionnel et institutions politiques. 4 éd. Paris, 2001. P. 433–435; Burdeau G., Hamon F., Troper M. Droit constitutionnel. 25 éd. Paris, 1997. P. 325–329; Linotte D. Les constitutions françaises. 2 éd. Paris, 1991. P. 34–37; Tricot B., Hadas-Label R., Kessler D. Les institutions politiques françaises. 2 éd. Paris, 1995. P. 50–60; Cadart J. Institutions politiques et droit constitutionnel. 3 éd. Paris, 1991. P. 856–858; Antonetti G. Histoire contemporaine politique et sociale. Paris, 1986. P. 269–293; Petot J. Les grandes étapes du régime républicain français (1792–1969). Paris, 1970. P. 286–360; Les Constitutions de la France depuis 1789 / sous éd. de J. Godechot. Paris, 1995. P. 279–286; Bodineau P., Verpeaux M. Histoire constitutionnelle de la France. Paris, 2000. P. 66–73; Vedel G. Manuel élémentaire de droit constitutionnel. Paris, 2002. P. 80–84; Jugnot G. Histoire du droit, des institutions et des faits économiques et sociaux jusqu'au début du vingtième siècle. Paris, 1986. P. 570–704; Turpin D. Droit Constitutionnel. 4 éd. Paris, 1999. P. 310–313; Duguit L., Monnier H. Les Constitutions et les lois principales de la France depuis 1789. 6 éd. Paris, 1943. P. 96–109; Guillenchmidt M. de. Histoire constitutionnelle de la France depuis 1789. Paris, 2000. P. 63–71; Jallut M. Histoire constitutionnelle de la France. 6 éd. Paris, 1958. P. 142–194; Chevalier J.-J. Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789–1958. 9 éd. Paris, 2001. P. 250–275.

⁹ Constantinesco V., Pierré-Caps S. Droit Constitutionnel. Paris, 2004. P. 325.

конституционной истории Франции не хватает стабильности, но это не так. При более пристальном исследовании становится очевидна конституционная преемственность.¹⁰ Игнорирование какого-либо периода делает невозможным полное изучение остальных: последовательная цепь исследования нарушается, вследствие чего проследить полно и всесторонне конституционную историю страны и эволюцию институтов очевидно невозможно. Этим и объясняется важность изучения Конституций Луи-Наполеона III. Следовательно, отсутствие полного перевода¹¹ Основного закона 1852 г. становится очевидной проблемой для тех, кто интересуется французским конституционализмом. Единственный полный перевод этого акта опубликован в журнале «Северная пчела» за 1852 г.¹² Издание это достаточно давнее, поэтому доступ к нему ограничен, к тому же слог и стиль перевода типичны для русского языка середины XIX в. и делают его устаревшим. Текст Конституции 1870 г. вообще остается доступным только для франкоговорящих исследователей.

Время правления Луи-Наполеона III было периодом «беспрецедентного процветания страны»,¹³ что неоднократно отмечали французские ученые. Эпоха Второй империи была ознаменована активным экономическим ростом, особенно в первые годы, одни из «самых великих, которые когда-либо знала Франция».¹⁴

В это время были существенно снижены протекционистские пошлины, что позволило экономике развиваться ускоренными темпами за счет конкуренции с соседними стра-

¹⁰ По вопросу преемственности см.: La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 / dirigé par L. Favoreu. Paris, 1990.

¹¹ Неполный перевод Конституции 1852 г. см.: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / сост. В. Н. Садиков. 2-е изд. М., 2005. С. 316–319.

¹² Северная пчела. СПб., 1852. Мес. I–XII.

¹³ Girard M. Problèmes politiques et constitutionnels du Second Empire. P. 109.

¹⁴ Villefranche J.-M. Histoire de Napoléon III. T. I. P. 230.

нами. Оборот с иностранными государствами увеличился с 2,5 млрд франков в 1852 г. до 6 млрд в 1858 г.¹⁵ Основы железнодорожного транспорта и банковской системы в том виде, в котором они существуют и по сей день, были заложены при правлении Луи-Наполеона III. Именно тогда были построены все главные железнодорожные магистрали, основаны современные банки. Режим способствовал развитию промышленности, медицины, урбанизации. Современный облик Парижа — заслуга Императора, не жалевшего средств и сил для благоустройства столицы. И Конституция стала необходимой юридической предпосылкой для всех этих разнообразных реформ.

Автор настоящей статьи ставит перед собой следующие задачи: 1) предложить собственный вариант периодизации времени правления Луи-Наполеона III, позволяющий проследить внутреннюю логику развития режима; 2) охарактеризовать процесс принятия конституционных актов и их основные особенности; 3) определить значение конституционных актов Второй империи для развития французского конституционализма.

Периоды правления Луи-Наполеона.

Луи-Наполеон III приходит к власти в качестве Президента, избранного в соответствии с Конституцией Второй республики 1848 г. Никому не известный во Франции, только благодаря своему имени он получает приблизительно две трети голосов (5434 тыс.) на выборах 10 декабря 1848 г.¹⁶ и становится главой государства более чем на 20 лет. Юридический и фактический статус Луи-Наполеона позволяет условно выделить несколько периодов во время его правления:

1) конституционное президентское правление (10.12.1848 — 02.12.1851);

2) чрезвычайное президентское правление (02.12.1851 — 29.03.1852);

3) авторитарное президентское правление (29.03.1852 — 02.12.1852);

¹⁵ Berton H. L'évolution constitutionnelle du Second Empire. P. 196.

¹⁶ Girard M. Problèmes politiques et constitutionnels du Second Empire. P. 6.

4) авторитарное императорское правление (02.12.1852 — 24.11.1860);

5) либеральное императорское правление (24.11.1860 — 08.09.1869);

6) парламентарное императорское правление (08.09.1869 — 04.09.1870).

Основной закон, принятый 4 ноября 1848 г., не позволял главе государства переизбираться на второй срок подряд (ст. 45),¹⁷ в связи с этим Луи-Наполеон был весьма озабочен проблемой пролонгации пребывания у власти. Однако его попытка по внесению соответствующих изменений в Конституцию, предпринятая 19 июля 1851 г., вызвала отпор со стороны депутатов Национального собрания. В результате, начиная с августа 1851 г., как отмечает исследователь М. Жирар, во Франции только и говорили, что о возможности государственного переворота.¹⁸ Он и был осуществлен 2 декабря 1851 г. под предлогом восстановления всеобщего мужского избирательного права, ограниченного законом, принятым Национальным собранием 31 мая 1850 г.

Луи-Наполеон, совершив государственный переворот (а именно запрещенные Конституцией действия — объявил о роспуске Национального собрания, Государственного совета, Верховного суда, попытавшегося собраться для того, чтобы принять обвинительный акт против Президента), ликвидировал политическую оппозицию и предпринял иные жесткие меры, обеспечившие подготовку Основного закона, закрепляющего приемлемый для главы государства статус.

Конституция 1852 г. Основным конституционным актом Второй империи была Конституция 1852 г.¹⁹ Неудивительно, что Луи-Наполеон, желавший править авторитар-

¹⁷ Текст Конституции 1848 г. см. в: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / сост. В. Н. Садилов. С. 313–316.

¹⁸ Girard M. Problèmes politiques et constitutionnels du Second Empire. P. 41.

¹⁹ Текст Конституции 1852 г. приводится в переводе автора настоящей статьи по изд.: Bulletin officiel du ministère de l'intérieur. Paris, 1852. P. 316–320.

но, был вынужден принять документ, ограничивающий свободу его действий, так как в середине XIX в. большинство французов считали, что наличие Основного закона является обязательным для страны. При помощи этого акта Луи-Наполеон старательно демонстрировал свою приверженность демократическим и республиканским ценностям, что ставилось многими под сомнение после государственного переворота. Принятием Конституции он легитимировал и легализовал свою власть. Вместе с тем Основной закон, так же как и прокламация Бонапарта, стал программным документом, своеобразным планом действий его правительства.

История Конституции 1852 г. начинается с принятия Декларации²⁰ Луи-Наполеона 2 декабря 1851 г.,²¹ которая утром в день государственного переворота была расклеена на стенах парижских домов. Разработал ее лично Бонапарт, и она, соответственно, отражала его политические убеждения. Декларация являлась своеобразным «эскизом» будущей Конституции:²² в ней объявлялись пять основных принципов последней.

Этот акт, адресованный французам, начинается с описания тяжелого положения, в котором находится государство. «Настоящая ситуация не может больше продолжаться, каждый прошедший день усложняет проблемы, опасности, с которыми сталкивается страна. Почему? Во-первых, Законодательная Ассамблея, несмотря на входящих в нее 300 патриотов — хотя она состоит из 750 членов — была против Республики и Президента. Во-вторых, вопреки Конституции депутаты плели интриги; таким образом, Президент, как другая кон-

²⁰ Документ называется «Proclamation», но с тем, чтобы не запутать читателя в будущем, так как Наполеон в последующем принимал другие прокламации, автор переводит его как «Декларация».

²¹ Текст Декларации Президента Республики от 2 декабря 1851 г. в переводе автора по изд.: Villefranche J.-M. Histoire de Napoléon III. T. I. P. 147–148.

²² Berton H. L'évolution constitutionnelle du Second Empire. P. 14.

ституционная власть, действовал во имя спасения Республики и страны. То, что сделал Президент, соответствует духу Конституции, но не соответствует ее букве; глава государства должен быть прощен, и он обращается к народу, единственному суверену, который признается во Франции».

Основные положения Декларации были вынесены на плебисцит. Луи-Наполеон явно следовал конституционной традиции: Основной закон государства должен быть одобрен нацией как это было в 1793, 1795, 1799, 1802, 1804 гг. Народу, по существу, предстояло решить: легализовать ли государственный переворот Луи-Наполеона, наделить его полномочиями для создания новой Конституции и дальнейшего правления или отказать ему в доверии. Таким образом, эта декларация и голосование послужили своеобразным технико-юридическим приемом, задача которого состояла в том, чтобы прояснить отношения между народом и Президентом. Кроме того, вынося указанные положения на плебисцит, Луи-Наполеон тем самым создавал базу для разработки угодной ему Конституции. Используя юридическую хитрость, он получил доверие народа и в рамках провозглашенных принципов был уполномочен создавать конституционный акт с любым содержанием, который не нуждался в дальнейшем одобрении и мог быть просто дарован Луи-Наполеоном.

20 и 21 декабря 1851 г. эти пять основных положений были приняты: 7473 тыс. голосовавших высказались «за», 641 тыс. — «против».²³ Луи-Наполеону, получившему поддержку народа, оставалось теперь только разработать Основной закон.

Для выработки проекта Конституции была назначена комиссия из 80 членов.²⁴ Но на самом деле над текстом работал очень узкий круг единомышленников под председательством Луи-Наполеона, а именно: Руэр, Флао, Тролонг, Меснар и Персини, друг Президента.

²³ Girard M. Problèmes politiques et constitutionnels du Second Empire. P. 56.

²⁴ Bodineau P., Verpeaux M. Histoire constitutionnelle de la France. P. 66.

При этом протокол заседаний лиц, разрабатывающих проект Основного закона, не велся.²⁵ В установленный срок ничего не было сделано. Известно, что 13 января Луи-Наполеон обратился к Руэру с просьбой немедленно составить окончательный вариант Конституции. Тот потратил на это всего лишь ночь, на следующий день Бонапарт внес в текст несколько незначительных поправок, затем подписал его и обнародовал. Так описал процесс разработки и принятия акта французский специалист А. Бертон.²⁶ Однако существуют и другие мнения по поводу того, кто именно выполнил основную работу по составлению проекта Основного закона. Исследователи Д. Линот²⁷ и Ж. Годешо²⁸ считают, что это сделал не Руэр, а Тролонг, а французские ученые П. Бодино и М. Верпо²⁹ полагают, что Конституцию разрабатывали Руэр и Тролонг совместно.

Основной закон 1852 г. предваряет прокламация Президента. В этом акте рассказывается о задачах, которые ставит перед собой Император, о причинах, целях принятия Конституции. Кроме того, этот документ также стал своеобразным комментарием ее статей, написанным самим создателем.

Конституция состоит из преамбулы, в которой перечисляются принципы, вынесенные на плебисцит, и основного текста, изложенного в 57 статьях, сгруппированных в семи разделах. Структурно Основной закон следует французской конституционной традиции: прежде всего в нем закрепляются права и свободы граждан.

В преамбуле зафиксированы основные начала, представленные в декларации от 2 декабря 1852 г. Эти принципы объявляются основой Конституции, и внести изменения в них

²⁵ Berton H. L'évolution constitutionnelle du Second Empire. P. 14.

²⁶ Girard M. Problèmes politiques et constitutionnels du Second Empire. P. 57.

²⁷ Linotte D. Les constitutions françaises. P. 35.

²⁸ Les Constitutions de la France depuis 1789. / sous éd. de J. Godechot. Paris, 1995. P. 282.

²⁹ Bodineau P., Verpeaux M. Histoire constitutionnelle de la France. P. 67.

можно было только после одобрения народом на плебисците, в этом и проявлялось их базовое значение; для иных изменений было достаточно принятия сенатус-консульты. Поэтому положения, зафиксировавшие конституционные принципы, являются жесткой частью, а все остальные — гибкой.

Уровень законодательной техники документа в целом невысок, что связано со спешкой, в которой проходила работа над проектом, и, возможно, уровнем профессиональной культуры Руэра, юриста из небольшого городка Риом в Оверне. Очевидным достоинством акта является то, что текст Конституции состоит из четких, ясных, понятных, кратких положений. Это делало ее содержание доступным и легким для понимания и демонстрировало желание Президента быть понятым народом. Возможно, это объясняется его военным прошлым: точные формулировки напоминали акты Наполеона I. Возможно, он следовал совету Аббата Сийеса, одного из разработчиков конституционного акта 1799 г., который заявил, что «текст должен быть коротким и ясным».³⁰

Юридическими источниками Конституции, очевидно, являются Основные законы 1799 и 1848 гг. При этом первый использован как позитивный источник, а второй — как негативный. Луи-Наполеон рассматривал Конституцию 1848 г. как совершенно бездарный акт об организации власти. Он считал, что текст и практика его реализации дискредитировали демократические институты, в частности принцип разделения властей, и обосновывал тем самым необходимость централизации власти. Конституция 1852 г. представлялась ему положительным антиподом Основного закона 1848 г.

Президент прямо заявил в прокламации 1852 г.: «В этом документе я представил на ваш суд основные принципы, заимствованные из Конституции VIII г. Если вы их одобрите, они станут фундаментом нашей политической Конституции».

³⁰ Цит. по: Jugnot G. Histoire du droit... P. 470.

Из конституционного акта Первой империи, помимо авторитарной власти главы государства, был заимствован расщепленный законодательный процесс. Его участниками по Конституции 1852 г. являлись: Президент, правительство, государственный совет, законодательный корпус и сенат. В Основном законе 1852 г. использовалась терминология Конституции VIII г.: государственные органы назывались сенатом, государственным советом и т. д. Использовался термин «законодательный корпус», вместо традиционного «национальное собрание».

Вместе с тем есть и серьезные отличия от акта 1799 г.: Конституция 1852 г. устанавливала большую степень контроля главы государства за Сенатом благодаря праву назначать всех его членов и председателя. В то же время Сенату предоставлялись более широкие полномочия, чем в 1799 г., в том числе в области конституционного контроля. Основным законом не предусматривалось создание трибунала, и были увеличены права государственного совета.

Основное же различие двух Конституций состоит в установлении всеобщего избирательного права в 1852 г., которое по Основному закону 1799 г. было скорее теоретическим. Заметим, что именно провозглашение этой формы реализации народного суверенитета послужило в будущем причиной падения Второй империи.

Система высших органов государства по Конституции 1852 г. В соответствии с Конституцией управление французской Республикой «доверялось» на десять лет Президенту, Принцу Луи-Наполеону Бонапарту (ст. 2). Основным законом не устанавливал порядок избрания главы государства; это очевидно, свидетельствовало о том, что десятилетний срок полномочий Президента является переходной стадией к монархической форме правления, как это было при Наполеоне Бонапарте.

В прокламации от 14 января 1852 г. Луи-Наполеон заявляет, что желает иметь возможность действовать «свободно и беспрепятственно» в силу его личной ответственности

перед народом. Эта вторая часть заявления Президента носила, очевидно, лишь декларативный характер, поскольку не обеспечивалась реальным механизмом его реализации: единственной формой привлечения к ответственности был плебисцит, который мог быть проведен лишь по инициативе главы государства, когда он этого хотел, и по вопросам, им же установленным, в словах, им же закрепленных (ст. 5). Все остальные органы государства являлись, по сути, лишь его инструментами (ст. 3). Основным законом страны наделял Президента всей полнотой исполнительной власти и возможностями для полного контроля над законодательной властью через прямо подвластные ему органы (разд. 3–5).

Сенат — это второй орган, учреждаемый Конституцией. Несмотря на то что в его состав входили сенаторы «по праву», большинство членов назначались Президентом по его усмотрению. Подконтрольность этого органа предопределила его широкие полномочия, в том числе по конституционному контролю. Сенат на основе представлений Правительства и петиций граждан мог аннулировать акты, противоречащие Конституции (ст. 29). По собственной инициативе он мог выступать против обнародования законов, противоречащих или причиняющих вред Конституции, религии, морали, свободе вероисповедания, личной свободе, равенству граждан перед законом, неприкосновенности собственности и принципу несменяемости судей, и законов, ставящих под сомнение безопасность государства (ст. 26). Но это полномочие ни разу за все 18 лет не было реализовано. Кроме того, Сенат наделен правами по толкованию и внесению изменений в Конституцию (ст. 27, 31), также он мог в докладе, адресованном Президенту Республики, предложить основы проекта закона национального значения (ст. 30).

Луи-Наполеон не мог позволить себе ликвидировать выборный представительный орган. Более того, осуществив государственный переворот, он объявил о восстановлении всеобщего избирательного права. Отныне палата избиралась на основе всеобщих мужских выборов из расчета один депутат от 35 тыс.

избирателей (ст. 35). Однако, ограничив себя в возможности устанавливать цензы, глава государства вынужден был прибегнуть к различного рода средствам для уменьшения политического веса Законодательного корпуса, в частности народные избранники не получали жалования (ст. 37), выборы проходили при беспрецедентном давлении властей, публичность заседаний палаты была максимально ограничена. Таким образом, данный орган был изолирован от народа, этой цели служили и выборы раз в 6 лет (ст. 38), и короткая длительность сессий (3 месяца), и даже использование термина «депутат», а не «представитель», коим считался Луи-Наполеон, избранный всей нацией. Полномочия Законодательного корпуса были ограничены обсуждением и принятием законопроектов (ст. 39), право законодательной инициативы принадлежало только Императору (ст. 8), а вносимые палатой поправки нуждались в обязательном одобрении Государственного совета (ст. 40).

Государственный совет, формируемый Президентом (ст. 48), был учрежден как вспомогательный орган с главным полномочием — осуществлять подготовку законопроектов и представлять их в Законодательном корпусе (ст. 50–51). Очевидно, он должен был служить заградением, заслоном между законодательной и исполнительной властью. Но оставалась сфера, в которой он мог проявлять самостоятельность: рассмотрение административных споров и жалоб (этим важным полномочием он пользуется с момента создания и по сей день). Именно в этой области Государственный совет преуспел. Это объясняется не только профессионализмом государственных советников, но и заинтересованностью Луи-Наполеона в постоянном надзоре за бюрократическим аппаратом.

Конституция вступала в силу не сразу, а в соответствии со ст. 58 «с момента, когда будут созданы предусмотренные ею основные органы». 29 марта 1852 г. Луи-Наполеон объявил о ее вступлении в силу на совместном заседании Сената и Законодательного корпуса, когда было выполнено данное предписание. На этом Президент утрачивал свои чрезвычай-

ные полномочия, однако Основной закон страны стал юридической основой для его долгого авторитарного правления. Теперь он мог спокойно приступить к реализации тех целей, которые ставил перед собой: 1) разрушить политические партии в стране и тем самым «усыпить» политическую жизнь во Франции; 2) обеспечить экономический расцвет страны; 3) отменить Венские соглашения, укрепить положение Франции на международной арене.³¹

Первые восемь лет правления Луи-Наполеона в новом статусе знаменуются активными реформами, подавлением оппозиции, отказом от обеспечения свобод личности, главным образом свободы слова. Луи-Наполеон достиг и внешнеполитических успехов, о чем свидетельствуют победа в Крымской войне и колониальной войне в Индокитае, успешные военные действия в Италии.

Политическая деятельность обеспечивалась корректировкой конституционных актов. Разработчики Конституции предполагали внесение в нее поправок в соответствии с трансформацией социальной обстановки, поэтому каждое значимое изменение в обществе отражалось в ее содержании. Сам Луи-Наполеон в прокламации 1852 г. указывал: «Конституция не скрыла будущей судьбы нации за непреодолимой оградой. Она сохранила широкий простор для изменений, которые необходимо вносить во времена серьезных кризисов, что позволяет не прибегать при этом к пагубным методам революции». Таким образом, изменения, внесенные в текст Основного закона, позволяют нам видеть, как эволюционировал этот режим.

Обычно говорят о двух волнах поправок, которые соответствуют авторитарному и либеральному периодам Империи. Целью первой волны поправок было укрепление авторитаризма, ограничение публичности деятельности государственных органов, а также детальное оформление власти.

Первое изменение, внесенное в Конституцию, было связано с тем, что статус Пре-

³¹ Blanchard. Le Second Empire. P. 210.

зидента Республики не удовлетворял Луи-Наполеона, желавшего провозглашения Империи. Но, прежде чем решиться на повторение опыта своего дяди, Наполеона Бонапарта, он совершает путешествие по стране, чтобы лично изучить общественное мнение и выяснить, найдет ли его желание поддержку у населения Франции. Осознав, что значительная часть нации одобряет возвращение к имперскому прошлому, Луи-Наполеон решается 2 декабря 1852 г. вынести на плебисцит сенатус-консулт от 7 ноября 1852 г., которым изменялась форма правления, Франция провозглашалась Империей, а Луи-Наполеон — ее Императором (ст. 1). Устанавливалось, что звание Императора передается по наследству прямым и законным наследникам Луи-Наполеона Бонапарта, от мужчины к мужчине, в порядке старшинства с постоянным исключением женщин и их потомков (ст. 2).

Следующих поправок ждали недолго. Сенатус-консулт от 25 декабря 1852 г. наделяет Императора правом помилования и объявления амнистии (ст. 1), правом председательствовать в Сенате и Государственном совете (ст. 2), правом заключать торговые соглашения без последующего одобрения Законодательным корпусом (ст. 4). Акт содержал положения о гражданском листе и императорской семье (ст. 6, 9), вводил жалование сенаторам и депутатам (ст. 10–11, 14), фиксировал положения, касающиеся отчетности заседаний палат (ст. 13), а также регулировал бюджетный процесс, уменьшая при этом полномочия законодательной палаты (ст. 12).

Принятие сенатус-консульта от 27 мая 1857 г., изменяющего ст. 35 Конституции, было связано с предстоящими в 1857 г. выборами. Он вносил выгодные для исполнительной власти изменения в принципы формирования избирательных округов, что позволяло уменьшить оппозиционное представительство в Законодательном корпусе.

Декрет от 24 ноября 1860 г., установивший публичность заседаний и возможность присутствия министров на сессиях Законодательного корпуса, ознаменовал начало новой

эры.³² В это время постепенно, шаг за шагом ослабевает давление государственного аппарата на общество и демократические институты: реально обеспечиваются права и свободы личности, Законодательный корпус становится более значимым органом государства.

Причин таких изменений было несколько. Во-первых, состояние здоровья главы государства ухудшалось, и его политическая активность ослабевала. Во-вторых, его соратники старели, некоторые умирали. Средний возраст министров в 1852 г. — 48 лет, а в 1867 г. уже 57 лет. К тому же в 1854 г. умирает Сант-Арно, затем Фортул (1855 г.), Билло (1863 г.), Морни (1865 г.), Тувенель (1866 г.), Фулд (1867 г.), Валевски (1868 г.),³³ — и все это ближайшие помощники Императора, бывшие министрами, председателями важнейших государственных органов, его изначальная команда. Даже простые парижане, далекие от политики, понимали значение этих людей, и после смерти Морни многие сетовали: «Бедный Император! Он потерял свою руку с потерей Сант-Арно, язык, потеряв Билло, он потерял голову со смертью Морни!»³⁴ В-третьих, социальная база власти расширялась за счет провозглашения демократических ценностей и институтов в связи с потерей поддержки различных слоев населения: клерикалов — в силу ведения войны в Италии; крупной буржуазии — по причине отмены протекционистских пошлин в отношении Англии и многих других стран Европы.

Стоит также упомянуть недовольство в стране, возникшее в связи с военной кампанией в Мексике, проблемами в экономике, вызванными мировым кризисом перепроизводства, большими тратами Луи-Наполеона на реконструкцию Парижа.

На либеральный период правления Императора приходится вторая волна попра-

³² Berton H. L'évolution constitutionnelle du Second Empire. P. 363.

³³ Carons F. La France des patriotes de 1851 à 1918. P. 200.

³⁴ Villefranche J.-M. Histoire de Napoléon III. T. II. P. 203.

вок, которые предполагали увеличение полномочий теперь уже Законодательного корпуса. Эти изменения вносились на протяжении 9 лет, пока 8 сентября 1869 г. не был принят сенатус-консульт, провозглашавший Парламентскую империю.

В соответствии с сенатус-консультом от 2 февраля 1861 г. отчет о заседаниях палат становился более полным и доступным. Сенатус-консульт от 18 июля 1866 г., изменявший, в частности, ст. 40–41, ограничивал публичность обсуждения поправок к Конституции, так как отныне это осуществлялось только в Сенате. Но в то же время это ограничение компенсировалось увеличением законодательских полномочий Законодательного корпуса, жалования депутатов и продолжительности сессий нижней палаты.

Сенатус-консульт от 14 марта 1867 г., устанавливал дополнительные полномочия Сената в отношении контроля за законодательством, что, возможно, было связано с подготовкой к преобразованию режима: ведь уже в 1867 г. Эмилю Оливье, депутату от оппозиции, поступило от Императора первое предложение о формировании коалиционного правительства.

С принятием сенатус-консульта от 8 сентября 1869 г. открывался период активных реформ, направленных на создание ответственного правительства, которые заканчиваются 21 мая 1870 г. вступлением в силу новой Конституции, ставшей итогом предшествующего конституционного развития Второй империи.

На выборах 1869 г. непримиримые оппозиционеры получают 54 места,³⁵ поэтому неудивительно, что, когда 28 июня 1869 г. собрался Законодательный корпус, 116 депутатов запросили Правительство о возможности создания ответственного министерства. Луи-Наполеон конечно мог резко отказать от таких реформ и подавить оппозицию, но он выбрал иной путь. 12 июля депутатам было объявлено о созыве Сената, который уполномочивался на проведение серьезных реформ.

В результате 8 сентября 1869 г. был принят сенатус-консульт, который наделял Законодательный корпус правом законодательной инициативы (ст. 1), расширял возможности министров участвовать в заседаниях палат (ст. 3), устанавливал право интерpellации членов палат к Правительству (ст. 7), либерализовал бюджетный процесс (ст. 9), уменьшал полномочия Императора в отношении установления таможенных и почтовых тарифов (ст. 10), наделял палаты правом принимать свой внутренний регламент (ст. 11). Но самое важное — это то, что провозглашался принцип ответственности министров (ст. 2), хотя и не указывалось, перед кем. Как считает А. Бертон, «после принятия сенатус-консульта от 8 сентября 1869 г. министры несли ответственность только перед парламентом».³⁶ Подтверждение тому — формирование 2 января 1870 г. первого парламентского кабинета во главе с Эмилем Оливье; однако Император сохранил за собой право председательствовать в Совете.³⁷

Этот сенатус-консульт не стал завершающей стадией конституционного развития Второй империи, так как он только обозначил направление изменения формы правления, получившее окончательное оформление в Конституции 1870 г.

Причиной для принятия нового Основного закона было то, что в условиях все большего укрепления положения оппозиции от выборов к выборам и при этом меньшей степени подконтрольности работы Законодательного корпуса, а также неудачной внешней политики Императора было невозможным дальнейшее существование авторитарного режима. Требовалось преобразовать власть главы государства в соответствии с изменившейся ситуацией. Одной из задач Конституции было также закрепление безответственности Императора, но при этом он не мог довольствоваться ролью конституционного монарха. Луи-Наполеон хотел создать государственный строй с коор-

³⁶ Berton H. L'évolution constitutionnelle du Second Empire. P. 555.

³⁷ Ibid. P. 559.

³⁵ Ibid. P. 301.

динирующей ролью главы государства. Кроме того, принятие нового конституционного акта, как говорил Наполеон I, позволило бы «очистить основания власти»³⁸ и «подготовить переход короны к его сыну».³⁹

Конституция 1870 г. В отличие от Конституции 1852 г. конституционный акт 1870 г.⁴⁰ принимался и разрабатывался не группой приближенных Императора: он прошел все предусмотренные Основным законом стадии. 21 марта Луи-Наполеон уполномочил хранителя печатей, Эмиля Оливье, и его коллег подготовить проект сенатус-консульта, который бы распределил законодательную власть между двумя палатами. 28 марта правительственный проект, сопровождаемый мотивами Эмиля Оливье, был внесен на обсуждение в Сенат. Документ состоял из двух частей. Первая, включавшая новые положения, насчитывала 7 статей, вторая включала статьи Конституции 1852 г. и сенатус-консульты, сохранявших свою силу. В составе Сената для разработки единого акта, который должен был стать Конституцией Либеральной империи, была создана комиссия, членами которой были Барош, Руэр, Буде, Дрюон, Беик, Девиен, Мань, Мопас, Шаслу-Лоба, Квентин-Бошар.⁴¹ Обсуждение в Сенате закончилось 20 апреля одобрением сенатус-консульта, состоящего из преамбулы и 45 статей, разбитых на восемь разделов. По содержанию акт 1870 г. представляет собой Конституцию 1852 г. с внесенными в нее поправками, а также включает новые положения, развивающие последствия установления Парламентарной империи, которые не нашли отражения в сенатус-консульте от 8 сентября 1869 г., а именно: провозглашение Сената второй палатой представительного органа и отмену его полномочий по конституци-

³⁸ Morabito M. Le chef d'Etat en France. P. 161.

³⁹ Guillelmschmidt M. de. Histoire constitutionnelle de la France depuis 1789. P. 71.

⁴⁰ См. текст Конституции 1870 г. в переводе автора настоящей статьи: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constitution/c1852.htm>.

⁴¹ Berton H. L'évolution constitutionnelle du Second Empire. P. 387.

онному контролю и внесению изменений в Конституцию.

Проект сенатус-консульта был вынесен на плебисцит, хотя многие сомневались в правильности этого решения. Мало кто считал, что Луи-Наполеон сможет получить соответствующую поддержку, поскольку голосование в этот раз проходило в течение одного дня,⁴² что значительно уменьшало возможности для фальсификации выборов. Но Император настоял на народном голосовании, так как, по его мнению, все, что делается помимо нации, — нелегитимно. Это, конечно же, была не главная причина. Луи-Наполеон нуждался в новом Основном законе, принятом по всем правилам, с соблюдением всех демократических требований, что способствовало легитимации новой Конституции.

Стоит отметить, что ответ «нет» на плебисците, по сути, дела означал анархию. Если бы Франция отказала в доверии Луи-Наполеону, то она осталась бы без правительства. В этом также проявлялась хитрость и мудрость Императора, который, как и в 1851 г., ставил вопрос выбора не между республикой и империей, а между порядком и хаосом. Таким образом, вынося 23 апреля 1870 проект на народное голосование, Луи-Наполеон рисковал не столь сильно, как это могло показаться.

Голосование проходило 8 мая 1870 г. Первые результаты, полученные Луи-Наполеоном из Парижа, Лиона и других крупных городов, были явно не в его пользу. Армия также оказала меньшую поддержку (319 тыс. — в 1851 г, 285 тыс. — в 1870 г.),⁴³ однако сельские районы и на этот раз оказали решающее доверие Луи-Наполеону, и окончательный результат был следующим: «7 350 142 — “да”; 1 358 825 — “нет”; 112 975 бюллетеней были аннулированы».⁴⁴

21 мая Законодательный корпус официально вручил Императору декларацию с результатами выборов. Глава государства про-

⁴² Ibid. P. 711.

⁴³ Ibid. P. 723.

⁴⁴ Ibid.

мульгировал Основной закон в тот же день, и он стал официально «Конституцией Империи французов».⁴⁵ Конституция 1852 г. не была отменена, а сохранила силу закона. Все сенатус-консульты были аннулированы, за исключением сенатус-консульта о регентстве от 17 июля 1856 г., сохранившего свой конституционный характер.

Данная Конституция не подверглась специальному анализу во французской юридической литературе. Все оценки значения сенатус-консульта от 21 мая 1870 г. могут быть сведены к нескольким позициям. Одни ученые рассматривают его как новую редакцию Конституции 1852 г., другие — как новый Основной закон Империи. К числу первых относятся французские ученые Ф. Лушер, Д. Тюрпан, Ф. Фойлар, Ж. Ведель и др. Они обосновывают свою позицию тем, что в формулировке, предложенной народу, ничего не говорится о новой Конституции: «Народ одобряет либеральные конституционные реформы, проводимые с 1860 г. Императором при содействии великих Корпусов государства и ратифицирует сенатус-консульт от 20 апреля 1870 г.». Второй аргумент связан с тем, что в тексте Конституции 1852 г. ничего не говорится о возможности замены ее новым Основным законом. Кроме того, в форме сенатус-консультов принимались поправки к Конституции. Одобрение же на плебисците, т. е. утверждение народом, объяснялось тем, что подвергались изменению основы, провозглашенные 2 декабря 1851 г. Сторонники рассматриваемой точки зрения считают, что не было необходимости для принятия нового Основного закона еще и потому, что Парламентарная империя уже была учреждена ранее сенатус-консультом от 8 сентября 1869 г., а ответственный кабинет уже функционировал.

Второй позиции придерживаются французские ученые А. Бертон, К. Эмери, К. Бидежарей, Ж. Бурдон, Ж.-К. Ричи, М. Прело, Г. Антуанетти, К. Эмери. Они отмечают, что акт называется «Сенатус-консульт от 21 мая 1870 г., фиксирующий Конституцию Импе-

рии», и в преамбуле указано, что «обнародуется как Закон государства сенатус-консульт, принятый Сенатом 20 апреля 1870 г.». Формулировка «Закон государства», причем с большой буквы, свидетельствует о принятии новой Конституции.

Различные оценки этого акта связаны со сложной политической обстановкой в стране и причинами, побудившими Императора к его принятию. Думается, что более правильным будет вывод о том, что Конституция 1870 г. с формально-юридической точки зрения — это новая Конституция, но фактически она является новой редакцией Основного закона 1852 г.

Государственный строй, закрепленный по Конституции 1870 г., бывший своего рода результатом консенсуса, мог гарантировать долгое существование Империи. Стоит отметить, что даже в течение короткого времени были осуществлены некоторые демократические реформы: отменен закон о безопасности, были внесены либеральные изменения в уголовный и уголовно-процессуальный кодексы, приняты законы о децентрализации управления, акты, расширяющие право на свободу объединений. Таким образом, власть успела продемонстрировать свою приверженность демократическим ценностям, но не все это увидели за столь короткий срок.

Несмотря на все эти положительные изменения, общество не привыкло к тому, что ответствен не Император, а министры. С принятием Конституции формально мало что изменилось: у власти остались те же люди, советники, продолжали существовать прежние государственные органы, суды. Общественное мнение оценивало режим Империи как авторитарный, несмотря на реальное установление принципа народного суверенитета. Все это в совокупности с поражением в войне с Пруссией 2 сентября в битве под Седаном привело к падению Второй империи и провозглашению 4 сентября 1870 г. Республики.

Место Конституций Второй империи в истории развития французского конституционализма. Ф. Карон, современный французский историк, с восторгом характери-

⁴⁵ Ibid. P. 724.

зует Конституцию 1852 г. как «один из самых важнейших текстов за всю конституционную историю Франции, именно в нем устанавливается всеобщее избирательное право — основа демократического государства и настоящий источник власти».⁴⁶ Однако, видимо, стоит более сдержанно оценивать конституционные акты Второй империи: не следует как преуменьшать их значение, что делают большинство конституционалистов, обходя эти акты должным вниманием, так и слишком преувеличивать их роль.

Конституции Второй империи, главным образом, имели значение для развития в двух сферах: политико-теоретической и политико-идеологической. Важность для первой состояла в том, что эти акты разрабатывались на основе предыдущих конституционных актов и были основой при разработке последующих, являясь тем самым очередным этапом в развитии того или иного института (причем это касается как их формально-юридического закрепления, так и практики функционирования). Например, положения о контроле Сената за законодательством являются развитием идей Сийеса, предваривших создание Конституционного совета Пятой республики. Таким образом, можно сделать вывод, что Основные законы 1852 и 1870 гг. являются необходимой стадией в развитии как отдельных институтов, так и французского конституционализма в целом.

Кроме того, Конституция 1852 г. послужила базой для закрепления авторитарного режима нового типа и тем самым действительно внесла большой оригинальный вклад в политико-теоретическую сферу. Особенность этого режима состоит в том, что абсолютная власть главы государства существует наряду с реальным провозглашением всеобщего избирательного права. Этот опыт неоднократно использовался, в том числе цивилизованными странами. Так, французский Президент Шарль де Голль на основе своего авторитета и доверия народа сконцентрировал власть в своих

⁴⁶ Carons F. La France des patriotes de 1851 à 1918. P. 21.

руках и существенно изменил Конституцию. Этот способ организации авторитарной власти даже стал предметом научных исследований и получил название «цезаризм» в трудах французского юриста Ж. Бартелеми.⁴⁷

Не менее, а может быть, даже более важно подчеркнуть идеологическое влияние этих актов. Во-первых, Основные законы 1852 и 1870 гг., закрепляя монархическую форму правления на основе демократических принципов, подготовили развитие и становление Республики. М. Прело, подтверждая мнение французского историка Р. Ремонда,⁴⁸ считает, что значение Второй империи проявилось в том, что «этот режим позволил демократии достаточно вызреть, чтобы принять традиционные формы».⁴⁹ В этом смысле будут уместно процитировать еще и Гамбетту, который на заседании Законодательного корпуса от 10 января 1870 г. сказал: «Вы только мост между Республикой 1848 г. и будущей Республикой, и мы этот мост перейдем».⁵⁰

Во-вторых, французские ученые Г. Антонетти,⁵¹ Д. Кесслер,⁵² Ж. Ведель⁵³ отмечают, что провозглашение Империи обозначало конец доминирования парижской элиты, существовавшей с 1789 по 1848 г., когда все политические решения в стране принимались в столице. Период же Второй империи вывел в политику массы крестьян, представителей провинции, наделив их реальным всеобщим избирательным правом и возможностью участвовать в политической жизни государства.

⁴⁷ Bacot G. Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale. Paris, 1985. P. 159.

⁴⁸ Rémond R. La vie politique en France. T. II. Paris, 1969. P. 150–151.

⁴⁹ Prelot M. La signification constitutionnelle du Second empire. P. 56.

⁵⁰ April S. La II République et le Second Empire... P. 16.

⁵¹ Antonetti G. Histoire contemporaine politique et sociale. P. 259.

⁵² Tricot B., Hadas-Label R., Kessler D. Les institutions politiques françaises. P. 53.

⁵³ Vedel G. Manuel élémentaire de droit constitutionnel. P. 82.

В-третьих, именно после авторитарного правления Луи-Наполеона республиканцы поняли, что в условиях всеобщего избирательного права существенное значение имеет повышение уровня грамотности, просвещение населения: это позволит избежать цезаризма в будущем. Поэтому, придя к власти в 1879 г., они провозгласили обязательность светского образования,⁵⁴ чтобы отныне никому не известный человек не мог, представляясь наследником великих национальных побед, гарантом всеобщего избирательного права, стать абсолютным главой государства. Таким образом, стало понятно, что для установления демократии необходимо не только увеличивать количество граждан, обладающих избиратель-

⁵⁴ Antonetti G. Histoire contemporaine politique et sociale. P. 260.

* Волков Александр Константинович – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», заместитель декана юридического факультета по научной работе и международным связям.

** Статья опубликована в издании: Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2007. № 2. С. 164-179.

ными правами, но и активно содействовать их образованию и просвещению.

Невозможно не упомянуть и общеисторическое значение Конституций. Опыт существования конституционных актов Второй империи является материалом для проведения параллелей с историей режимов даже современных государств, позволяя тем самым прогнозировать дальнейшую эволюцию этих стран. Необходимо обращаться за объяснениями к прошлому, так как «история права имеет главной целью дать нам лучшее познание настоящего, которое является лишь завершением истории» (Ф. Ларнод).⁵⁵

⁵⁵ Цит. по: Прело М. Конституционное право Франции. М., 1957. С. 24.

Золотоордынские ярлыки русской церкви как пример правоотношений светской и духовной власти на государственном и надгосударственном уровне**

При слове «ярлык» чаще всего вспоминаются грамоты, которые выдавались золотоордынскими ханами русским князьям. Однако, по сравнению с многочисленными жалованными грамотами или дипломатическими посланиями (тоже называвшимися «ярлык»), эта категория ханских указов была сравнительно немногочисленной. К виду жалованных грамот относятся и ханские ярлыки русской церкви. Эти документы представляют собой интересный пример взаимоотношений трех властей – русской церкви, русского государства и Золотой Орды, которая для русской церкви являлась своеобразным «надгосударственным институтом».

Эти ярлыки представляют собой весьма интересные с юридической точки зрения документы, поскольку имели и прямое действие на территории Руси, и служили основой для создания правовых актов самими церковными иерархами.

Ярлыки русской церкви представляют собой, в общем-то, весьма распространенный тип ярлыков, выдававшихся и в Монгольской империи, и в ее отдельных улусах. Самый древний монгольский ярлык, дошедший до нашего времени, принадлежит Чингис-хану и представляет собой именно грамоту, освобождающую от уплаты налогов буддистскую церковь (1223 г.).¹ Этот ярлык и стал образцом, на основании которого издавали сходные акты монгольские императоры Китая, среднеазиатские правители и ханы Золотой Орды.

Надо полагать, что выдача ярлыков русской церкви осуществлялась всеми золотоордынскими ханами, начиная с самых первых, за исключением, возможно, Батыея, – но крайней мере, так сообщается в

¹ Си Ю Цзи, или Описание путешествия даосского монаха Чан Чуня на Запад // Мир Льва Гумилева. Пустыня Тартари. М., 1995. С. 357.

ней мере, так сообщается в послесловии к рассматриваемой коллекции: «Не реку от Саина (таков был посмертный титул Батыея – Р.П.), иже бе попленил Русскую землю, но паче рещи и всех цареи, еже по нем царствоваша».² Ярлыки митрополитам выдавал каждый новый хан при вступлении на престол; также его получал при вступлении в сан каждый новый митрополит. Так как коллекция ярлыков была оформлена к середине XV в., можно предположить, что практика их выдачи прекратилась незадолго до этого, и, вероятно, новых ярлыков из Орды уже не предвиделось. Причина тому, вероятно, – упадок и распад Золотой Орды, с падением авторитета которой отпала необходимость и в защите ханами привилегий русского духовенства. Следовательно, и ярлыки митрополитам выдавались примерно в течение двух столетий (1250-е–1450-е гг.). Интересно, что ярлыки русским митрополитам обычно выдавались без проволочек, буквально в первые же дни царствования очередного хана – в отличие от любых других видов ярлыков, подготовка которых могла тянуться годами.

Главным и единственным источником по трехсторонним взаимоотношениям «Орда – Русь – церковь» стала так называемая коллекция ярлыков русским митрополитам, окончательно сформированная в 1450-е гг.³ Она дошла до нашего времени в двух редакциях. Первая, «краткая», была создана, как уже отмеча-

² Памятники русского права. Выпуск третий: Памятники права периода образования русского централизованного государства. XIV–XV вв. М., 1955. С. 471.

³ Григорьев А.П. Время составления краткой коллекции ханских ярлыков русским митрополитам // Историография и источниковедение истории стран Азии и Африки. Вып. VIII. 1985. С. 133.

лось выше, в середине XV в. и включала в себя шесть документов: ярлык Менгу-Тимура митрополиту Кириллу (1267 г.), жалованную (а по мнению А. П. Григорьева – проезжую⁴) грамоту Тайдулы епископу Иоанну (1347 г.), жалованную грамоту Тайдулы митрополиту Феогносту (1351 г.), проезжую грамоту Тайдулы митрополиту Алексию (1354 г.), ярлык Бердибека митрополиту Алексию (1357 г.) и ярлык Мухаммеда-Булака митрополиту Михаилу (1379 г.). «Пространная» редакция была составлена уже в 1540-е гг.⁵ и представляет собой переработку ярлыков с добавлением «ярлыка Узбека» (1313 г.), подложность которого была установлена еще П.П. Соколовым в начале XX в.⁶

Анализ текстов ярлыков Бердибека и Мухаммеда-Булака позволил М.Д. Приселкову предпринять попытку восстановления содержания ярлыков, выданных митрополитам ханами Тохтой и Азизом соответственно в 1308 и в промежутке между 1365 и 1370 гг.,⁷ Также на основании грамоты Тайдулы митрополиту Феогносту и ярлыка Бердибека митрополиту Алексию он попытался восстановить содержание ярлыка Джанибека Феогносту (1342 г.), причем предположил на основании косвенных сведений, что ярлык Джанибека мог содержать куда меньший набор льгот русской церкви, чем сохранившиеся ярлыки других ханов.⁸ В свою очередь, современный исследователь В.А. Кучкин отмечает, что ярлык преемника Джанибека – Бердибека митрополиту Алексию

⁴ Григорьев А.П. Сборник ханских ярлыков русским митрополитам: Источниковедческий анализ золотоордынских документов. СПб., 2004. С. 45 и след.

⁵ Памятники русского права. Выпуск третий. С. 464.

⁶ Соколов П.П. Подложный ярлык хана Узбека митрополиту Петру // Российский исторический журнал. 1918. Кн. 5.

⁷ Приселков М.Д. Ханские ярлыки русским митрополитам. Петроград, 1916. С. 66-69.

⁸ Приселков М.Д. Ханские ярлыки русским митрополитам. С. 71-79. Ср.: Григорьев А.П. Сборник ханских ярлыков русским митрополитам. С. 59-61.

был гораздо «щедрее», чем все сохранившиеся предыдущие ярлыки: по его мнению, более широкий список льгот в нем объяснялся тем, что киевский митрополит попытался оказать помощь его больному отцу (хотя и неудачно).⁹ Таким образом, можно предположить, что содержание этих ярлыков могло меняться под влиянием различных факторов, включая и личное отношение хана к грамотчику.

Вполне возможно, что коллекция включает только те ярлыки, которые содержат наиболее полный перечень льгот православного духовенства, тогда как грамоты с менее благоприятным содержанием были из первоначального собрания изъяты.

На основании имеющихся в распоряжении исследователей ярлыков можно сделать весьма логичный вывод о том, что подобные ханские указы русской церкви выдавались митрополитам – как высшим иерархам. Но присутствие среди ярлыков грамоты Тайдулы некоему «Иоану» (русского митрополита с таким именем в ордынский период на Руси не было), равно как и сведения ряда летописей позволяют предполагать, что ярлыки и сопутствующие документы также могли выдавать и сарайским епископам – не только как представителям русской церкви, но и подданным хана, поскольку резиденция этого епископа находилась в Сарае – столице Золотой Орды.¹⁰ Такой вывод делает А.П. Григорьев, видя в «Иоане» грамоты Тайдулы именно сарайского епископа. Правда, другой исследователь, Ю.В. Сочнев, идентифицируя этого «Иоана» с епископом Нижегородским, высказал предположение, что ярлык мог получить не только митрополит, но и епископ, если обращался напрямую к хану.¹¹

⁹ Кучкин В.А. Зачем митрополит Алексей в 1357 году ездил в Орду? // А се его серебро. Киев, 2002. С. 184. Ср.: Григорьев А.П. Сборник ханских ярлыков русским митрополитам. С. 126-127.

¹⁰ Григорьев А.П. Сборник ханских ярлыков русским митрополитам. С. 49.

¹¹ Сочнев Ю.В. Об адресате ярлыка Тайдулы русскому иерарху Иоану // Мининские чтения. (Материалы науч. конф., посв. 380-летию освобождения Москвы земским ополчением под руково-

До нашего времени сохранилось довольно значительное число грамот русских князей церкви (преимущественно – отдельным монастырям), в том числе и ордынского периода. Ни одна из них не имеет ссылки на ярлыки, выдававшиеся митрополитам, и не повторяет их положений. Это позволяет сделать вывод, что ярлыки ханов Золотой Орды русской церкви были самостоятельными документами, регулировавшими определенные отношения и действовавшими на Руси непосредственно.

Содержание практически всех этих ярлыков довольно точно охарактеризовано еще В.В. Григорьевым: «Во всех даются нашему духовенству разные права и преимущества; освобождается оно от платежа разного рода пошлин, даней и повинностей; митрополитам предоставляется право суда и расправы над всем духовенством и подведомственными ему людьми, равно как и распоряжения всякого рода церковным и монастырским имуществом; Татарам предписывается величайшее уважение к нашей религии, за хулу на которую, так же как и за нарушение всех вышеозначенных преимуществ, определяется наказанием не менее как смертная казнь. И за все эти преимущества, даруемые духовенству, ханы просят у него только молитв за себя и благоденствие своего рода и племени».¹² Исключение составляет лишь грамота ханши Тайдулы, представляющая собой «подорожную» – т. е. проезжую грамоту митрополиту Алексию и содержащая не перечень налогов, от которых освобождается духовенство, а лишь запрет причинять насилие самому держателю ярлыка и захватывать его имущество во время его поездки в Константинополь.

Как можно понять из этой характеристики и из текста самих ярлыков, большая часть их предписаний относилась к ордынским

дством К. Минина и Дм. Пожарского). Нижний Новгород, 1992. С. 54-55.

¹² Григорьев В. О достоверности ярлыков, данных ханами Золотой Орды русскому духовенству // Григорьев В. В. Россия и Азия. СПб., 1876. С. 187.

чиновникам. Не случайно адресат в них представлен следующим образом: «войсковых князей тюменов, под началом с Могулбугой, тысяч, сотен и десятков, даруг-князей тюменов и городов, служащих государственной канцелярии, таможников и весовщиков, проезжающих посланцев, сокольников, звериных ловцов, караульчиков, заставщиков и лодейщиков».¹³ Представители русской администрации здесь не упоминаются, так что можно было бы сделать вывод, что ярлык относился исключительно к представителям исполнительной власти Золотой Орды и не влиял на отношения между церковью и русскими правителями. Однако это не совсем так.

Прежде всего, обратим внимание на отмеченное В.В. Григорьевым право суда митрополита над всеми служителями церкви и зависимыми от нее категориями лиц. Этот судебный иммунитет служителей церкви от власти светского правителя неоднократно служил камнем преткновения в отношениях «святителей и властей», и только опора на волю сюзерена русских князей – хана Золотой Орды позволила церковникам впоследствии добиться подтверждения этого иммунитета и в грамотах, выдаваемых князьями отдельным монастырям.¹⁴

Кроме того, в проезжей грамоте Тайдулы епископу Иоанну содержится адресат «всем русским князьям под началом с Семеном».¹⁵ Это – прямое указание на то, что действия ордынских постановлений распространялось на правителей Руси и, следовательно, подведомственных им представителей русской администрации. Собственно, это двойственное подчинение церкви и послужило впоследствии основанием для приобретения ею столь высокого и независимого от государства статуса, достигшего своего апогея при патриархах Филарете (1619–1633) и Никоне (1652–1667):

¹³ Григорьев А.П. Сборник ханских ярлыков русским митрополитам. С. 114.

¹⁴ См., напр.: Памятники русского права. Выпуск третий. С. 94-96.

¹⁵ Григорьев А.П. Сборник ханских ярлыков русским митрополитам. С. 52.

формально церковь зависела и от княжеской, и от ханской власти, а фактически вторая из них освободила церковь от подчинения первой!

Итак, на основании прямого действия ханских ярлыков русским митрополитам служители церкви получили судебный иммунитет от светской власти. Таким образом, держателем ярлыка являлась русская православная церковь в целом, представленная ее главой – митрополитом. Ни о каких конкретных ее представителях – священниках, монахах и отдельных монастырях речи в ярлыках не шло: их создатели оперировали только собирательными понятиями. Сами же митрополиты, в свою очередь, на основании полученного от ханов права распоряжаться подведомственными им священнослужителями и зависимыми от церкви мирянами, получили возможность издавать акты в развитие этих положений. Например, в жалованной тарханно-несудимой грамоте от 10 января 1449 г. митрополит Иона освобождает Покровский Переяславский монастырь от уплаты дани митрополичьим чиновникам, а право суда над его обитателями оставляет исключительно за собой (а не за нижестоящими иерархами, руководящими монастырской братией).¹⁶

Так, даже нормы ярлыков, действовавшие непосредственно на Руси, использовались и для принятия «производных актов», т. е. помимо прямого действия обладали и опосредованным, что является особенностью русского права ордынского периода.

¹⁶ Памятники русского права. Выпуск третий. С. 106-107.

* Почекаев Роман Юлианович – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Статья опубликована в издании: *Sub specia aeternitatis*: Санкт-Петербургский общественно-научный альманах. 2006. Вып. 1. СПб., 2006. С. 191-195.

В заключение следует отметить, что, в отличие от русских князей, стремившихся после ликвидации зависимости от Орды, уничтожить все доказательства былого подчинения, русская церковь, напротив, старалась сохранять основания своих прежних привилегий. Именно поэтому коллекция ярлыков русским митрополитам впоследствии смогла стать эффективным оружием в борьбе церкви с усиливающимся государством за сохранение своих прав в конце XV в.¹⁷ На волеизъявления «неверных и нечестивых царей» ссылался, в частности, митрополит Симон, выступая против действий Ивана III, пытавшегося секуляризовать церковные села и деревни.¹⁸ Современные ученые высказывают интересное предположение, что ярлыки могут оказаться востребованными даже в наши дни, поскольку церковь сегодня значительно активизирует свою деятельность и в диалоге с государством может опереться на эти документы, которые официально до сих пор так и не признаны действительными!

¹⁷ Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. М., 2004. С. 32.

¹⁸ Григорьев В. О достоверности ярлыков, данных ханами Золотой Орды русскому духовенству. С. 189.

Федеральная конституция Швейцарии 1848 г.**

Швейцария всегда была далека от большой европейской политики, в силу чего история и государственный строй этой страны мало известны за ее пределами. Можно найти множество трудов, посвященных тому или иному аспекту жизни Швейцарии, но сложность в том, что немногие из них переведены на русский язык. Еще хуже обстоит дело с источниками: несмотря на то, что список документов – конституций, законов, договоров и т. д. – весьма внушителен, на русский язык опять же переведена лишь небольшая их часть.

Лучше всего знакомиться с источниками на языке оригинала, но здесь снова можно столкнуться с проблемой. Дело в том, что в Швейцарии на протяжении всего XIX в. статус официального имели три языка: немецкий, французский и итальянский, и соответственно все документы могли издаваться на любом из этих языков. Найти же в России необходимый для научной работы документ на интересующем исследователя языке – подчас непосильная задача. По-немецки в Швейцарии говорит подавляющая часть населения, в виду чего в самой Швейцарии и ряде других европейских государств в немецком варианте есть практически любой материал. В России же в XIX в. популярнее был французский, поэтому закономерно, что большинство интересующих нас документов мы можем найти именно на этом языке.

На русский язык были переведены не все швейцарские конституции. Если конституции 1874 и 1999 гг. можно найти в полном переводе,¹ то Конституцию 1848 г. можно

¹ Конституция Швейцарии. / Под ред. В. Водовозова. СПб., 1905. С. 23–78; Конституции государств Европы: В 3 т. Т.3 / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. М.: Норма, 2001. С. 537–580.

увидеть либо в извлечениях на русском языке,² либо на одном из официальных языков Швейцарии, например на немецком.³ В любом случае перевод юридического документа, сделанный филологами, вряд ли сможет удовлетворить юристов. В данной работе представлен наш перевод Швейцарской конституции 1848 г. с учетом юридических и исторических особенностей страны. Но прежде чем перейти к характеристике Конституции Швейцарии, кратко остановимся на истории этого государства.

История Швейцарии как союза кантонов⁴ берет свое начало 1 августа 1291 г., когда три лесных кантона: Швиц (отсюда и название Швейцария), Ури и Унтервальден подписали Союзное письмо, именуемое в литературе также Клятвой Рютли.⁵ В письме

² Альпы и свобода. Швейцарские писатели о своей стране. 1291 – 1991: Сборник / Под ред. Н.С. Павловой и В.Д. Седельника. М.: Прогресс. Литера, 1992. С. 140–141.

³ Bluntschli J.C. Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ersten ewigen Buenden bis auf die Gegenwart: In 2 Bd. Bd. 2. Stuttgart, 1875. S. 429–450; <http://www.verfassungen.de/ch/index48.htm>.

⁴ Термин «кантон» (от фр. *canton* - округ) входит в употребление не ранее XVI в., а окончательно вытесняет старый термин «Ort» только в конце XVIII в. Первоначально термином «кантон» обозначали отдельные государства, входившие в состав Швейцарской конфедерации, а с середины XIX в. кантоны – единицы территориального федеративного устройства Швейцарии (подробнее см. Большую советскую энциклопедию (любое изд.), Юридическую энциклопедию (любое изд.), а также <http://infos.aus-germanien.de/Kanton>).

⁵ Альпы и свобода. Швейцарские писатели о своей стране. 1291 – 1991. С. 19–20.

вышеназванные кантоны пообещали оказывать друг другу всяческую помощь. Кстати, именно поэтому название швейцарского государства в переводе с немецкого и звучит как «Швейцарское клятвенное товарищество». В течение последующих веков к трем «первоначальным» кантонам присоединились другие земли, и к 7 августа 1815 г., когда Венский конгресс признал независимость и вечный нейтралитет страны, в составе Швейцарского государства насчитывалось уже 22 кантона. Их союз был закреплен в Союзном договоре,⁶ которому, как и другим договорам, регулирующим отношения между кантонами, в литературе нередко придается статус конституции.⁷

В 1848 г. Заседанием (Собранием) представителей кантонов⁸ была разработана Конституция. К этому моменту Швейцария окончательно завершила переход от конфедерации к федерации. Принятию Конституции предшествовало военное подавление Зондербунда – Особого союза семи католических кантонов, боровшихся против централизации власти. Сам факт предотвращения

⁶ Bluntschli J.C. Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ersten ewigen Buenden bis auf die Gegenwart. S. 358–368.

⁷ Конституция Швейцарии. / под ред. В. Водовозова. С. 17–20.

⁸ Немецкий термин «Tagsatzung» используется для обозначения Собрания посланников отдельных кантонов Швейцарской конфедерации. Оно обладало как исполнительными, так и законодательными полномочиями, правда его власть была ограничена, поскольку большинство полномочий закреплялось за кантонами. На время проведения заседаний Собрания уполномоченный кантон сохранял председательство и назывался первенствующим. В 1848 г. Заседание представителей кантонов выработало первую Федеральную конституцию Швейцарии. Тем самым оно учредило современное швейцарское федеративное государство и самораспустилось (подробнее см. <http://infos.ausgermanien.de/Tagsatzung>).

сецессии силами остальных кантонов свидетельствует о том, что процесс федерализации начался в Швейцарии намного раньше 1848 г., поскольку иначе выход кантонов Зондербунда из состава Швейцарского государства не привел бы к таким результатам. Стоит также отметить, что в период с апреля 1798 г. по февраль 1803 г. Швейцария существовала в виде унитарной Гельветической республики с конституцией, дарованной Наполеоном и созданной по образцу Конституции Франции 1795 г.

Около 25 лет в Швейцарии действовала Федеральная конституция 12 сентября 1848 г. Вместо союза государств (*Staatenbund*), она установила союзное государство (*Bundesstaat*).⁹ Конституция была принята 15 кантонами и одним полукантоном в ходе народного голосования. Кантональные конституции были изменены в период с 1848 по 1853 год настолько, насколько того требовали дух времени и Федеральная конституция.

Конституция 1848 г. закрепила в Швейцарии республиканскую форму правления и федеративную форму государственного территориального устройства, хотя относительно последней следует отметить, что в литературе Швейцарию середины XIX в. относят и к федерациям, и к конфедерациям, а ряд авторов вообще считают, что она занимает промежуточное место между двумя указанными формами.¹⁰ Можно встретить и такую точку зрения, согласно которой Швейцария является централизованным унитарным государством.¹¹ Швейцария – демократическое государство, где демократия берет свое начало из двух различных источников: из германских традиций проистекает дух ме-

⁹ Сеньобос Ш. Политическая история современной Европы. Эволюция партий и политических форм: В 2 т. Т.1. М.-Пг., 1923. С. 204.

¹⁰ Лохвицкий А. Обзор современных конституций. Ч.1. СПб, 1865. С. 5–6.

¹¹ Мухин А.С. Швейцария. М., 1954. С. 23.

стной независимости – «кантонализм», французским же традициям принадлежит идея государственного единства.¹²

Конституция состоит из преамбулы, 114 статей, объединенных в три раздела, и переходных положений. В преамбуле, открывающейся словами «Во имя всемогущего Бога!», говорится о швейцарской нации, принявшей Федеральную конституцию.

В первом разделе содержатся общие положения, и здесь же, в ст. 1 сказано, что начало независимости кантона преобладает над федеральным. Однако, как мы уже говорили, история с Зондербундом свидетельствует о том, что к середине XIX в. Швейцария оформилась как федерация. Кроме того, в отношении кантонов Швейцарская конституция содержит формулу, заимствованную из Конституции США, согласно которой «кантоны суверенны (самодержавны) постольку, поскольку их суверенитет не ограничен Федеральной конституцией, и в таком качестве пользуются всеми правами, которые не переданы федеральной власти»,¹³ что вполне соответствует федеративному государственному устройству. В остальных статьях этого раздела содержатся положения относительно целей и гарантий Федерации, основных прав и свобод швейцарцев, компетенции Федерации и кантонов.

Во втором разделе представлены полномочия федеральных органов. К ним относятся Федеральное собрание (*Bundesversammlung, Assemblée federale*), состоящее из двух палат, или, как они называются в Швейцарии, советов: Национального совета (палата депутатов – *Nationalrath, Conseil national*) и совета кантонов (*Staenderath, Conseil des Etats*) – законодательная власть, Федераль-

¹² Боржо Ш. Учреждение и пересмотр конституций. М., 1918. С. 214.

¹³ Сеньобос Ш. Политическая история современной Европы. Эволюция партий и политических форм. С. 204.

ный совет (*Bundesrath, Conseil federale*) – исполнительная власть, Федеральный суд – судебная власть.¹⁴ В конце этого раздела содержатся «Различные положения», среди которых немаловажное значение имеет ст. 109, согласно которой немецкий, французский и итальянский языки являются национальными языками Федерации.¹⁵

В третьем разделе говорится о пересмотре Федеральной конституции, что и было осуществлено впоследствии народным голосованием 5 июля 1891 г.¹⁶

В переходных положениях сказано о порядке вступления Федеральной конституции в силу. В частности, с момента учреждения Федерального собрания и Федерального совета теряет силу Союзный договор от 7 августа 1815 г.

Несколько слов стоит сказать о самом переводе. Тексты Конституции на всех официальных языках страны являются аутентичными, однако в силу своеобразия терминологии и фразеологии каждого из языков между ними имеются некоторые расхождения. При переводе Федеральной конституции 1848 г. использовался немецкий текст, но в отношении ключевых понятий делался сравнительный анализ с французским и итальянскими текстами, причем не только настоящей, но и последующих конституций.

¹⁴ Политический строй современных государств: В 2 т. Т. 2. – М., 1906. С. 119-120.

¹⁵ С 1938 г. ретороманский (раушский, ретский или руманш), становится национальным языком наряду с немецким, французским и итальянским (подробнее см. <http://www.verfassungen.de/ch/index74.htm>), а с 1996 г. – официальным языком в отношениях швейцарского государства с гражданами, для которых этот язык родной (подробнее см. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: Уч-к для ВУЗов: В 4 т. Т.3 / Под ред. Б.А. Страшуна. М.: БЕК, 1997. С. 420–421).

¹⁶ Подробнее см. <http://www.verfassungen.de/ch/index74.htm>.

Одно только название швейцарского государства вызывает немало трудностей при переводе. По-французски и по-итальянски страна именуется Швейцарской конфедерацией (*Confederation Suisse, Confederazione Svizzera*), что соответствует нашему официальному названию. Немецкий же вариант названия (*Die Schweizerische Eidgenossenschaft*), дословно означающий, как уже было сказано выше, «Швейцарское клятовое товарищество», неудобен для официального наименования страны по-русски. Поэтому при переводе Конституции мы использовали официальное название, но с оговоркой, что оно отражает по большей части почитание швейцарцами своих исторических традиций, а не специфику построения швейцарского государства.

В отношении названий швейцарских кантонов в предлагаемом переводе мы придерживались французских наименований для французских кантонов (Во, а не Ваадт, Женева, а не Генв, Невшатель, а не Нейенбург и т. д.), и немецких наименований для немецких (Ааргау, а не Аргови, Тургау, а не Тургави и т. д.), но обычно применяемого немецкого и французского наименования Тессин вместо итальянского Тичино. Мы специально делаем на этом акцент, поскольку в литературе можно встретить самые разнообразные варианты названия, порой даже сложно понять, о каком именно швейцарском кантоне идет речь.

Остановимся еще на одном достаточно сложном для перевода с немецкого и для понимания термине «*der Bund*». В не-

мецко-русском юридическом словаре приводятся следующие варианты его перевода: «союз», «федерация».¹⁷ Аналогично обстоит дело и в тех случаях, когда этот термин является первой частью сложных слов, например, в случае с *Bundesverfassung*.¹⁸

Мы знаем, что термин «союз» может пониматься двояко: как союз государств и как союзное государство. Но к 1848 г., т. е. к моменту принятия Конституции, Швейцария, повторимся, полностью оформилась как федерация, и соответственно в отношении нее вполне уместным будет употребление термина «федеральный».

Подводя итог рассуждениям о швейцарской Федеральной конституции 1848 г., следует сказать, что она положила начало швейцарской нации. Население Швейцарии выросло, увеличилось число учебных заведений и библиотек. На фоне достаточно сильной центральной власти в Конституции прослеживается разделение властей, что позволяет избежать как анархии, так и деспотизма. В дальнейшем произошло еще большее усиление центральной власти, что нашло отражение в Федеральной конституции от 29 мая 1874 г. Она просуществовала 125 лет, пока 18 апреля 1999 г. не была принята ныне действующая Федеральная конституция Швейцарии.

¹⁷ Немецко-русский юридический словарь. Около 46 000 терминов. / Под ред. П.И. Гришаева и М. Беньямина. М.: Руссо, 2004. С. 95.

¹⁸ Там же. С. 98.

* Соломонова Светлана Александровна – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Статья опубликована в издании: Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2005. № 3. С. 163-167.

О предмете регулирования, функциях и совершенствовании конституции (устава) субъекта Российской Федерации**

Конституция РФ 1993 г. учредила такие акты, как конституции и уставы субъектов РФ в качестве особого вида источников конституционного права. Создаваться «статутные» акты субъектов Российской Федерации стали по подобию основного закона страны с учетом уже имевшегося опыта советских политических автономий.

В ходе подготовки этих нормативных правовых актов выявился целый ряд вопросов, многие из которых не потеряли актуальности до сих пор. И хотя конституции и уставы субъектов Российской Федерации не остаются неизменными, процесс собственно совершенствования данного правового феномена не получил активного развития. Природа же этих актов достаточной теоретической разработки до сих пор не получила. Такая ситуация может иметь лишь временный характер, поскольку «теория статутного нормативного правового акта субъекта федерации» - необходимый элемент конституционной научной доктрины и должна развиваться в ее рамках в соответствии с потребностями общества.¹ Последние определяются в том числе существованием федерального конституционного суда и конституционных (уставных) судов в субъектах Российской Федерации. Их деятельность постоянно сталкивается с вопросами, на которые зако-

¹ См., например: Законодательство субъектов РФ: проблемы совершенствования и использования в преподавании/ Под ред. С.А. Авакьяна. М., 1999; Конституционное право субъектов Российской Федерации. М., 2002. Гл.5.

нодательство ответов не дает. Здесь и выявляется «ниша» судейского усмотрения, которое должно основываться на добросовестности и профессионализме судьи, здравом смысле и научной доктрине, выработанной правовой наукой.

Именно решения конституционных (уставных) зачастую «провоцируют» пересмотр ряда норм региональных статутных нормативных правовых актов, т.е. становятся фактором их совершенствования.²

Проблема принципиального характера, решение которой снимает целый ряд вопросов, возникающих в процессе совершенствования рассматриваемых актов, например о содержании, структуре, уровне нормативного наполнения тех или иных ее элементов и др. - предмет регулирования конституции (устава) субъекта Российской Федерации. Решение этой проблемы должно, на наш взгляд, исходить из установления природы этого нормативного правового акта, социального, политического, а затем и юридического его предназначения.

Факторы, предопределившие появление конституций и уставов субъектов Российской Федерации – усложненный харак-

² Так, Постановление Уставного Суда Санкт-Петербурга от 12 февраля 2002 г. о толковании ст. 43 Устава Санкт-Петербурга, определявшей основные направления деятельности канцелярии губернатора Санкт-Петербурга, по существу побудило исполнительную власть к реорганизации своей структуры: в результате не вполне корректная норма о канцелярии губернатора была изъята из Устава Санкт-Петербурга.

тер российского общества, обусловленные этим федеративное устройство российского государства и его специфика, осознание необходимости сохранения единого социально-политического и правового пространства, создания системы нормативно-правового регулирования, основанной на единых демократических принципах, но учитывающей особенности интересов социальных общностей, имеющих так называемую территориальную либо национально-территориальную привязанность. Указанные предпосылки появления статутного законодательства субъекта Российской Федерации позволяют «высветить» его функции.³

Социальная функция конституции (устава) субъекта Российской Федерации – стабилизация общественной ситуации (т.е. создание важнейшего условия социальной безопасности) за счет равномерной обеспеченности региональных общностей в нормативном урегулировании своих особых потребностей посредством деятельности их непосредственных представителей. Региональные конституция и устав – это ни что иное, как придание официального обязательного нормативного характера компромиссу общих и региональных интересов. При этом формирование и динамика такого компромисса осуществляется также в заранее согласованном порядке.

Политическая функция данного вида правового акта состоит в том, что он выступает нормативной формой фиксации включенности региональных общностей в систему публичной власти. Иными словами, социальную задачу отражения компромисса общих и региональных интересов он решает именно в политической сфере, фиксируя государственно-властные возможности региона как субъекта политико-правовых отношений.

³ См.: Конституционное право субъектов Российской Федерации. С. 194.

Правовая функция усматривается, на наш взгляд, в том, что в таком нормативном источнике концентрируются юридические нормы, в своей совокупности описывающие правовое положение (статус) конкретного субъекта Российской Федерации, с учетом отнесения его к определенному ряду – край, область, город федерального значения, республика, автономный округ, автономная область. При этом данная функция включает в себя несколько задач: 1) отбор и систематизация норм федерального законодательства, касающихся правового положения субъекта федерации вообще и искомого вида в частности; их юридико-техническая обработка для включения в новый нормативный акт, имеющий самостоятельный предмет регулирования и статусный характер, при этом не приводящая к изменению смысла их содержания; 2) создание новых правил, дополняющих правовое положение данного государственно-территориального образования, но при этом не противоречащих федеральному законодательству, и их органичное включение в единое статутное пространство; 3) придание этим нормам особой юридической силы и особого значения в системе нормативных актов.

Вопрос о юридической силе конституций (уставов) субъектов Российской Федерации не сводится к выводу о высшем характере этих норм.⁴ Во-первых, высшая юридическая сила признается в российской правовой системе только за нормами Конституции РФ. Это основополагающий принцип, оформляющий единство суверенитета демократического государства. Во-вторых, приоритетность норм статутных актов субъектов Российской Федерации в системе норм права в Российской Федерации носит неоднозначный характер. Так, в региональной конституции (уставе) одновременно сосредотачива-

⁴ См.: Конституционное право субъектов Российской Федерации. С. 194.

ются нормы, воспроизводящие дословно либо в смысловом наполнении федеральное законодательство различной юридической силы: а) Конституцию РФ; б) федеральные конституционные законы; в) федеральные законы; и др.

Кроме того, другие нормы конституции (устава) субъекта Российской Федерации по предмету регулирования могут относиться как к совместному ведению, так и к собственному ведению субъекта.

Следовательно, приоритетность норм статутных актов субъектов Российской Федерации имеет внутренний и внешний аспекты и не сводится только к параметру юридической силы. Собственно нормы конституции (устава) субъекта РФ имеют свою шкалу приоритетности, которая выстраивается в соответствии с правилами, установленными ч.1 ст.15, ст.73, ст.76 Конституции РФ. Внешний аспект проблемы сводится к соотношению норм региональной конституции (устава) с федеральным законодательством, с одной стороны, и с законодательством данного субъекта федерации и нормативными актами местного самоуправления - с другой. В структуре федерального законодательства безусловным приоритетом по отношению к региональным нормам обладает лишь Конституция РФ. Иные нормативные источники «федерального права» обладают приоритетом лишь в сферах «несобственного ведения» данного субъекта федерации. А вот по отношению к нормам законодательства данного субъекта РФ (законы, иные нормативные правовые акты органов государственной власти данного субъекта РФ) нормы региональной конституции (устава) и приоритетны, и имеют более высокую юридическую силу.

Существует и еще один конкурент «верховенству» регионального статутного акта – решение регионального референдума. Вызывает вопрос, например, формулировка ч. 1 ст. 5 Устава Санкт-Петербурга: «Устав

Санкт-Петербурга имеет высшую юридическую силу по отношению к другим правовым актам Санкт-Петербурга,...» (а решение референдума как раз и является таковым) в сравнении с ч. 2 ст.4 того же Устава, которая презюмирует: «Высшим непосредственным выражением власти жителей Санкт-Петербурга являются референдум и свободные выборы (см. также п. 3 ст.4 Конституции Кабардино-Балкарской Республики).

Сомнение вызывает и безоговорочное указание на высшую юридическую силу устава субъекта Российской Федерации по отношению к правовым актам местного самоуправления (см.ст.5 Устава Санкт-Петербурга, ст.1 Устава Псковской области). С учетом смысла конституционных принципов, закрепленных в ст.12, ст.ст.130-131 можно говорить лишь том, что правовые акты органов местного самоуправления должны приниматься в соответствии с нормами в том числе и соответствующих региональных конституций либо уставов, однако принцип самостоятельности местного самоуправления в пределах своих полномочий, возведенный на уровень основы конституционного строя России (глава 1 Конституции РФ) не предполагает «высшей» юридической силы региональной конституции (устава) в отношении актов местного самоуправления, принятых по вопросам собственного ведения.

В этой связи более корректны формулировки норм конституций (уставов) субъектов РФ, указывающие не на « высшую», а на более высокую юридическую силу по отношению к нормативным актам регионального уровня. Вряд ли удачно и использование термина «верховенство» в отношении норм конституций республик в составе России, даже если таковое усматривается в определенных сферах ведения (см. п.1 ст.16 Конституции Кабардино-Балкарской Республики). Во-первых, получается, что в стране единый суверенитет, а верховенствующих актов много. Во-вторых, верховенство лишь в

определенных вопросах уже не верховенство, а лишь приоритет норм в системе разграничения власти.

Особое значение конституций (уставов) субъектов Российской Федерации в системе правовых актов, да и в правовой системе в целом состоит не только в их особой юридической силе и сложной системе их включенности в систему приоритетности правовых норм, специфичную для отечественной правовой системы. Конституция (устав) субъекта Российской Федерации выступает формой нормативно-правовой трансформации общегосударственных правил устройства и осуществления публичной власти в субъектах Российской Федерации в правовые нормы регионального (субъектного) уровня, индивидуализирующие статус конкретного субъекта федерации за счет нарастания норм собственно регионального ведения.

Одновременно с этим такой нормативный правовой акт отражает общий уровень нормативной оснащенности государственно-правовой системы региона. Он фиксирует не все правовые нормы, регулирующие отношения регионального ведения на территории конкретного субъекта федерации, а только уровень наиболее важных, исходных правил (статутные нормы), оставляя возможность более детального и динамичного наполнения нормативной базы региональной правовой системы за счет издания других нормативных актов регионального уровня. Следовательно, не все вопросы, подлежащие региональному правовому регулированию, должны включаться в предмет конституции (устава). Этот нормативный акт занимает базовое положение по отношению и иному собственно региональному регулированию.

Более того, региональные конституция либо устав не устанавливают правовой статус субъекта федерации, а лишь «участвует» в его формировании. В этом смысле они производны от Конституции РФ и иного фе-

дерального законодательства, посвященного этому вопросу, и выступают определяющими лишь для регионального законодательства.

Приведенные рассуждения позволяют очертить предмет регулирования конституции (устава) субъекта Российской Федерации следующим образом: в такой акт должны быть включены нормы, идентифицирующие субъект федерации как составную часть сложного государства по отношению к государству в целом и иным его составным частям. Другими словами, предмет его регулирования составляют определяющие общественные отношения по организации и осуществлению государственной власти в рамках конкретного государственно-территориального образования в составе России (республики, края, области, автономной области, автономного округа, города федерального значения).

При конструировании и совершенствовании содержания подобного акта сложность вызывают вопросы о воспроизведении в его тексте норм действующего федерального права и критериях отграничения статутных и иных юридических правил, отражающих предмет регулирования обычных региональных законов и подзаконных актов. На наш взгляд, ни создание, ни эффективная реализация конституции (устава) Российской Федерации, в которых так или иначе не воспроизводятся нормы федерального законодательства, просто не реальны. Однако формы воспроизведения, характер и количество таких норм должны быть адекватны предмету конституционного (уставного) регионального регулирования.

Вряд ли оправдано, например, прямое и дословное перенесение норм федерального правового акта в устав без ее конкретизации применительно к данному субъекту федерации. Например, ч.2 ст. 51 Устава Санкт-Петербурга устанавливает: «Мировой судья в пределах своей компетенции рассматривает гражданские, админист-

ративные, уголовные дела в качестве суда первой инстанции». Компетенция судов общей юрисдикции устанавливается в полном объеме федеральным законодательством, и появление такой нормы в Уставе можно объяснить лишь желанием законодателя проинформировать горожан о том, для чего введен новый для них институт мировых судей. Дословное воспроизведение норм федеральной конституции мы наблюдаем во многих конституциях республик в составе Российской Федерации (ст. 115 Конституции Кабардино-Балкарии дословно повторяет текст ст.118-119 Конституции РФ).

Не корректно включение в текст региональной конституции (устава) и норм федерального законодательства, регулирующих отношения, отнесенные к исключительному ведению Российской Федерации. Так, в ч. 2 ст. 3 Устава Санкт-Петербурга зафиксирована норма, своеобразно воспроизводящая целый ряд норм Конституции Российской Федерации (ч.3 ст.55, ст. 56):«В условиях чрезвычайного положения для обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя в соответствии федеральным конституционным законом могут устанавливаться отдельные ограничения прав и свобод с указанием пределов и срока их действия». Во-первых, данная норма имеет прямое действие и независимо от Устава, а во-вторых, ни нормативное регулирование указанных в ней ограничений, ни само их введение и осуществление на территории Санкт-Петербурга не относится к полномочиям органов государственной власти Санкт-Петербурга, а значит не относится к предмету регулирования его Устава.

Поскольку предмет регулирования конституции (устава) субъекта Российской Федерации составляют отношения определяющего характера, в правоустанавливающем акте субъекта РФ должны найти место нормы-принципы, дающие ориентиры для развития текущего регионального и местного

нормативно-правового регулирования, а кроме того, для правовой оценки соответствующих норм региональным конституционным (уставным) судом. Эти уставные нормы определяющего характера должны вытекать из норм федеральной конституции развивать ее принципы и цели. В региональных конституциях и уставах, на наш взгляд, должны найти отражение принципы организации государственной власти в данном субъекте Российской Федерации, участия граждан этого субъекта в ее осуществлении, территориального устройства данного субъекта РФ. Так, глава 3 Устава Санкт-Петербурга названа «Основы территориального устройства Санкт-Петербурга». По смыслу названия следует ожидать, что в ней как раз и должны быть зафиксированы соответствующие принципы (т.е. основы). Но, увы, всего две статьи, образующие содержание этой главы содержат лишь указание на то, что все вопросы территориального устройства Санкт-Петербурга регулируются специальным законодательством Санкт-Петербурга. Вот здесь- то и необходимо указать, в соответствии с какими принципами они должны регулироваться. Именно в этом предназначение Устава. Для сравнения можно привести формулировку нормы Устава Псковской области (ст. 14), согласно которой «административно-территориальное устройство области определяется и устанавливается законом области с учетом исторических, экономических и географических особенностей и представляет согласованные составные части территории области в фиксированных границах (административно-территориальные единицы)».

В подавляющем большинстве уставов субъектов Российской Федерации так или иначе зафиксирован принцип народовластия (ст. 4 устава города Москвы, ст. 3 Устава Свердловской области и др.). Между тем ни в Конституции РФ, ни в Федеральном законе «Об общих принципах организации законо-

дательных (представительных) и исполнительных органов законодательной власти субъектов Российской Федерации» такой принцип не закреплен. Тем более некорректен он в отношении организации и осуществления власти в субъекте Российской Федерации. В современной правовой системе России понятие народ имеет конституционное применение в двух смыслах: как многонациональная социальная общность (практически все постоянно проживающее население страны и граждане России, находящиеся за рубежом), суверенитет которой закреплен в ст. 3 Конституции РФ, и как часть населения, компактно проживающая на определенной территории в России, обладающая некоторыми общими признаками (особенностями культуры, быта, языком, национальной принадлежностью, традициями и др.), исторически сложившимися на данной территории, и осознающая себя (идентифицирующая) как отдельная социальная общность. В отношении последнего субъекта конституционных отношений преамбула и ст. 5 Конституции РФ закрепили принцип равноправия и право на самоопределение.

Принцип, о котором идет речь в ст. 3 не имеет своим субъектом население какого-либо субъекта РФ, а применим только к населению страны в целом. Такой вывод вытекает из системного толкования норм Конституции РФ (ст. 3, 4, 5, 65, 66, 71, 72, 73 и др.), а также из правовых позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в ряде решений по проверке конституционности конституций и уставов субъектов Российской Федерации.

Принцип равноправия и самоопределения народов применим к населению таких субъектов, как республики в составе Российской Федерации, автономные округа. Он может оказаться актуальным и для вновь образуемых в последние годы субъектов РФ (Пермский край, Камчатский край и др.).

Само понятие «народовластие», исходящее из советских конституций, офици-

ального современного конституционного толкования не получило, а потому в его применение вряд ли вкладывается четкий юридический смысл. На наш взгляд, с учетом общих принципов конституционного строя России, закрепленных в гл. 1 Конституции РФ, целесообразно заменить словосочетание «принцип народовластия» принципом демократии (ст.1 Конституции РФ), ибо последний как раз и предполагает участие населения в осуществлении публичной власти в различных формах и на всех уровнях (см.название гл.6 Устава (Основного закона) Челябинской области, ст.46 Устава (Основного закона) Тверской области). Соответствующую статью либо главу можно назвать «Социальные основы государственной (публичной) власти в...».

Важнейший компонент основного закона демократического государства - институт прав и свобод человека и гражданина. Демократизм и высокая оценка формальной конституции в современном мире как раз и определяется четким закреплением в ней принципов правового статуса личности, широким перечнем ее основных прав и конституционных гарантий их обеспечения. Конституция (устав) субъекта Российской Федерации имеет предмет регулирования, только в определенных сферах совпадающий с предметом регулирования федеральной Конституции (ст.72). Поскольку личность строит свои отношения с властью, опираясь прежде всего на суверенитет государства и соответствующий ему институт гражданства, правовой режим прав и свобод устанавливается на уровне государства в целом, а вот обеспечивается - совместными усилиями всех уровней публичной власти. В соответствии с этим Конституция РФ относит к ведению субъекта РФ только полномочия по защите прав и свобод человека и гражданина, прав национальных меньшинств (п.«б» ч. 2 ст.72), защи-

те исконной среды обитания и традиционного образа жизни малочисленных этнических общностей (п.«м» ч. 2 ст. 72), обязывая все, в том числе и региональные государственные органы, соблюдать и защищать эти права и свободы.

Таким образом, не соответствуют предмету регионального регулирования даже сами названия глав некоторых конституций (уставов) субъектов Российской Федерации: «Основы правового положения человека и гражданина в Алтайском крае» или «Правовой статус личности в Рязанской области». Их содержание зачастую воспроизводит полностью текст главы «Права и свободы человека и гражданина» Конституции Российской Федерации (см., например главу 2 Конституции Кабардино-Балкарской Республики). Для конституции (устава) субъекта Российской Федерации вполне достаточно закрепления в качестве принципа деятельности всех структур региональной власти обязанности признавать и соблюдать права человека и гражданина, а также участвовать в их гарантировании в соответствии с федеральным законодательством, законодательством соответствующего субъекта РФ (см., например, ст. 2 Устава Свердловской области, ч. 1 ст. 3 Устава Санкт-Петербурга, ст. 9 Устава (Основного закона) Алтайского края), а для тех регионов России, на территории которых сложились и проживают малочисленные коренные народы - и принципы защиты исконной среды их обитания и традиционного образа жизни со стороны органов государственной власти этого субъекта РФ (см., например, ч. 2 ст. 8 Устава Алтайского края).

Развитие общей ситуации в сфере прав человека в нашей стране актуализировало проблему защиты прав национальных меньшинств, которая практически не получила отражения в уставном законодательстве (см. ст. 50 Устава Тверской области). Тем не менее это сфера деятельности в том числе и региональной власти, которая, на наш

взгляд, должна найти отражение в соответствующем разделе конституции (устава) субъекта РФ.

И, наконец, институт уполномоченного по правам человека субъекта федерации может завершить ряд вопросов, непосредственно касающихся правового статуса личности и подлежащих отражению в региональном уставе. Лишь менее трети субъектов РФ сегодня воспользовались возможностями данного правового механизма. По крайней мере, его введение следует считать более конкретной мерой, нежели перечисление в тексте устава основных прав и свобод, уже закрепленных в Конституции РФ и наделенных ею непосредственным действием (ст. 18) или насыщение его текста декларативно-программными «обещаниями», характерными для советских конституций, типа: «органы государственной власти содействуют..., поощряют..., создают условия...». К сожалению, некоторые конституции и уставы (например, Ставропольский край, Тверская область) демонстрируют еще более высокий уровень декларативного цинизма, напоминая жителям соответствующего региона, что в нем может вводиться должность Уполномоченного по правам человека (но не вводится).

Наиболее адекватное предмету регионального регулирования название главы конституции (устава), посвященной рассматриваемому вопросу, найдено, например, в Новосибирской и Тульской областях: «Обеспечение и защита прав и свобод человека и гражданина». В такую главу органично вписались бы принцип, согласно которому законами и иными нормативными актами субъекта федерации могут устанавливаться помимо гарантий, установленных Конституцией и иным федеральным законодательством дополнительные гарантии прав человека и гражданина (ст. 26 Устава Ярославской области), а также обязанность органов государственной власти соответствующего субъекта РФ регулярно и добросовестно информиро-

вать население о своей деятельности, о состоянии дел в регионе и особенно о решениях, касающихся обеспечения прав и свобод его жителей (см., например, ст.19 Устава (Основного закона) Орловской области, ст.56 Устава (Основного закона) Тульской области).

Центральное место в конституциях (уставах) субъектов Российской Федерации занимают нормы, описывающие систему органов государственной власти субъекта федерации, которая согласно ч.1 ст.77 Конституции РФ устанавливается субъектами РФ самостоятельно в соответствии с основами конституционного строя РФ и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными в настоящее время федеральным законом от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». В литературе неоднократно указывалось на то, что авторы данного Закона не ограничились «общими принципами», урегулировав по максимуму систему власти в субъекте федерации, а также вопросы, выходящие за рамки предмета регулирования, обозначенного в названии данного нормативного акта (например, глава 4.1). Тем не менее содержание этого регулирования не всегда способствует четкости и непротиворечивости регионального регулирования.

Так, ст. 2 Федерального закона предписывает субъекту федерации создавать систему органов государственной власти в следующем виде: законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ; высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ; иные органы государственной власти субъекта РФ, образуемые в соответствии с уставом субъекта РФ. Кроме того, в этой же статье под названием «Система органов государственной власти субъекта Российской Федерации»

предусматривается возможность установления уставом должности высшего должностного лица субъекта РФ.

В ст. 4 (ч.1) данного Закона законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ характеризуется как постоянно действующий высший и единственный орган законодательной власти субъекта РФ. Характеристика законодательного органа как высшего не дана при общем описании системы органов государственной власти, в то время как высший исполнительный орган в нем назван. К тому же характеристика органа власти как единственного и одновременно высшего вызывает в данном контексте недоумение. Если он единственный, то по отношению к кому высший? Ведь не назван высшим, например, Конституционный Суд РФ.

Понятие «высшие органы» использовано в Конституции РФ лишь в п. «в» ч. 2 ст. 125 в отношении субъектов, споры о компетенции между которыми вправе разрешать Конституционный Суд РФ. Отсюда следует, что отнесение органа государственной власти субъекта РФ к разряду высших автоматически наделяет его полномочием непосредственно обращаться в Конституционный суд РФ и выступать стороной в споре о компетенции. Видимо, именно это обстоятельство и обусловило наделение единственного в своем роде органа такой характеристикой. Если исходить из данного предположения, то правом обращаться в Конституционный Суд по указанному вопросу в субъекте федерации обладают только высший исполнительный и законодательный органы государственной власти. Но так ли это?

Возможен, например, спор о компетенции между высшим должностным лицом и законодательным органом (а, может быть, и высшим исполнительным). Выступает ли оно как самостоятельный орган власти в тех случаях, когда осуществляет собственные полномочия, не представляя исполнитель-

ный орган? Ведь первое упоминание о высшем должностном лице в федеральном законе дано в статье «Система органов государственной власти субъекта Российской Федерации», а утвердительный ответ на данный вопрос может быть сделан из анализа формулировок, использованных в п. 47 ст. 2 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», а также в п. 3 ст. 34 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления».

Должностное лицо, с точки зрения теории, может выступать в системе власти в двух ролях: а) как элемент (структурная часть) государственного или иного органа публичной власти, например, глава правительства, министр, глава администрации Президента и др.; б) как единоличный субъект публичной власти, снабженный всеми признаками государственного органа либо органа местного самоуправления: Президент РФ, президент республики в составе РФ, Уполномоченный по правам человека РФ, глава муниципального образования, имеющий самостоятельный статус в структуре органов муниципального образования.⁵ Конкретная модель определяется местом и ролью должностного лица в системе публичной власти (включение его в автономную государственную структуру либо автономное существование в качестве отдельного субъекта власти), характером его статуса, т. е. наличи-

⁵ Например, ч. 2 ст. 62 Устава Санкт-Петербурга, устанавливает, что систему органов местного самоуправления в Санкт-Петербурге составляют представительный орган внутригородского муниципального образования, глава внутригородского муниципального образования, местная администрация (исполнительно-распорядительный орган внутригородского муниципального образования), контрольный орган внутригородского муниципального образования, иные органы местного самоуправления.

ем либо отсутствием самостоятельных функций, задач, компетенции, ответственности.

Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» представляет на выбор следующие варианты моделей:

А) высшее должностное лицо субъекта РФ + высший исполнительный орган государственной власти + иные исполнительные органы государственной власти;

Б) высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ во главе с руководителем + иные исполнительные органы государственной власти государственной власти субъекта РФ.

Думается, такая вариативность федерального регулирования не случайна: она дает возможность при выборе первой модели иметь в структуре государственной власти субъекта федерации самостоятельный единоначальный орган государственной власти, который может наделяться статусом высшего (высшее должностное лицо) либо уже само название предполагает этот статус. Вторая модель лишь предусматривает наделение руководителя высшего исполнительного органа государственной власти некоторыми полномочиями, характерными для самостоятельного субъекта власти, например, в целом ряде случаев выступать от имени субъекта федерации, подписывать региональные законы.

Представленные предположения подтверждаются и анализом структурных моделей конституций (уставов) субъектов РФ. Например, текст Устава Новосибирской области разделен на десять глав, из которых четыре (третья, четвертая, пятая, шестая) посвящены органам государственной власти. При этом третья глава «Губернатор Новосибирской области» предшествует главе «Новосибирский областной Совет депутатов», а глава пятая «Исполнительная власть Новоси-

бирской области» и по ее местоположению и по названию свидетельствует о том, что Высшее должностное лицо Новосибирской области – самостоятельная фигура в системе власти данного региона, а не составная часть его исполнительной власти.

Напротив, в текстах уставов Костромской и Самарской областей, вслед за разделом (третьим), устанавливающим статус законодательного органа, выделены разделы, посвященные исполнительной власти этих субъектов РФ, в составе которых первоочередными включены соответственно статья «Глава администрации (губернатор) Костромской области» и глава «Губернатор Самарской области».

А если субъектом спора о компетенции окажется конституционный (уставный) суд, может ли он претендовать на звание высшего органа субъекта РФ? Ответы на этот, а также обозначенный нами вопрос о высшем должностном лице остались за пределами федерального регулирования, а уставное законодательство, как правило, их осторожно «обходит». На наш взгляд, этот вопрос нуждается в более четком и корректном юридико-техническом решении путем вне-

сения редакционных уточнений в анализируемый федеральный закон (например, путем перенесения характеристики законодательного органа как высшего в его ст. 2). Кроме того, в силу ст. 73 Конституции РФ уставом субъекта федерации и другие органы государственной власти могут наделяться таким качеством. Для единообразного понимания такой подход может быть усилен включением соответствующего «указания» в федеральный закон.

При конструировании системы государственных органов субъекта РФ (а именно так, по нашему мнению, должен называться соответствующий раздел устава) региональному законодателю следовало бы выделить в ней органы государственной власти (высшие и иные) и государственные органы субъекта федерации (избирательные комиссии, контрольные палаты, уполномоченные по правам человека и др.), как это сделано, например, в ст. 9 Устава Свердловской области, а затем закрепить основы их правового статуса.

* Ескина Людмила Борисовна – доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и административного права Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Статья опубликована в издании: Актуальные проблемы противодействия преступности в современных условиях: Материалы международной научно-практической конференции 7-8 мая 2008 г. Нальчик, 2009. С.78-85.

Теория и практика комплексности хозяйственного права**

Задача совершенствования правового регулирования хозяйственной деятельности является сегодня одной из наиболее важных проблем, стоящих перед наукой права. Качество рекомендаций, разрабатываемых правовой наукой, в значительной степени определяется их теоретической обоснованностью, отсутствием противоречий в выдвигаемых положениях, а также соответствием их тенденциям социально-экономического развития.

Более тридцати лет продолжается дискуссия по основным проблемам хозяйственного права, и, наверное, сейчас, в условиях коренных преобразований социалистической экономики, юристам, как никогда, следует объединить усилия для решения этих проблем, разобратся в предметных, методологических истоках своих противоречий.

В данной статье мы попытаемся рассмотреть одно из наиболее перспективных, на наш взгляд, направлений в изучении хозяйственного права — проблему его комплексности.

Наиболее детальное обоснование понятия комплексной отрасли права дано в работах Ю. К. Толстого,¹ развившего основные идеи о различиях основных и комплексных отраслей В. К. Райхера. Эти различия Ю. К. Толстой усматривает в следующем:

1) По его мнению, каждая основная отрасль права обладает предметным единством, тогда как комплексная отрасль лишена подобного единства, поскольку регулирует разнородные отношения. Но тогда возникает вопрос: может ли существовать отрасль права, лишённая предметного единства? На наш взгляд, нет - если рассматривать статику явлений, и, несомненно, может, если рассматривать систему права в динамике, развитии. Трудно представить, что основные отрасли права неизбежно

лему и не претерпевают никаких изменений. В действительности же дело обстоит иначе.

В процессе применения норм основных отраслей постепенно все большее значение придается не их предметному, а функциональному единству. Функциональная связь норм, таким образом, становится показателем зрелости системы права и возможна лишь на перспективных этапах развития этой системы. Так, например, сейчас вряд ли можно утверждать, что современная система гражданского права использует исключительно способы гражданско-правового регулирования, а административное право - только меры административного воздействия. Поэтому если на первых этапах развития системы права показателем ее цельности выступало предметное единство норм, то в развитой системе основным является единство функциональное как наиболее эффективное. И совершенно естественно, что подход к этим новым явлениям с позиции классических (основных) отраслей не может раскрыть всей их сути. Так, О.А. Красавчиков утверждал, что «соображения о существовании «комплексных отраслей» права основаны на недоразумении. Это ведет к путанице понятий, усложнению и без того сложных проблем».² Но «усложнение проблем» в данном случае вызывается объективным ходом развития системы права, а потому можно предположить, что развитие классических отраслей права идет по пути постепенной замены предметной связи норм на связи функциональные, что и приводит к появлению комплексных отраслей права.

¹ Толстой Ю.К. 1) О теоретических основах кодификации гражданского законодательства. // Правоведение. 1957. № 1; 2) Кодификация гражданского законодательства в СССР (1961-1965). Автореферат дисс. д. юр. наук. Л. 1970. С. 12.

² Красавчиков О.А. Система права и система законодательства. // Правоведение. 1975. № 2. С. 34.

2) Далее, по мнению Ю.К. Толстого, комплексная отрасль по своему составу складывается из норм основных отраслей права. Но норма - клеточка системы права, а потому свойство всей системы будет, естественно, запрограммировано в каждом ее элементе. Значит, признав наличие комплексной отрасли права, мы с необходимостью должны признать существование в основе комплексной отрасли права комплексных норм.

3) Важное значение для понимания «комплексности» имеет метод правового регулирования, так как если каждой основной отрасли права присущ свой специфический метод правового регулирования, то комплексная отрасль использует, по мнению большинства исследователей, ряд методов правового регулирования, почерпнутых из основных отраслей. Но если выделять комплексную систему права, возникшую в результате генезиса основных отраслей права, то первым шагом в определении ее специфики будет признание за ней своеобразия метода регулирования, а именно комплексность этого метода. Комплексной отрасли права должен быть присущ комплексный метод правового регулирования.

4) Наконец, по мнению Ю.К.Толстого, комплексные отрасли, в отличие от основных, никакого места в системе права не занимают. Им отводится лишь условное место (в зависимости от целей систематизации). Это наиболее уязвимое место данной концепции, а потому вызывает совершенно оправданные нарекания со стороны ее противников. Мы присоединяемся к их возражениям по этому вопросу, так как, признав, что комплексная отрасль не занимает никакого места в системе права, мы тем самым отвергаем объективный характер отрасли права, ставим ее в зависимость от «целей систематизации», отождествляем систему права с системой законодательства. Именно к таким выводам и приходят сторонники комплексных отраслей права. Так, С. С. Алексеев

пишет, что «в силу единства внутренней и внешней форм в праве основные подразделения структуры законодательства, его отраслей - это в то же время и отрасли права».³

Система права и система законодательства действительно имеют тесную связь как форма и содержание. Идеальное положение вещей - это, полное соответствие отрасли права и отрасли законодательства, но на практике такого соответствия постичь невозможно, так как систематизация законодательства – это, субъективный момент, а построение отрасли права - момент объективный. Поэтому, отрасль законодательства всегда будет только стремиться достичь полного соответствия с отраслью права. Считать отрасль права и отрасль законодательства адекватными понятиями, на наш взгляд, это выдать желаемое за действительное.

Отрасли законодательства подчинены целям систематизации (естественно, с учетом объективных потребностей), отрасли права складываются объективно. Объективность, как свойство отрасли права относится и к комплексным отраслям. Сказанное позволяет сделать вывод о том, что хозяйственное право может рассматриваться, как особая комплексная отрасль, существующая в системе права, наряду с уже сложившимися отраслями.

Таким образом, комплексная отрасль права, в нашем понимании «комплексности», это:

- 1) отрасль права, основанная на функциональных связях правовых норм;
- 2) состоящая из комплексных норм;
- 3) регулируемая комплексным методом;
- 4) занимающая самостоятельное место в системе права.

Но это лишь объективная тенденция в развитии отрасли хозяйственного права. Практика же хозяйственного законодательства совершенно верно исходит из того, что в реальной жизни (правоприменении) не могут существовать ни комплексная норма, ни комплексный метод, так как понятие «комплексности»

³ Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск. 1972. С. 148.

неприменимо к понятиям «норма», «метод», поскольку делает их неэффективными.

Именно этот вопрос лежит в основе противоречий представителей «комплексной» и «хозяйственно-правовой» концепций. Различный подход к пониманию комплексности хозяйственного права, по мнению А. А. Собчака, заключается в следующем: «С точки зрения сторонников хозяйственно-правовой концепции комплексность хозяйственного законодательства означает выделение в особую отрасль законодательства норм, регулирующих отношения по управлению хозяйством и осуществлению хозяйственной деятельности. Указанные нормы, будучи включенными в хозяйственное законодательство, тем самым утрачивают свою прежнюю отраслевую принадлежность, в силу чего подлежат исключению из соответствующих актов административного и гражданского законодательства. Поэтому хозяйственное законодательство хотя и основывается на комплексном регулировании указанного круга хозяйственных отношений, но приобретает черты основной, а не комплексной отрасли»⁴.

Рассматривая этот тезис с позиции тех выводов, которые были изложены нами выше, можно утверждать следующее: с одной стороны, создание комплексной отрасли законодательства путем исключения норм из систе-

⁴⁴ Собчак А.А. Правовое регулирование хозяйственной деятельности. Л. 1981. С. 18.

мы основных отраслей действительно улавливает объективную тенденцию в развитии отраслей законодательства. Однако изъятие норм из состава основных отраслей может произойти лишь в условиях существования комплексных норм и комплексного метода, который, как было уже сказано, существовать не может, по крайней мере, на современном этапе развития права. Именно поэтому, целесообразно представлять комплексность хозяйственного законодательства как «соединение норм различных отраслей права, которые сохраняют все черты и свойства, характеризующие соответствующие отрасли. Поэтому нормы административного, гражданского, трудового, финансового и других отраслей права, будучи включенными в хозяйственное законодательство, не утрачивают своей отраслевой принадлежности. Иначе говоря, хозяйственное законодательство основывается на сочетании отраслевого и комплексного регулирования...»⁵.

Подводя итог, следует заметить, что существование в советской юридической литературе различных концепций хозяйственного права (легальной, комплексной, хозяйственно-правовой) отражает различные этапы в развитии системы права и системы законодательства и то место, которое занимало хозяйственное законодательство в этих системах в процессе их развития и совершенствования.

⁵ Там же. С. 19.

* Нефедов Дмитрий Викторович – кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Статья опубликована в издании: Правовые вопросы перестройки хозяйственного механизма в современных условиях: Межвузовский сборник научных трудов / Отв. ред. д. ю. н., проф. А.А. Собчак. Кемерово: Изд-во Кемеровского государственного университета, 1988.

Криминалистическое исследование подлогов документов в гражданском и арбитражном процессе: история и современные проблемы**

Профессия практикующего юриста, специализирующегося в сфере гражданского и арбитражного судопроизводства, предполагает знание и умение работать с документальными источниками доказательственной информации, ссылками на которые стороны часто аргументируют свою позицию или стремятся опровергнуть доводы противной стороны. Документы чаще других средств доказывания становятся и объектом фальсификации в гражданском и арбитражном процессе. Поэтому для ведения дела в суде квалифицированный юрист должен быть хорошо подготовлен не только в области гражданского права и процесса, но и в области криминалистики, чтобы, по крайней мере, иметь представление о простейших способах распознавания подлогов и современных возможностях науки в решении проблемы установления достоверности содержащихся в них сведений. Сегодня проблема борьбы с фальсификацией доказательств в суде приобретает все большую актуальность. И именно потому, что для фальсификации используются не только новейшие технические достижения, но и услуги квалифицированных консультантов из числа бывших работников правоохранительных органов и экспертных учреждений. Разоблачить фальсификацию доказательств без обращения к сведущим лицам бывает невозможно.

С сожалением приходится констатировать, что участники судебных процессов, в том числе профессиональные адвокаты и судьи нередко оказываются не только не способными самостоятельно провести квалифицированный осмотр сомнительных документов и обнаружить признаки подлога, но и испытывают серьезные затруднения с постановкой вопросов экспертам, подготовкой

материалов для производства экспертиз, с оценкой полученных заключений.

Первые сведения об участии сведущих лиц в решении вопросов, возникающих в процессе судебных разбирательств, относятся к началу XVI века,¹ а первые нормативные правила их привлечения для разоблачения подлогов документов появились в Указе от 9 декабря 1699 года «О порядке исследования подписей на крепостных актах в случае возникшего о подлинности оных спора или сомнения».² Затронутые в нем вопросы относились к исследованию документов при разрешении споров, которые в современном восприятии ассоциируются с разбирательством по гражданским делам.

Надо заметить, что вообще нормативная база для применения криминалистических рекомендаций и методики исследования документов впервые детально была проработана именно в гражданско-процессуальном, а не уголовно-процессуальном законодательстве. В частности, Устав уголовного судопроизводства 1864 года (УУС) содержал лишь отсылку к соответствующим статьям Устава гражданского судопроизводства (УГС), в которых излагались правила проверки подлинности представленных в деле документов. Так, в ст.698 УУС говорилось; «По подозрению в подлоге акта, не признанного еще подложным со стороны суда гражданского, суд уголовный производит исследование по правилам, постановленным в Уставе судопроизводства гражданского

¹ Крылов И.Ф. Криминалистическая экспертиза в России и в СССР в ее историческом развитии. Автореф. Докт. дисс. – Л.: 1966. С.5.

² Там же.

(ст.ст.547-554)».³ Эти правила содержали, в том числе описание способов установления признаков подлога документов. В частности ст. 547 Устава гражданского судопроизводства 1864 года указывала, что «исследование подлинности заподозренного акта производится: 1) освидетельствованием акта и проверкою содержания его с другими документами; 2) допросом свидетелей, которые на актах значатся, или на которых сделана ссылка тою или другой стороною, в подтверждение или в опровержение подлинности акта; 3) сличением почерка и подписи на заподозренном акте с почерком и подписью того же лица на других несомнительных актах».

4

Правительствующий Сенат в своих разъяснениях положений ст.547 УГС обращал внимание судов на то, что закон не устанавливает исчерпывающего перечня способов установления признаков подлога документов, и что ни один из указанных в нем способов не имеет каких-либо преимуществ перед другими. «ст.547 не воспрещает суду удовольствоваться одним из указанных в ней способов проверки..., причем сличению почерков не предоставлено решающего в этом отношении значения,... и оно допускается по усмотрению суда...», - говорилось в п.5 раздела Б официальных Разъяснений Сената.⁵

Здесь же Сенат указал дополнительно на технические способы разоблачения подлогов документов, сославшись на Закон от 15 июня 1912 г., в частности, на ст.109(8): «Сверх способов, указанных в статьях 547, 549-553, исследование акта может быть произведено судебно-фотографическим, химическим или иным техни-

³ Уголовно-процессуальный кодекс России. Часть 1. Официальные тексты //под ред. В.А.Панюшкина. – Воронеж: 1998.

⁴ См.: Судебные уставы императора Александра II. – СПб: 1914, С. 267.

⁵ Судебные уставы императора Александра 11. – СПб: 1914. С.267.

ческим способом. В случае надобности, мировой судья может отослать акт для исследования к мировому судье ближайшего уездного или губернского города, а для судебно-фотографического исследования – в лабораторию при прокуратуре С.-Петербургской судебной палаты».⁶

Как можно заметить, гражданско-процессуальное законодательство уже в те годы предлагало практикующим юристам достаточно широкий спектр разнообразных по своей природе способов разоблачения подлогов документов, среди которых были упомянуты не только судебно-экспертные методы исследования, в частности, почерковедческие («сличение почерка и подписи») и технико-криминалистические («судебно-фотографические, химические, технические»), но и процессуально-тактические средства. В частности, осмотр («освидетельствование») сомнительного документа посредством сопоставления содержания его с другими документами и допроса свидетелей, которые на актах значатся, или на которых сделана ссылка тою или другой стороною, в подтверждение или в опровержение подлинности акт. Принятие судом решения об исследовании документа, представленного стороной спора и заподозренного в подлоге, ставилось в зависимость от волеизъявления противной стороны, а его проведение признавалось обязательным условием исключения данного документа из числа доказательств по делу судом. Это правило также специально оговаривалось в разъяснениях Сената, сделанных к ст.547 УГС: «... Суд, при отсутствии заявлений противной стороны, не в праве сам возбудить вопрос о подлинности представленного стороною документа (Г.К.Д. 74/283; 68/172) и исключить его из числа доказательств... Во всяком случае акт, заподозренный в подлинности, м.б. исключен из числа доказательств не иначе, как по исследовании его установленным в законе порядком».⁷

⁶ Там же, С. 271.

⁷ Там же. С.267.

Правила исследования подозрительных документов, достаточно подробно регламентированные гражданско-процессуальным законом России XIX века, и сегодня, спустя почти полтора столетия, не утратили своей актуальности, хотя и сохранились в правоприменительной практике только как криминалистические рекомендации. В современном гражданско-процессуальном (и арбитражном) законодательстве России меры, без которых невозможно разоблачение разного рода фальсификаций доказательств, сведены к минимальному набору правил, применение которых всецело зависит от усмотрения судьи. В частности, это право проверить заявление стороны спора о подложности доказательства, в том числе путем назначения экспертизы, или истребования других доказательств (ст. 186 ГПК РФ ст. 161 АПК РФ). Ничего подобного тому, о чем говорилось в Уставе Гражданского судопроизводства 1864 года, ни ГПК, ни АПК РФ не предусматривают. Из всех, известных отечественной правоприменительной практике способов разоблачения подлогов документов, представленных в заседании в качестве доказательств, стороны спора и суд при рассмотрении гражданских и арбитражных дел считают самым надежным *«сличение почерка и подписи»*. Не обладая криминалистическими знаниями или имея поверхностное представление о современных достижениях криминалистической науки, они полагают, что для решения специальных вопросов, возникающих в ходе судебного разбирательства гражданских дел, и в частности для установления признаков фальсификации документов, существует только один способ. Это назначение почерковедческой или технико-криминалистической экспертизы.

Для судебных органов, полномочных принимать решения, ситуация, когда криминалистическая экспертиза спорного документа не может дать ответ на поставленный вопрос в категорической форме, часто оказываются безвыходными и, прежде всего, потому, что многие из их предста-

вителей просто не знают иных возможностей разоблачить подлог. При возникновении таких ситуаций судья, не обладающий достаточными криминалистическими знаниями, в лучшем случае назначит повторную экспертизу и постарается привлечь для проведения исследования более опытного эксперта. Никакие иные способы распознавания подлога документальных источников доказательств судами, рассматривающими гражданские дела, практически не используются, несмотря на то, что обращение к экспертам - почерковедцам, равно как и к специалистам в области технико-криминалистического исследования документов в силу ограниченных возможностей криминалистической экспертизы, далеко не всегда приводит к успеху.

Между тем, криминалистическая наука располагает достаточным арсеналом иных средств разоблачения подлогов, основанных на том, что представление подложного документа или попытки опорочить подлинный документ, всегда сопровождаются ложными показаниями. Учитывая общность рассматриваемой ситуации с ситуацией дачи ложных показаний по уголовным делам, для ответа на вопрос, кто из спорящих сторон сообщает достоверные сведения, а кто лжет, вполне могут быть использованы методы **криминалистической диагностики лжи**. Эти методы, основанные на выявлении неизбежно возникающих противоречий в показаниях одного и того же лица, оценке характерных изменений психологического состояния человека, сознательно пытающегося ввести другого в заблуждение, успешно применяются в уголовном судопроизводстве для установления истины по делу. И поэтому их взаимодействие для разрешения ситуации, связанной с невозможностью экспертного разоблачения подлога документов в гражданском процессе, несомненно, оправдано и может иметь перспективу. Решению этой задачи в значительной мере способствует фиксация всего хода судебного разбирательства с максимальной полнотой, в частности, с помощью аудиозаписи.

Диагностика лжи в условиях гражданского (арбитражного) процесса предполагает тщательный анализ всех обстоятельств, связанных с оформлением и представлением спорного документа в суд. При этом важно проанализировать поведение заинтересованных лиц в период, предшествовавший, сопутствовавший и последовавший за датой его оформления, в том числе поведение сторон в ходе судебного разбирательства. В их заявлениях, объяснениях, обращениях друг к другу в ходе судебного разбирательства часто обнаруживаются противоречия, свидетельствующие о сообщении ложных сведений. По формулировкам, изложенным в исковых заявлениях, отзовах на них, заявленных ходатайствах и т.д., по высказанным суждениям и реакциям сторон можно судить о психологическом состоянии участников процесса, изменения которого нередко выдают лгущего человека, проявляясь в так называемых «уликах поведения» и «проговорах», неконкретности и неправдоподобности сообщаемой информации. Симптомы лжи можно обнаружить также в попытках дискредитировать как сами факты, изобличающие лгущего человека, так и носители достоверной информации об обстоятельствах события, которые лжец стремится скрыть или исказить. О готовности совершать подлог или иным образом скрыть истину может свидетельствовать и *прошлый опыт* лица, который в отстаивании своих корыстных интересов ранее уже использовал сомнительные с точки зрения достоверности документы, либо пытался опорочить подлинные.

Так, в гражданском деле, рассмотренном одним из районных судов С.-Петербурга, истица А. заявила требования к должнику К. (ответчику) о возврате суммы, переданной ему по договору займа. В свою очередь ответчик представил в суд отпечатанную на принтере расписку, из которой следовало, что сумма долга была кредитору возвращена незадолго до начала рассмотрения судом искового заявления. Истица же, продолжая настаивать на существовании долга, утверждала,

что никаких расписок не подписывала и денег от ответчика не получала. Ни первичная, ни повторная почерковедческая экспертизы, назначенные судом, не смогли однозначно ответить на вопрос о том, кем, кредитором или иным лицом исполнена подпись под распиской. С учетом результатов почерковедческих экспертиз, создавалась опасность принятия судом решения о взыскании с ответчика сумм, которые им уже были уплачены кредитору. В этой ситуации осенью 2006 года ответчик обратился ко мне с просьбой дать оценку правдивости заявления истицы, отказавшейся от своей подписи под распиской.

Для решения вопроса о ложности заявленных истицей требований сведения о личности А. и ее *прошлом опыте* представляли особый интерес. В гражданском деле таких материалов не оказалось. По моей просьбе они были затребованы ответчиком с места прежнего проживания и работы истицы. Из содержания полученных документов, в частности, следовало, что вся профессиональная деятельность А. и ее супруга С. в период 2001-2003 г.г., так или иначе, проходила на фоне нескольких, возбужденных против них уголовных дел. Параллельно с расследованием этих дел в производстве Арбитражного суда того же региона находилось дело по иску к учреждению, в котором А. занимала высокую должность. Истец, аргументируя свои требования, ссылаясь на документ, от подписи под которым А., также как и в нашем деле отказалась.

Обращало на себя внимание и то, что все уголовные дела против А. и ее супруга были возбуждены по статьям УК РФ, предусматривающим ответственность за корыстные преступления, связанные с подлогом и фальсификацией документов. В частности, муж А. по делу, возбужденному в 2002 году, обвинялся более чем по 80 эпизодам хищений, совершенных путем обманного использования поддельных документов. Сама А. по еще одному делу, возбужденному в январе 2003 года, обвинялась в злоупотреблении служебным положением и мошенничестве, связанном с обманным

использованием имущества банка, в котором она занимала должность председателя правления. Она же по другому делу, возбужденному еще в октябре 2000 года, обвинялась в мошенничестве и подделке официальных документов.

Материалы уголовных дел, с которыми удалось ознакомиться, свидетельствовали, что способы совершения преступлений, инкриминируемых А., требовали от нее не только знания юридических тонкостей банковского дела и особенностей оформления сделок по кредитам и т.д., но и умения искусно фальсифицировать многие документы, на основании которых супругам удалось завладеть чужим имуществом.

Из этих материалов следовало также, что А. проявляла не только изобретательность в выборе способов реализации преступного замысла, основу которых составляла фальсификация документов, но и склонность к авантюре, при этом часто пользовалась обманом с целью ввести в заблуждение следствие и суд.

Оценивая поведение А., нельзя было не учитывать и тот факт, что, участвуя в прежних судебных процессах, и зная о неизбежности назначения почерковедческой экспертизы оформленных ею документов, А. и раньше отказывалась от своей подписи под ними, а проведенная почерковедческая экспертиза не давала ответа на вопрос о ее исполнителе. Отказ от подписи под официальными документами, свидетельствовал о знании А., имевшей юридическое образование, ограниченных возможностей данного вида экспертизы. Особенно, когда объектом исследования становились упрощенные варианты подписного письма, к которым относилась и ее собственная малоинформативная подпись, состоящая всего из одной буквы. Знанием сложностей, которые такая подпись представляет для идентификации ее исполнителя, можно объяснить и готовность А. поддержать назначение почерковедческой экспертизы, о чем она и заявила на заседании суда. Уже не первый отказ А. от своей подписи давал основание для предположения, что, подписывая распис-

ку в получении денег от К., и имея намерение в будущем отказаться от своей подписи, А. вполне могла исходить из бесперспективности почерковедческого исследования ее предельно простой и в то же время отличающейся высокой вариационностью подписи.

В представленных для дачи заключения материалах содержалось описание документально подтвержденных действий А., предпринятых ею после принятия судом искового заявления к рассмотрению. В этом описании отчетливо проявились «улики поведения», детерминированные стремлением А. избежать разоблачения в незаконном требовании повторной уплаты уже возвращенного ей долга. Это поведение выразилось в действиях, носящих **упреждающий** характер. В криминалистической психодиагностике такие действия называют «защитной доминантой» лгущего человека. Нечто подобное участники судебного разбирательства с участием сторон спора могли наблюдать в поведении А., заявившей перед началом первого заседания о «подложности» расписки, которая еще не была представлена суду ответчиком и не упоминалась ни в одном документе, имеющемся в деле. Ответчик этот момент так описывает в своем объяснении: *«14 ноября состоялось судебное заседание, которое началось с того, что адвокат кредитора стал зачитывать ходатайства, а мы решили подождать, не заговорит ли А. сама о возврате денег и расписке. Мы беспокоились, что она придумала какую-то аферу, и хотели понять, что у нее заготовлено. После зачитывания ходатайств А. вдруг неожиданно истерично закричала: **теперь предъявляйте свои фальшивки. Я заявляю, что ничего не подписывала**».*

Очевидно, что зная о существовании расписки до ее представления ответчиком в суде истица могла только при условии, если сама участвовала в оформлении данного документа. В противном случае возникала абсурдная ситуация, характеризующаяся тем, что «фальсификатор-ответчик» заблаговременно известил заинтересо-

ванное лицо («истицу») о совершенном им подлоге.

Принятие упреждающих мер, направленных на срыв ожидаемых от противной стороны действий, весьма характерно для лиц, опасаящихся, что этими действиями будут нарушены их собственные планы. Поведение А., выразившееся в объявлении о подложности расписки загодя, то есть до ее представления в суд, как раз и явилось тем симптомом, который в судебной психологии и криминалистике именуется **“уликами поведения”** лгущего человека. В ходе дальнейшего исследования дела признаки лжи удалось обнаружить в некоторых других материалах, представленных самой истицей, в частности, в ее письменных объяснениях, ходатайствах и заявлениях.

«Улики поведения», выявленные по результатам изучения гражданского дела, а также данные о личности А., которые были получены из дополнительно представленных материалов, позволили мне прийти к выводу о том, что истицей заявлены требования, основанные на сведениях, не соответствующих действительности. Эти выводы получили отражение в подготовленном мною мотивированном заключении, которое суд приобщил к материалам гражданского дела. Разбирательство дела было прекращено.

Приведенный пример один из немногих, которым можно было бы проиллюстрировать возможности применения тактических рекомен-

даций криминалистики для выяснения обстоятельств дел, рассматриваемых в рамках гражданского или арбитражного судопроизводства. Причина очевидно в том, что большинство юристов, участвующих в таких делах на стороне истца или ответчика интереса к криминалистической тактике как источнику сведений, которые могут оказаться полезными для решения некоторых проблем гражданского или арбитражного судопроизводства, к сожалению, не проявляют. Оставляет желать лучшего и подготовка в области криминалистической тактики тех судебных деятелей, кто реально участвует в отправлении гражданского правосудия. Негативные последствия пренебрежительного отношения к криминалистике как к источнику знаний, необходимых любому юристу, становятся, однако, весьма опасными. И, прежде всего потому, что недостатки криминалистической подготовки судей нередко оказываются причиной принятия ими решений, которые основаны на сомнительных с точки зрения достоверности доказательствах, и по этой причине часто ошибочных. А это не может не подрывать авторитета судебной власти, равно как и веру в справедливость выносимых судебных решений, особенно при существующем сегодня крайне низком уровне доверия к отечественному правосудию.

* Эскархопуло Алексей Алексеевич – доктор юридических наук, профессор кафедры государственного и административного права Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

** Статья опубликована в издании: Актуальные проблемы криминалистического обеспечения уголовного судопроизводства в современных условиях: Материалы конференции. Уфа, 2009.

ИЗБРАННЫЕ ДОКЛАДЫ НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ СТУДЕНЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ «ИСТОЧНИКИ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ ИСТОРИЧЕСКОГО И КОМПА- РАТИВИСТСКОГО АНАЛИЗА»

*Е.С. Березинская**

Законодательство Италии о гражданстве в XX веке. Социально-юридические предпосылки

Настоящий доклад посвящен социально-юридическим предпосылкам принятия определенных законов о гражданстве и внесения в них изменений, а также тенденции законодательства о гражданстве Италии в XX веке.

«Гражданство- это устойчивая правовая связь лица с данным государством, то есть признание государством этого лица в качестве полноправного субъекта всех прав и обязанностей»¹, - именно так определяется понятие гражданства в теории конституционного права зарубежных стран.

В Италии за один век сменились три различных типа государственности: времена царизма (с 1861 по 1922), деспотизма (1922-1943), и трансформация в демократический политический режим (после свержения режима Муссолини²). Интересно попробовать выявить их

влияние на законодательство о гражданстве (а именно три закона: 1912, 1934, 1992 годов).

Следует начать с предпосылок формирования института гражданства в данной стране. Начало формирования института гражданства в Италии началось после её объединения в 1861 году Виктором Эммануилом II, который стал первым официальным королём этой страны.

В процессе анализа литературы по выбранной тематике меня очень заинтересовал следующий вопрос: почему первый закон о гражданстве был принят только в 1912 году, то есть более чем через 50 лет после образования государства? Основной причиной того, что закон, регламентирующий статус гражданина, не был принят сразу после образования Королевства Италии в 1861 году, было не окончательное её объединение. Папская и Венецианская области были окончательно присоединены только к 1870 годам. Также, после объединения Италии (которое явилось итогом революции, длящейся с 1848 года) королевство было очень слабым и в финансовом вопросе и в социальном. У нового государства имелись миллиардные долги, а в обществе до сих пор присутствовали революционные настроения, и часто происходили беспорядки. Поэтому для начала перед

¹ Баглай М.В, Лейбо Ю.И., Энтин Л.М.; Конституционное право зарубежных стран: учебник, Москва: Норма, 2009. С. 97.

² Подробнее о режиме Бенито Муссолини смотри: «Бенито Муссолини. Мемуары 1942-1943» (http://lib.aldebaran.ru/author/mussolini_benito/); Кристофер Хибберт «Муссолини», Феникс, 1998 год, 512 стр.; Колье Ричард «Дуче! Взлёт и падение Бенито Муссолини», Центрополиграф: Москва, 103 стр.; Бенито Муссолини «Доктрина фашизма» (<http://nationalism.org/vvv/library/mussolini-doctrina.htm>).

правляющей верхушкой стояла проблема разрешения данных вопросов.

Следующее, о чем хотелось бы сказать, это основные черты закона 1912 года в сопоставлении с политической и социальной ситуациями в королевстве. Закон 1912 года был первой регламентацией положений о гражданстве в Италии. Что же явилось причиной принятия закона о гражданстве в 1912 году? Во-первых, в это время началось активное расширение территорий путём колонизации, и это потребовало отграничения статуса итальянских граждан от статуса жителей колоний. Во-вторых, требовалось поддержание патриотических чувств людей, чему такой закон мог поспособствовать. Как пример социального и политического влияния, можно привести статью 8 закона 1912 года: «Утрата гражданства не освобождает от воинской обязанности, если освобождение не предусмотрено специальным законом». (данная статья действовала при утрате гражданства лицом в следующих случаях: 1. Лицо, по своей воле получившее иностранное гражданство и переселяющееся за границу; 2. Лицо, получившее помимо своей воли иностранное гражданство, заявившее об отказе от итальянского гражданства и переселяющееся или переселившееся за границу; В обоих случаях факт переселения за границу может не учитываться; 3. Лицо, принятое на службу иностранным правительством или поступившее на военную службу иностранной державы и не оставившее её, несмотря на предупреждение итальянского правительства, в течение установленного срока.³) В приведённой ста-

тье заметно влияние нестабильности общества, которая выражалась в обширной миграции населения. В рамках миграции положения вышеприведённой статьи могли действовать как сдерживающий фактор. Также, видно влияние государственной политики, направленной на колонизаторство, для чего требовалась постоянная армия.

Следующее, о чём важно сказать в данной работе, это изменения в итальянском законодательстве о гражданстве во времена Муссолини. Значимо то, что во времена правления Муссолини не только не было принято нового закона о гражданстве, но и практически не был изменён всё ещё действующий закон 1912 года. Из изменений: в 1934 году была убрана статья, прописывающая то, что положение жителей колоний регламентируется специальным законом. Таким образом, они в какой-то мере ставятся наравне с исконными итальянскими гражданами (например, Ливия, которая в 1932 году была окончательно колонизирована, а в 1934 официально признаны права Ливийцев на итальянское гражданство).

Из последующих небольших, но существенных изменений:

- 1 Января 1948 года: начала действовать послевоенная конституция. Начиная с этой даты гражданство женщины в Италии начало играть роль. До этого дети считались гражданами Италии, только если отец был Итальянцем. Также, начиная с этой даты, итальянки больше не могли потерять своё гражданство только в связи с замужеством с иностранцем. Эти изменения были связаны с переменой взглядов мирового сообщества на уравнение женщин и мужчин в правах. Также в это время разрабатывалась Всеобщая декларация прав челове-

³ Статья 8 Закона «о гражданстве» от 13 июня 1912 года №555 (Legge 13 giugno 1912, n.555 sulla cittadinanza italiana: http://www.esteri.it/MAE/normative/Normativa_C

onsolare/ServiziConsolari/Cittadinanza/L555_1912.pdf) (мой перевод)

ка, которая была принята в том же году, в декабре, и которая в общем-то и закрепила во второй статье равные права мужчин и женщин.

- 27 апреля 1983 года: С данного момента закончилась практика автоматического принятия в гражданство иностранных женщин, вступивших в брак с гражданами Италии. Это было вызвано растущим числом фиктивных браков. Начиная с этой даты мужчины и женщины стали ставиться в одинаковое положение относительно процедуры получения гражданства.

Что касается серьёзных изменений в законодательстве о гражданстве в демократической Италии, то они относятся к 15 августа 1992 года. Итальянское законодательство о гражданстве было существенно пересмотрено. Из самого значимого: до этой даты, граждане Италии,

получившие гражданство другой страны, автоматически лишались итальянского гражданства. Теперь же стало возможно двойное гражданство. Причиной этого явилось усиление интернализации и объединения мирового сообщества, а также широкое использование двойного гражданства во многих странах.

Проанализировав законодательство о гражданстве Италии в XX веке в рамках исследования социально-юридических предпосылок конкретных изменений, можно сделать следующий вывод: принятие любого закона является причиной перемен в обществе, какой сферы законодательства бы это ни касалось. В данной работе был рассмотрен институт гражданства, однако социальные предпосылки имеют сильнейшее влияние при принятии любых законов.

* Березинская Елизавета Сергеевна – студентка 2 курса юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Научный руководитель – кандидат юридических наук, доцент Т.А. Алексеева, зам. директора, декан юридического факультета, профессор кафедры теории и истории права и государства СПбФ НИУ ВШЭ.

Источники (формы) права в славянской правовой системе

Понятие славянской правовой системы появилось относительно недавно, а именно после распада Советского Союза и, как следствия, исчезновения системы социалистического права на данной территории, элементом которой являлась и наша страна.

В наши дни славянская правовая система является предметом дискуссий среди отечественных и зарубежных исследователей. Большинство правоведов относят ее к романо-германской правовой семье, в то время как другие исследователи выделяют ее в отдельную правовую семью, формально схожую с романо-германской, но отличающуюся от нее наличием особых духовных и морально-этических установок. Ученые относят к ней некоторые страны бывшего СССР, отводя роль ведущего элемента российской правовой системе.

Разобраться в этом вопросе и сформировать собственное мнение невозможно, если не знать источников права, характерных для данных правовых семей.

Начнем с юридических источников. Здесь мы видим много схожего. Например, тот факт, что юридические источники данных семей сформировались в результате рецепции римского права. Не будем забывать, что славяне образовали свои государства под сильным влиянием Византийской империи, о чем писали, например, французские ученые-компаративисты Рене Давид и Камилла Жоффре-Спинози, утверждая, что российская правовая система всегда входила в романо-германскую правовую семью.

Можно также отметить приоритет закона по сравнению с другими источниками права, кодификационный характер законодательства, непризнание такого источника права, как судебный прецедент, характерный для се-

ми общего права, разделение права на публичное и частное, выделение различных отраслей права. Нормативные правовые акты составляют четкую, иерархически построенную систему, во главе которой находится Конституция. Что касается правовой доктрины, то здесь мы тоже видим сходство: в романо-германской системе она потеряла свое былое значение, а в России не признается источником права.

Таким образом, если учитывать только юридические источники, то славянскую правовую систему можно смело относить к семье романо-германского права.

Однако если рассматривать материальные и идеальные источники, то здесь мы увидим, что российское право обладает своими отличительными чертами.

По мнению ряда авторов, самобытность российской правовой системы обусловлена не столько технико-юридическими, формальными признаками, сколько глубокими социальными, культурными, государственными началами жизни славянских народов.

Как мы знаем, еще с VI по XI вв. у восточных и южных славян были собственные государственные образования со своими традициями, своим отношением к государственной власти и формам ее организации. Следовательно, уже можно говорить о самобытности русской государственности как источнике славянской правовой системы.

С установлением тесных контактов с Византийской империей началось заимствование Русью христианской правовой традиции. По словам профессора М.Н. Марченко «церковь применяла византийское право непосредственно в своих весьма обширных земельных владениях, где она осуществляла свою юрисдикцию. Одновременно она стре-

милась расширить сферу применения византийского права, в частности, «путем различного рода вмешательства в редактирование обычаев».¹ Таким образом, для славянской правовой системы характерна тесная связь традиционной основы права и государства со спецификой православного христианства.

Вообще для русского права всегда была характерна зависимость от государственной идеологии, которая оказывала значительное влияние на содержание правовых норм, будь то христианство в течение девяти столетий или марксизм-ленинизм в XX веке.

Индивидуальность славянской системы характеризуется и особыми условиями экономической жизни, а именно тем, что ведущей формой хозяйствования намного дольше, чем на Западе, была крестьянская община, признаками которой являются: местное самоуправление, взаимопомощь, ответственность по принципу "круговой поруки". Это дает развитие началам коллективизма в противовес западному индивидуализму.

Еще одна характерная черта русского права – это слияние в нем европейских и азиатских начал, что делает его восприимчивым к иностранным влияниям.

Что касается правового сознания, то, по мнению профессора Р.Б. Головкина, для русской правовой традиции наличие правды важнее формального права и юридических процедур. А так как реальную причину деяния установить невозможно в силу того, что формальное право идеализируется, то данное право истинным считать нельзя, а значит, и население не может его поддерживать. Возникает такое явление, как «понятия» (обычай или «живое» право), роль которого повышает

¹ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права // под ред. М.Н. Марченко. М.: Юристъ, 2001. С.479.

ся, и даже какой-то степени можно говорить о его превалировании над формальным правом.

Близкую точку зрения высказывает и профессор В.Н. Синюков. Он утверждает, что "вхождение" русского права в романо-германскую правовую семью произошло в Петровское время чисто политически, но отнюдь не духовно, и сейчас российское право существует в виде квазироманской системы. «Русский правовой тип - это самостоятельная альтернатива романо-германской и англосаксонской правовым культурам. Он характеризуется особым духовным смыслом похожих по "технике" юридических средств».²

Некоторые отличия можно найти даже в юридических источниках. Например, как было упомянуто выше, романо-германская и славянская правовые системы не признают судебный прецедент. Однако практика показывает, что наша система все же восприимчива к данной форме права. Хотя прецедента в чистом виде у нас нет, близкое к судебным прецедентам место в системе источников права занимают заключения Конституционного Суда РФ.

Следует отметить и тот факт, что, по мнению многих специалистов, влияние римского права на российскую правовую систему тоже имеет свои отличительные особенности. Например, профессор М.Н. Марченко считает, что российское право по отношению к римскому «выступает не как родственное, внутриродовое или внутритиповое явление, а как внешнее, и в ряде отношений – даже чуждое право».³ Профессор видит различие в характе-

² Богдановская В.А. Актуальные проблемы классификации российской правовой системы [Электронный ресурс] // Российское право в Интернете. 2009. № 05. Режим доступа: http://www.rpi.msal.ru/prints/200905_15bogdanovskaya.html, свободный. — Загл. с экрана. — Яз. рус.

³ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права... С.478.

ре, степени влияния и форме воздействия римского права на российское и романо-германское право. Если на первое римское право только влияет, то второе построено исключительно на его основе.

А теперь мы возвращаемся к нашему вопросу: можно ли выделять отдельную славянскую правовую семью? Ученые до сих пор не могут прийти к общему мнению.

По мнению профессора сравнительного и международного права А.Х. Саидова, «российская правовая система должна идти своим путем, но вместе с основными правовыми системами современности... Романо-германская правовая семья дает России не только исторически оправданный выбор юридических конструкций (правопонимание, система и источники права, правоприменение), но и другие преимущества, вытекающие из признания общепризнанных принципов и норм международного права частью правовой системы России».⁴

Кандидат юридических наук В.А. Богдановская считает, что нашу правовую систему нельзя полностью относить к романо-германской правовой семье. Но и выделение славянской правовой семьи, как утверждает Богдановская, проблематично, «поскольку

⁴ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности// под ред. В.А. Туманова. М.: Юристъ, 2003. С.377-378.

* Ворсин Денис Владимирович - студент 1 курса Санкт-Петербургского Юридического института Академии Генеральной Прокуратуры РФ. Научный руководитель – доктор юридических наук, профессор И.Л. Честнов, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского Юридического института Академии Генеральной Прокуратуры РФ.

превращение российского государства и права в образец для других стран во многом связано с общим уровнем развития российского общества, включая такие сферы социальной жизни, как культура, экономика, политика и пр.»⁵ Исследователь утверждает, что правовая система России в целом является смешанной (гибридной) и сочетает в себе как традиционные, специфические черты и особенности, так и отдельные характеристики основных правовых систем мира, хотя в настоящее время постепенно вливается в романо-германскую правовую семью.

Данная точка зрения мне близка. На мой взгляд, выделять славянскую правовую систему в отдельную семью еще рано, ибо, если судить по юридическим источникам, мы вряд ли найдем черты, не встречающиеся в других семьях. Славянскую правовую систему пока что следует рассматривать, как отдельную группу романо-германской правовой семьи. В настоящее время не стоит избегать ориентира передовые международные и зарубежные юридические стандарты. При этом важно не забывать о нашей самобытности и обилии отличительных особенностей, так как и западные правовые системы не идеальны.

⁵ Богдановская В.А. Актуальные проблемы классификации российской правовой системы [Электронный ресурс] ...

Полный Свод Статутов Казимира Великого: преемственность раннего польского законодательства и заимствования из права европейских стран

Полный свод статутов Казимира III Великого – польский юридический памятник XIV-XV вв. Он был основан на Вислицком (Малая Польша) и Петрковском (Великая Польша) Статутах, изданных Казимиром III в рамках централизаторской политики. Их принятие в 1347 году имело не только юридический, но и политический характер, став в определенной степени символом, сродни принятию королевского титула Пшемиславом II в 1295 году. К этому времени возникла реальная необходимость упорядочить правовую систему Польши. До этого момента не проводилось ни одной серьезной кодификации, поэтому судьи руководствовались нормами обычного права и противоречивыми княжескими указами, большая часть которых уже устарела.

Вислицкий Статут действовал не только на территории Малой Польши, но и во всех подконтрольных Казимиру Великому землях, за исключением Великой Польши, для которой был издан Петрковский Статут. Подобный дуализм правовой системы демонстрировал незаконченность процесса централизации как внутри подвластных Казимиру земель, так и за их пределами (Мазовия, Силезия).

В конце первой четверти XV в. оба Статута были объединены на базе Вислицкого Статута, как более объемного и содержавшего большее число новелл, в единый кодекс, получивший название «Полного Свода Статутов Казимира Великого». Свод заложил основы польского права, на его базе развивалось все последующее польское законодательство.¹

¹ Бардах Ю., Леснодорский Б., Пиетрчак М. История государства и права Польши. М.: Юридическая литература, 1980. С. 120-128; Ли-

Нормы Свода представляют собой конгломерат, соединивший три разных источника права. Во-первых, это нормы польского обычного права, во-вторых, это новеллы Свода, в-третьих, это нормы, заимствованные из права разных европейских стран, в основном – немецких княжеств.

На примере конкретных норм рассмотрим влияние на Свод ранних польских источников, нормы и принципов европейского и, в частности, немецкого права. Анализируя часть имеющихся статей, можно констатировать, что происходило взаимодействие и взаимовлияние вышеуказанных правовых норм. Далее перечислены статьи, представляющие наибольший интерес с точки зрения компаративистского анализа, и комментарии к ним. Важно отметить, что подобный метод исследования впервые применяется в российской историко-юридической науке по отношению к Полному Своду Статутов Казимира Великого.

В первой статье вводится норма о том, что закон обратной силы не имеет – действие Статутов распространяется только на «нынешние и будущие дела».² Эта же норма предопределяет, что Свод не только фиксировал сложившиеся правоотношения, но и устанавливал новые нормы.³

ванцев К. Е. История государства и права феодальной Польши XIII-XIV вв. СПб.: Издательство ЛГУ, 1958. С. 102-105.

² Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Древность и Средние века). Составитель В.А. Томсинов. М.: Зерцало, 1999.

³ Ливанцев К. Е. Полный Свод Статутов Казимира Великого // Правоведение. 1958. № 4. С. 103.

Статья VI, с одной стороны, ограничивает дееспособность сыновей при жизни отца, но статья CLV подобно статье Саксонского Зеркала (земское право, кн. 2, ст. 17) разделяет членов семьи, в частности, сыновей и отца, в качестве субъектов права, тем самым уничтожая остатки коллективной ответственности. Эта статья интересна еще и тем, что в ней содержится прямая ссылка на Библию⁴, как на источник права, что является более характерным для канонического права. С другой стороны, статья XLVIII наоборот закрепляет принцип взаимопомощи внутри общины, устанавливая штраф за отказ от преследования преступника, совершившего преступление в отношении одного из общинников. Здесь отчетливо видна преемственность этой нормы норме Польской Правды (VIII, IX), которая обязывает общинников, жителей деревни гнать (ловить) преступника до следующей деревни, так называемая обязанность *slad*.

Статья X гарантирует каждому право на защиту и защитника, а женщин и вовсе обязывает поручить ведение дела защитнику (IX), что является значительным шагом в направлении состязательности судопроизводства, по сравнению с Польской Правдой, где возможность выставления защитника не предусматривалась, а судебный процесс носил целиком обвинительный характер. В дополнение к этой статье представляется необходимым упомянуть статью XXVIII, которая при обвинении человека, не судимого ранее, в преступлениях насильственного характера, принуждает истца доказывать вину ответчика, то есть вводит презумпцию невиновности для отдельной категории дел. Это весьма передовая норма, если учитывать, что в окончательном виде презумпция невиновности была сформулирована лишь во Французской Дек-

⁴ Библия. М.: Российское Библейское общество, 2007. Книга Пророка Иезикииля, 18:20.

ларации прав человека и гражданина 1789 года (ст. 9).⁵

Статья XXXI, о необходимых доказательствах благородного происхождения, явно носит в себе следы заимствования из немецкого права: в Саксонском Зеркале (земское право, кн. 1., ст. 51) существует аналогичная статья. Однако в Саксонском Зеркале человеку из шеффенского сословия требуется доказать принадлежность к данному сословию четырех его предков, то есть родственников второй степени родства – двух дедов и двух бабок. Статуты требуют более многочисленных свидетельств – шесть мужчин из шляхетского рода должны подтвердить принадлежность человека к шляхетскому сословию.

Статья XXXII закрепляет обычай, указанный в Польской Правде (VII), дающий право на самозащиту. Однако форма нормы обнаруживает больше сходства с нормой Магдебургского права в его Вроцлавской (Бреславской) версии. Статья 53 Грамоты, дарованной Бреславлю князем Мазовии Генрихом III Белым в 1261 году, гласит:

«Если человек ранит другого человека в пределах городских границ (то есть, находясь в пределах территориальной компетенции городских властей) не в порядке самозащиты, а с виной и без повода, и раненый человек ранит того в ответ и зовет на помощь, будучи неспособным добраться до суда раньше нападавшего и обвинить того, а нападавший, хотя и напал первым, злонамеренно и нагло является в суд и выдвигает обвинения, тому на кого было совершено нападение следует прийти в суд в тот же день и доказать посредством свидетелей, слышавших призыв на помощь, что другой был нападавшим. Если он сумеет доказать это, он выиграет дело. Но он должен прийти в суд в тот же день».⁶

⁵ Французская Республика: Конституция и законодательные акты. М.: Прогресс, 1989. С. 28.

⁶ Breslau Adopts the Charter of Magdeburg // A Source Book for Medieval History / Thatcher, Oliver & Edgar McNeal, eds. New York; Chicago.:

Цитата из Статутов гласит: «Слышали мы, что Петр, преследуя Яна, сильно его на улице ранил, а будучи приведен Яном в суд, Петр, хотя и признался в том, что ранил Яна, однако заявил, что сделал это в ответ (на нападение) Яна, так как Ян первый поранил Петра. Мы в таком случае приказали принять к доказательству жалобу против Яна, что если Петр на улице, когда преследовал Яна, его поранил не с целью лишения жизни, но мстя за вред, причиненный ему (и если это действительно так), то Ян признается нанесшим рану».

Польская Правда: «Если случится, что один [человек] нападет на другого, желая его убить, и тот начнет защищаться и ранит его, и придет к своему судье, и пожалуется со свидетелями, что тот напал [на него] и хотел убить; и если он засвидетельствует это сам-семь, тот уплачивает VI марок пени, несмотря на то, что он ранен; если же он [обороняясь] убьет, то платит головное, и больше ничего, если он засвидетельствует, что тот напал на него, как здесь было сказано выше».

На основании изученных текстов можно сделать вывод о том, что статья из Статутов скорее заимствована из Бреславской грамоты, чем из Польской Правды, на что указывает ряд деталей: в первых двух документах говорится именно о нанесении ранения в ответ на ранение, в то время как в Польской Правде записано о ранении собственно в ответ на нападение с целью убийства, к тому же присутствует дополнительное предписание об убийстве при самообороне.

В Полном Своде Статутов появляется норма о приобретении недвижимой собственности посредством давности. Устанавливался срок – 3 года и 3 месяца для мирного времени (XXXVIII, XLIV, XLV) и *ad hoc* для военного (XLI). Для замужних женщин срок давности увеличен до 10 лет (XL), что, вероятно, являлось следствием статьи СII, согласно которой приданое в виде недвижимой собственности считалось действительным,

Charles Schribner's Sons, 1905. P. 599-600 [перевод мой – авт.].

только если «было дано и назначено перед королевским величеством», то есть такое приданое назначалось с одобрения монарха. Подобное одобрение, естественно, придавало большую значимость и большую юридическую силу назначению приданого и, соответственно, увеличивало срок исковой давности для обращения с виндикационным иском для женщины, которой приданое было назначено в вышеуказанном порядке. Данная гипотеза подтверждается и тем фактом, что в самой статье XL упоминается именно приданое в качестве главного основания для предъявления иска замужней женщиной. Также необходимо отметить положения статьи XLI, которое является заимствованием из римского права. Как в Риме, если гражданин был захвачен в плен врагом и, соответственно, терял свои права вследствие *capitis deminutio maxima*, но затем возвращался в Рим, то за ним признавались все его права, как если бы пленения не было⁷, так же и в Польше было предусмотрено установление бессрочной исковой давности для захваченных в плен.

Статья LVI закладывает основу института соучастия в уголовном процессе. При этом исполнителем являлся только один из преступников, все остальные были его соучастниками. Разница между соучастниками и исполнителем состояла в том, что первые могли очиститься от обвинений при помощи соприсяжников, исполнитель же такого права был лишен.

Статья CXIX представляется весьма интересной, так как в ней можно проследить влияние прусской Кульмской грамоты (Статья 22)⁸, где говорится об установлении единой системы мер и весов, а также труда Фомы Аквинского «О правлении государей», в части, где утверждается необходимость еди-

⁷ Новикций И. Б., Перетерский И. С. Римское частное право. М.: Wolters Kluwer, 2010. С. 127.

⁸ Рогачевский А. Л. Кульмская Грамота - памятник права Пруссии XIII в. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского университета, 2002. С. 115-116

ноначалия власти, единства права и монеты в государстве⁹.

Необходимо отметить такую своеобразную особенность памятника, как многочисленные описания причин, по которым устанавливается то или иное положение Свода. Подобные описания встречаются почти в каждой статье. В целом, можно охарактеризовать Полный Свод Статутов Казимира Великого как довольно успешную попытку кодификации польского законодательства с привлечением большого числа иностранных источников и рядом небезыntenесных новелл, привнесение которых позволило создать во

⁹ Политические структуры эпохи феодализма в Западной Европе VI-XVII вв. Л.: Наука, 1990. С. 217-238.

многих отношениях выдающийся сборник права эпохи феодализма. Полный Свод Статутов Казимира Великого – это юридический памятник начала эпохи польского феодализма, поэтому его создателям было выгодно обращаться к развитому законодательству стран Западной Европы за готовыми нормами, которые вполне соответствовали повседневным практическим потребностям. Поэтому, если говорить об удельном соотношении польских и зарубежных источников, то некоторое преимущество имеют вторые, так как Свод в большинстве случаев отменяет сложившиеся обычаи, заменяя их новеллами, многих из которых носят следы заимствования, или нормами, заимствованными напрямую.

* Каминский Роман Евгеньевич – студент 1 курса юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Научный руководитель – кандидат юридических наук, Р.Ю. Почекаев, доцент кафедры теории и истории СПбФ НИУ ВШЭ.

Декларация прав и свобод человека и гражданина 1789г. и реализация ее идей в Конституциях 1789-1795гг.

В современном мире понятие прав и свобод человека играет роль устоявшейся и общепризнанной идеи. В нашем распоряжении международные договоры (например, «Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод» 1950г.) и Всеобщая Декларация прав человека 1948г.– сегодня права человека являются международным стандартом, на который равняются все цивилизованные страны. Но, несмотря на все предпринятые меры, права и свободы человека постоянно нарушаются. Именно нерешенность этой проблемы обуславливает интерес к истории законодательного закрепления прав и свобод человека и гражданина на государственном уровне.

Декларация,¹ принятая в 1789г. в ходе Великой Французской революции, вызывает особый интерес, так как это первый подобный акт, принятый в Европе. Несправедливо было бы утверждать, что этот документ является первым подобным актом в своем роде – предшественником французской Декларации был американский Билль о правах штата Вирджиния,² принятый в 1776г.³ Но в конце 18в. Америка была совсем молодым государством, к тому же необремененным многовековой историей абсолютистской монархии. Поэтому именно французская Декларация «прав и свобод человека и гражданина» 1789г. может считаться настоящим прорывом в области

становления института прав и свобод человека и гражданина во Франции и в Европе в целом.

Предпосылками Великой французской революции были многочисленные и мощные народные восстания, в которых крестьянство часто выступало в союзе с буржуазией. Произвол королевской власти, привилегии дворянства и духовенства, феодальные поборы – все это не давало гармонично развиваться общественным экономическим отношениям и вызывало недовольство всего третьего сословия и части буржуазии.⁴

В ответ на начавшиеся в стране беспорядки в Конституционном Собрании 4 августа 1789г. было принято решение издать ряд законов, с целью предупреждения возможности последующих крестьянских бунтов. Одним из таких законов, стала Торжественная Декларация «прав и свобод человека и гражданина». Как отмечает А. Олар, «все были согласны относительно того, что следовало понимать под Декларацией «прав человека и гражданина». Никто или почти никто не оспаривал истинности этих принципов, в пользу которых возникло тогда широкое и сильное течение общественной мысли».⁵ На обсуждение было вынесено несколько проектов, отличавшихся по форме, но совпадавших по основным принципам. Один из проектов был взят за основу, и в процессе длившихся неделю устных дебатов в Национальном собрании и внесения многочисленных поправок в основной

¹ Isaac J. Jean Michaud De la Révolution de 1789 à la Révolution de 1848 // Cours d'histoire Malet – Isaac. Boulevard Saint – Germain, 1960. – P.75, 79.

² URL: http://translate.google.fr/translate?hl=ru&langpair=en%7Cru&u=http://www.jmu.edu/madison/gpos225-madison2/bill_of_rights_text.htm (19.02.2011).

³ Батыр К.И., Исаев И.А. История государства и права зарубежных стран: учеб.для вузов / 2-е изд. – М.,2008. – С. 268.

⁴⁴ Isaac J. Jean Michaud De la Révolution de 1789 à la Révolution de 1848 – P. 36.

⁵ Олар А. Политическая история французской революции. Происхождение и развитие демократии и республики (1789 – 1804).- М.: Соцэкгиз, 1938 – С.49.

проект. 26 августа текст Декларации был принят.

Составители Декларации 1789г. прежде всего, опирались на идеи «естественного» права философов – просветителей 18в. (Локк,Монтескье, Вольтер,Руссо) и обозначили главной проблемой пренебрежение к человеческим правам.⁶Они предложили данным актом раз и навсегда изложить доступным образом самые простые, естественные принципы, чтобы никто их не оспаривал, и никто не мог на них покуситься. То есть, Декларация – это в первую очередь сжатое, концентрированное выражение общечеловеческих нравственных ценностей и интересов пришедшей к власти буржуазии. Провозгласив идеи свободы и равноправия, она «открыла» проблему прав человека и предложила прогрессивное для своего времени решение. Основными принципами, закрепленными в Декларации, были: 1.Свобода индивидуума в обществе и неотъемлемость прав человека (впервые во Франции и в Европе). 2.Суверенитет нации – легитимной объявлялась только такая власть, которая исходила из желания народа. 3.Провозглашалась и закреплялась идея разделения властей. 4.А также, идея прозрачной и контролируемой власти.

Интересно отметить, что при политико – юридической направленности, Декларация не имела прямого юридического действия. То есть, Декларация 1789г. представляла собой исходный документ революционной власти, заключавший в себя только теоретические принципы. Идеи Декларации отразились на всех последующих основных законодательных актах. Прежде всего, необходимо отметить, что «Декларация прав человека и гражданина» предваряла каждую из Конституций данного периода. В рассматриваемый период входят три

^{6 6} Isaac J. Jean Michaud De la Révolution de 1789 à la Révolution de 1848 – P.65.

Конституции 1791, 1793 и 1795гг.⁷Так как принципы, Закрепленные в Декларации, имели размытые формулировки, законодатели разных лет трактовали их по-своему.⁸ Например, если для составителей Конституции 1791г. Декларация была необходима для поднятия революционного духа в народе, то в 1795г. такая необходимость отпала, что выразилось в категорическом отказе депутатов Конвента рассматривать Декларацию 1789г. как закон. Основное различие в положениях о правах и свободах в Конституциях 1791 - 1795гг. заключено в том, какие именно права составители разных Конституций относили к естественным и неотъемлемым правам человека. В Конституции 1791г. в списке естественных прав отсутствует равенство – о нем и нельзя было говорить при сохранении королевской власти и наследственного принципа. Конституция 1791г. делила граждан на активных и пассивных. Это принципиально противоречит с провозглашенным в Декларации 1789г. принципом всеобщего равенства: в ст.6 Декларации, предвещающей Конституцию 1791г. сказано, что все граждане равны перед законом и общественные должности доступны в равной мере для всех. Однако, в третьем разделе Конституции 1791г. значит, что представителями нации могут быть избраны все активные граждане. По сути, полным объемом предоставляемых гражданам прав пользовались только граждане, относящиеся к категории «активных» . Не смотря на фактическое неравенство в правах, налоги платили все, как равные – в разделе первом этой Конституции говорится, что налогообложению подлежат все граждане (совершенно неважно в какой они категории) соразмерно своему благосостоянию. Также к вопросу о

⁷⁷ Isaac J. Jean Michaud De la Révolution de 1789 à la Révolution de 1848 – P.80, P.177, P.215.

⁸ Боск Я. Арсенал для подстрекателей // URL: <http://annuaire-fr.narod.ru/bibliotheque/Bosc-declaration.html> (дата обращения: 16.02.2011).

равенстве, интересно отметить, что как вариант приобретения французского гражданства в каждой из трех Конституций указывается «вступление в брак с француженкой», а для женщин вариант «вступления брака с французом», как способ приобретения французского гражданства, не предусмотрен вообще. Фактически ни одна из Конституций не дает гражданских прав женщине, что вызвало бурную реакцию французских феминисток, которые опубликовали в 1791г. неофициальную «Декларацию прав женщины и гражданки». Здесь стоит отметить, что Декларация 1789г. стала значимой в равной степени, как для мужчин, так и для женщин, только после 1946г., когда женщин уравнили в правах с мужчинами.

Проект Конституции 1793г. не включает в список естественных прав человека право на сопротивление угнетению. Но представитель буржуазно-республиканского направления французский историк А.Олар в своем труде «Политическая история французской революции. Происхождение и развитие демократии и республики (1789 – 1804)» дает наиболее восторженную характеристику именно Конституции 1793г. С позиции своих республиканских политических взглядов он подчеркивает, что эта Конституция могла бы стать наиболее демократичной: только она устанавливала абсолютное равенство, предполагала полное народовластие и являла собой хороший замысел и была прорывом в демократическом мышлении своего времени. Но, видимо, именно ее радикальный характер и стал причиной того, что она так никогда и не стала действующей. Другой французский историк - И.Тэн - считал ее изначально не задуманной для применения на практике. Дело создания конституции якобинцами он называет делом «показным, рекламным».⁹

⁹ Тэн И. Происхождение современной Франции.- СПб: 1907. - С.153.

По традиции Конституция 1795г. открывалась Декларацией, которая была существенно изменена и называлась «Декларацией прав и обязанностей человека и гражданина». Составители Конституции 1795г. отказались от естественной природы прав вообще – это можно объяснить желанием авторов сделать Конституцию как можно умереннее. Ведь естественная природа прав предполагала возможность законного восстания, что было недопустимым в целях ограждения общества от новых волнений и революционных встрясок. Обосновывая свое решение, авторы конституции 1795г. отмечали, что законодатель во всех своих начинаниях должен руководствоваться разумом и моралью, но не стоит подменять юридические нормы абстрактными принципами нравственности. Раннее, все эти принципы можно было найти в трудах философов, и это неравнозначно их декларации в преамбуле Конституции. Ведь известно, до каких злоупотреблений может довести ошибочное использование даже самых прекрасных, но корыстно истолкованных нравственных принципов.¹⁰

Конституции 1791, 1793 и 1795гг. закрепляют за человеком ряд свобод: свободу совести, свободу слова и свободу мирных собраний. Они являются непосредственным последствием основных, «естественных» прав, провозглашенных в Декларации, и необходимым условием для их осуществления человеком в обществе.

Принципиально новым в условиях многовекового безраздельного главенствования церкви стало совершенствование законодательства в области свободы вероисповедания. В ст.10 Декларации 1789г. говорится: «никто не должен испытывать стеснения в выражении своих мнений, даже религиозных...». Относительно Свободы мнения авторы каждой рассматриваемой

¹⁰ Боск Я. Арсенал для подстрекателей // URL: <http://annuaire-fr.narod.ru/bibliotheque/Bosc-declaration.html> (дата обращения: 16.02.2011).

Конституции опирались на теорию «общественного договора» Ж.-Жака Руссо¹¹ и в принципе не отличались друг от друга. В своих рассуждениях мыслитель исходит из идеи прямого народного правления. Согласно Общественному договору, "только общая воля может управлять силами государства в соответствии с целью его установления, каковая есть общее благо". То есть, народ наделен неотъемлемым законодательным правом, а законы всегда являются актами общей воли. По мнению мыслителя, не государство само по себе суверенно, а суверенен народ, который вправе творить законы, менять их, принимать новые. Руссо различал законы по четырем видам: политические, гражданские, уголовные и "наиболее важные из всех, - нравы, обычаи и особенно общественное мнение". Стоит отметить, что именно учения Ж.-Жака Руссо стали опорным пунктом в идеологии наиболее радикальной революционной группы времен Великой Французской революции – якобинцев, и стали в некотором роде обоснованием якобинского террора.¹²

Великая Французская революция XVIII века конституционно закрепила понятие частной собственности. Это подтверждается в каждой из трех рассматриваемых Конституций. Наиболее полно право на частную собственность обосновывали авторы проекта Конституции 1793г. Следуя идеям Руссо, якобинцы признавали юридическое равенство в полном объеме, но имущественное равенство Робеспьер объявил « химерой», а частную собственность – « неотъемлемым и естественным правом каждого». В ст.19 Декларации 1793г. говорится: «никто не может быть лишен ни малейшей части собственности без его согласия, кроме случаев, когда этого

¹¹ Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с фр. - М.: "КАНОН-пресс", 1998. – С. 416.

¹² Батыр К.И., Исаев И.А. История государства и права зарубежных стран. – С. 293.

требует необходимость и лишь при условии справедливого и предварительного замещения». Однако якобинцы были против чрезмерной концентрации богатства в руках немногих. « Я вовсе не отнимаю у богатых людей честной прибыли или законной собственности, - говорил Робеспьер, - я только лишаю их права наносить вред собственности других людей... Я уничтожаю не торговлю, а разбой монополистов; я осуждаю их лишь за то, что они не дают возможности жить своим ближним». Утопичность такой политики стала очевидна несколько позже, но она не могла не привлечь симпатий простых людей.¹³

В ст.11 декларации провозглашается свобода слова, но с оговоркой « под угрозой ответственности...за злоупотребление данной свободой в случаях, предусмотренных законом». Однако Свобода слова, как и свобода совести, получает все более безоговорочные формулировки от 1789 к 1795 гг.

Отношение авторов Конституций разных лет к свободе мирных собраний является прямым отражением исторической ситуации, в которой создавался тот или иной акт. В 1791г. эта свобода была ограничена некоторыми рамками, так как конституция этого года создавалась в условиях монархии, проект Конституции 1793г. был самым демократичным и предполагал полное народовластие, а в 1795г. Авторы Конституции ставили целью сохранение общественного порядка и полностью исключили возможность каких – либо собраний и митингов.

Права на сопротивление угнетению отражалось в Конституциях разных лет в зависимости от исторической ситуации, в которой создавались эти документы. Конституция 1791 г. создавалась в условиях монархии и не имела целью

¹³ Батыр К.И., Исаев И.А. История государства и права зарубежных стран. – С. 269.

свержение монарха; Конституция 1793 г., якобинская, была наиболее демократичной – следовательно, предполагала полное народовластие; составители Конституции 1795 г. ставили целью сохранение общественного порядка, поэтому полностью исключили возможность каких либо собраний и митингов.

Безусловно, Великая Французская революция 1789г. и Декларация «прав и свобод человека и гражданина» была значительным прорывом в области становления института прав и свобод человека не только для Франции, но и для всей Европы. Подводя итог данному исследованию, можно сделать вывод о безусловном влиянии Декларации на все последующие законодательные акты Франции, выраженном в следующих основных принципах:

Во-первых, закрепление важнейших принципов буржуазного конституционализма и основ буржуазного судопроизводства. Во-вторых, принципы, закрепленные в Декларации 1789г., стали

"примером для подражания" в становлении института прав и свобод человека не только для Франции, но для ряда стран Европы и Америки. В-третьих, Декларация, как итог многовековой социальной борьбы, "открыла" проблему прав человека в конце 18в. и предложила прогрессивное для своего времени решение.

Однако нельзя забывать, что Декларация 1789г. была в первую очередь идейным манифестом революции и сама по себе не несла юридической силы. Реализация ее идей была прерогативой всех последующих законодательных актов. И, как известно, то, что идеально на бумаге далеко не всегда так же идеально на практике. Не все идеи, провозглашенные в Декларации, нашли свое отражение в законе, не все законы были изданы. Однако, несмотря на ряд противоречий, как в самой Декларации, так и в последующих реализующих ее идеи актах, надо справедливо заметить, что самый главный шаг на пути становления незыблемости естественных прав и свобод человека был сделан.

* Патрикеева Елена Алексеевна – студентка 1 курса юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Научный руководитель – кандидат юридических наук А.К. Волков, зам. декана юридического факультета по научной работе и международным связям, доцент кафедры теории и истории права и государства НИУ ВШЭ.

Конституции в системе источников римского права

Конституция в современном понимании - это основной закон государства, закрепляющий основы государственного строя страны и обладающий высшей юридической силой.¹ Понятие «конституция» (от лат. «constitutio» - установление, указ)² было известно еще в Древнем Риме и использовалось для выражения различного рода установлений и указов императоров.

Какого было понимание термина «конституция» в Древнем Риме? Ульпиан писал: «то, что император постановил путем письма и подписи, или предписал, исследовав дело, или вообще высказывал, или предписывал посредством эдикта, как известно, является законом. Это и есть то, что мы называем конституциями».³ Гай обосновывал, почему указ императора имеет силу настоящего закона. По его мнению, только потому, что сам император приобретает власть на основании особого закона.⁴

Конституций было четыре вида:

1) *Эдикт (edicta)*. По форме это был такой же эдикт, какой издавали республиканские магистраты, но разница заключалась в том, что императорский эдикт имел целью не служить руководством для его собственной деятельности, а быть нормой, обязательной для всех жителей империи.

2) *Декрет (decreta)* – судебные приговоры императора, когда он выступал в качестве судьи по гражданским делам. Если приговор основывался на каком-нибудь уже существующем юридическом правиле (законе, обычае и т.п.), то, разумеется, он не мог быть источником права. Декрет становился таковым

только в том случае, если император, постановляя решение, давал какое-нибудь новое толкование старому правилу или прямо высказывал новое правило.

3) *Рескрипт (rescripta)* – ответы императоров на вопросы о праве, предлагаемые магистратами или частными лицами. Рескрипты имели сходство с ответами юрисконсультов: если магистрат сомневался, какое правило должно было применить в известном случае, или если такое сомнение возникало у частного лица, которое вело тяжбу, то они обращались к императору за разрешением сомнения. И здесь нужно также отметить, что рескрипт становился источником права только в том случае, если он создавал новое правило, а не ограничивался простым указанием на старое.

4) *Мандат* – инструкции разного рода чиновникам для руководства в их деятельности.

Эдикт и мандат рассматриваются как административные распоряжения магистрата, черпающие свою силу в его *imperium*. Поэтому они формально теряют ее со смертью издавшего их императора, чтобы сохранить их в действии, необходимо повторение их преемником.

Рескрипт и декрет рассматриваются как толкование действующих законов; из этих последних выводится их юридическая сила, и впоследствии этого они независимы от смены императоров.

Из всех четырех форм в период домината мандаты выходят из употребления, декреты и рескрипты имеют силу только по конкретным делам, в связи с которыми они даны. И таким образом, основной формой закона является императорский эдикт.

Можно привести несколько примеров императорских конституций. Одними из них являются конституции «Tanta» и «Deo auctore», которые легли в основу принятия ко-

¹ См. Баглай М.В. Конституционное право зарубежных стран. М., 2004. С. 50.

² См. Там же.

³ Текст Дигест см. по изданию: Дигесты Юстиниана в 8 т. Т. 1. М., 2002.

⁴ Текст Конституций Гая см. по изданию: Гай. Институции. М., 1997.

декса Юстиниана. Существовали также сборники конституций: Codex Gregorianus, Codex Hermogenianus, составленные при Диоклетиане в конце III в.; кодекс Феодосия (405-450 гг.).⁵

Однако встает также вопрос, почему именно конституции уже в III веке занимают ведущее место в системе источников права?

Как известно, в каждом периоде римской истории можно выделить различные источники римского права. Первоначальным источником был обычай - так называемые обычаи предков. Как писал флорентийский мыслитель XV века Никколо Макиавелли, обычай существовал до тех пор, пока не было надобности в законе, а именно пока что-либо совершалось хорошо само собой. Но когда добрый обычай исчезает, закон сразу же делается необходимым⁶. Поэтому начало республиканского периода ознаменовалось событием, сыгравшее огромное значение для дальнейшего развития римского права – издание законов XII Таблиц. С их издания начинается также развитие гражданского права. Народные собрания на данном периоде являются органом законодательной власти, поэтому нормальной формой закона является lex, который издавался только магистратом. С установлением империи законодательная деятельность народ-

ных собраний мало-помалу прекращается. Вместо народных собраний законодательным учреждением делается сенат, и сенатусконсулты приобретают силу закона.⁷

В III в. окончательное укрепление императорской власти привело к тому, что единоличное распоряжение императора стало признаваться законом. Римляне считали, что власть императору даровалась народом. А значит, и законы (конституции) принятые императором, должны были создаваться только во благо народу.

Император, высшее должностное лицо Римской империи, заставил поверить римских граждан в справедливость и точность собственных предписаний. Он стремился закрепить в конституциях основы общественной свободы, тем самым убедил народ поверить в его истинную власть и силу.

Подводя итог, можно сделать вывод о том, что конституции явились единственными источниками права, заменившие обычаи, законы, сенатусконсулты. Они заняли лидирующее место еще в III в., тем самым закрепили и повысили роль и статус императора. Они внесли определенный вклад для формирования других источников права не только в Риме, а также легли в основу различных правовых документов европейских стран.

⁵ Новицкий И.Б., Перетерский И.С. Римское частное право. М., 2010. С. 51-52.

⁶ Макиавелли Н. Рассуждения о первой декаде Тита Ливия. Ростов-на-Дону, 1998. С. 119.

⁷ Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С.194-195.

* Полякова Екатерина Сергеевна – студентка 1 курса юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Научный руководитель – кандидат юридических наук, доцент Т.А. Алексеева, зам. директора, декан юридического факультета, профессор кафедры теории и истории права и государства СПбФ НИУ ВШЭ.

Актуальные проблемы источников права – глазами молодых юристов
(о научно-теоретической студенческой конференции «Источники права в контексте исторического и компаративистского анализа»)

4 марта 2011 г. на юридическом факультете Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» под эгидой кафедры теории и истории права и государства состоялась студенческая конференция «Источники права в контексте исторического и компаративистского анализа».

В конференции приняли участие 36 студентов, среди которых представители юридического факультета НИУ–ВШЭ (Санкт-Петербург), факультета права НИУ–ВШЭ (Москва), юридического института Академии Генеральной Прокуратуры РФ (Санкт-Петербург). Работа конференции началась с пленарного заседания, где с приветственным словом к участникам выступили декан юридического факультета НИУ–ВШЭ (Санкт-Петербург), проф. кафедры теории и истории права и государства Т.А. Алексеева, зам. декана юридического факультета по научной работе и международным связям, доц. кафедры теории и истории права и государства А.К. Волков, зав. кафедрой теории и истории права и государства М.В. Антонов. Далее работа конференции была продолжена в рамках четырех секций: «Источники права в теоретико-правовом аспекте» (руководитель – М.В. Антонов) «Источники права в сравнительно-правовом аспекте» (руководитель – А.К. Волков), «Формальные источники права в исторической перспективе» (руководитель – С.А. Соломонова, доцент кафедры теории и истории права и государства), «Материальные источники права в исторической перспективе» (руководитель – Р.Ю. Почекаев, доцент кафедры теории и истории права и государства).

В докладах участников конференции был затронут самый широкий спектр вопросов, касающихся теории, истории и практики источников права – от понятия самого термина «источники права» в соответствии с различными типами правопонимания до рассмотрения конкретных видов и примеров источников права с точки зрения истории и практики, включая сравнительно-правовые аспекты данной проблематики. Все участники конференции награждены памятным грамотами.

В рамках конференции проводился конкурс на лучшие доклады каждой секции. В

результате голосования в каждой секции был выбран лучший доклад:

- секция «Источники права в теоретико-правовом аспекте»: «Источники (формы) права в славянской правовой системе» (докладчик – Д.В. Ворсин, студент Санкт-Петербургского Юридического института Академии Генеральной Прокуратуры РФ);

- секция «Источники права в сравнительно-правовом аспекте»: Законодательство Италии о гражданстве в XX веке: социально-юридические предпосылки (докладчик – Е.С. Березинская, студентка Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»);

- секция «Формальные источники права в исторической перспективе»: Конституции в системе источников римского права (докладчик – Е.С. Полякова, студентка Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»);

- секция «Материальные источники права в исторической перспективе»: «Полный Свод Статутов Казимира Великого: преемственность раннего польского законодательства и заимствования из права европейских стран» (докладчик – Р.Е. Каминский, студент Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»), «Декларация 1789 года и реализация ее идей в законодательных актах революционных лет» (докладчик – Е.А. Патрикеева, студентка Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»).

Доклады победителей представлены в настоящем номере журнала «Юрфакты».

*М.В. Антонов,
Р.Ю. Почекаев*

**Научно-теоретическая студенческая конференция
«Источники права в контексте
исторического и компаративистского анализа»,
Санкт-Петербургский филиал
Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»,
4 марта 2011 года**



АВТОРЫ
докладов, признанных лучшими в секциях конференции



Денис Ворсин



Екатерина Полякова



Елизавета Березинская



Елена Патрикеева



Роман Каминский