

ЖУРНАЛ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

№ 3(57) / 2017

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

Бондарь Н.С. Законодательные пробелы — категория конституционно-правовой дефектологии:
методология исследования, практика преодоления 7

Тристан Д.А. Объединения граждан: понятие и признаки
(в контексте правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации) 10

КОНСТИТУАЛИЗАЦИЯ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Качалов В.И. Уголовно-процессуальный институт исполнения приговора
в свете решений Конституционного Суда Российской Федерации 19

Прохоренко Д.В. Проблемы реализации модели «opting (or contracting) out» (презумпции согласия)
на изъятие трупных органов и (или) тканей в Российской Федерации 23

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Блохин П.Д. Аналогия в праве и судебный прецедент (сравнительно-правовые параллели). Часть 1 29

Редакционная коллегия:

Князев Сергей Дмитриевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, главный редактор «Журнала конституционного правосудия», Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Антонов Алексей Владиславович, заместитель главного редактора «Журнала конституционного правосудия», советник Управления международных связей Конституционного Суда Российской Федерации
Автономов Алексей Станиславович, главный научный сотрудник Института государства и права РАН, д.ю.н., проф.
Арутюнян Гагик Гарушевич, Председатель Конституционного Суда Республики Армения, д.ю.н., проф.
Бондарь Николай Семенович, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Гаджиев Гадис Абдуллаевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Казанцев Сергей Михайлович, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Кокотов Александр Николаевич, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Красавчикова Лариса Октябрьевна, судья Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Кротов Михаил Валентинович, полномочный представитель Президента Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, к.ю.н.
Ливеровский Алексей Алексеевич, заведующий кафедрой конституционного права Санкт-Петербургского государственного экономического университета, д.ю.н., проф.
Маврин Сергей Петрович, заместитель Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Несмеянова Светлана Эдуардовна, директор Института государственного и международного права Уральской государственной юридической академии, д.ю.н., проф.
Овсепян Жанна Иосифовна, заведующая кафедрой государственного (конституционного) права Южного федерального университета, д.ю.н., проф.
Сивицкий Владимир Александрович, руководитель Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации, профессор кафедры конституционного и административного права юридического факультета Санкт-Петербургского кампуса (филиала) Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», к.ю.н.
Старилов Юрий Николаевич, декан юридического факультета, заведующий кафедрой административного и муниципального права Воронежского государственного университета, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Смирнов Александр Витальевич, советник Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Страшун Борис Александрович, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.
Танчев Евгений, Председатель Конституционного суда Болгарии (в отставке), заведующий кафедрой конституционного права Софийского Университета имени Святого Климента Охридского, доктор права, проф.
Шевелева Наталья Александровна, заведующая кафедрой государственного и административного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, д.ю.н., проф.
Хохрякова Ольга Сергеевна, заместитель Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Цалиев Александр Михайлович, Председатель Конституционного Суда Республики Северная Осетия — Алания, Заслуженный юрист РФ, д.ю.н., проф.
Эбзев Борис Сафарович, судья Конституционного Суда Российской Федерации (в отставке), член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ, д.ю.н., проф.

Законодательные пробелы — категория конституционно-правовой дефектологии: методология исследования, практика преодоления

*Бондарь Николай Семенович,
судья Конституционного Суда Российской Федерации,
Заслуженный юрист Российской Федерации,
Заслуженный деятель науки Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор
bond@ksrf.ru*

В статье анализируется конституционная природа законодательных пробелов на основе анализа их онтологических, прагматических, аксиологических характеристик, и на этой основе обосновывается ее понятийная определенность как категории конституционно-правовой дефектологии. На этой основе исследуются методологические начала выявления законодательных пробелов, анализируются основные направления преодоления и устранения конституционно-дефектной противоречивости правового регулирования, в чем особая роль принадлежит Конституционному Суду Российской Федерации.

Ключевые слова: Конституционный Суд Российской Федерации, Конституция, законодательные пробелы, конституционно-правовая дефектология.

При всей многоплановости, межотраслевом характере законодательных пробелов эта проблематика представляет практический интерес для органов конституционной юстиции прежде всего в свете того, что при определенных условиях *законодательные пробелы могут приобретать качества одной из разновидностей конституционно значимых дефектов права*. В этом случае законодательная пробельность, приобретающая конституционный характер, напрямую ведет к дефициту конституционализма, хотя — попутно отмечу — конституционные дефекты, дефицит конституционализма возможны и в условиях законодательного профицита¹. Но при этом важно иметь в виду, что *речь идет о законодательном, а не правовом профиците*. Принимая во внимание нетождественность понятий «право» и «закон», следует учитывать, что в отличие от законодательства избытка права не бывает: этого не может быть ни в одном государстве и ни при каких условиях.

Учитывая весьма широкий спектр вопросов в рамках заявленной проблематики, представляется целесообразным сосредоточиться на двух основных вопросах. Это, *во-первых, методологические основы исследования законодательных пробелов*, в том числе имея в виду механизмы их выявления, преодоления, устранения как направление практической конституционной дефектологии. *Во-вторых, национальная конституционно-судебная практика как проявление судебного активизма*, нормативно и доктринально обоснованной целью которого является преодоление конституционно-дефектной пробельности правового регулирования.

1. О конституционной природе законодательных пробелов, их исследование в аспекте конституционно-правовой дефектологии

При том, что законодательные пробелы являются объектом самых различных, прежде всего общетеоретических, исследований, очевидно, что в конституционном праве могут и должны быть свои аспекты научных интересов и практических потребностей исследования данной проблематики. В связи с этим представляется обоснованным отметить, что в качестве своего рода *исходной методологической основы* их исследования могла бы стать *категория конституционно-правовой дефектологии*, в рамках которой могут рассматриваться и законодательные пробелы как разновидность таких дефектов правового регулирования, которые способны приобретать (при определенных условиях) конституционно-правовое значение.

Известно, что *само по себе понятие «дефектология»*, по крайней мере в русском языке, употребляется в достаточно конкретном, узкоцелевом варианте — как наука, изучающая закономерности развития, обучения и воспитания детей с физическими и психическими недостатками. Оставляя в стороне вопрос о возможности и необходимости изучения (необязательно — в указанном выше аспекте) недостатков... творцов законов, представляется возможным распространить понятие дефектологии на правовую жизнь, сферу правового регулирования. При этом речь должна идти, как представляется, не об общетеоретической, а о конституционно-правовой категории *конституционной дефектологии*.

¹ Уместно напомнить в связи с этим приписываемые Платону слова о том, что «в наиболее испорченном государстве наибольшее количество законов».

В самом общем приближении конституционная дефектология — наука, которая представляет собой исследование закономерностей возникновения, преодоления и устранения правовых дефектов, приобретающих конституционное значение с точки зрения оказываемого ими негативного воздействия на конституционный правовой порядок, реализацию прав и свобод человека и гражданина, функционирование институтов конституционного строя. Очевидно, что соответствующие закономерности имеют не только формально-юридическое, правовое, но и вполне определенное социальное, политическое, а порой и финансово-экономическое содержание; без учета всей совокупности этих факторов порой невозможно уяснить природу, причины появления, механизмы проявления дефектов в правовом регулировании.

Поэтому конституционная дефектология не может сводиться к одним только формально-юридическим или юридико-техническим оценкам (хотя, безусловно, они имеют свое важное значение), а ее необходимо рассматривать как комплексное, многоаспектное научно-исследовательское и прикладное направление, в рамках которого могут анализироваться различные, имеющие отношение к конституционному правопорядку, явления. Если иметь в виду конституционно-судебную практику, то здесь важно учитывать по крайней мере две разновидности дефектов:

а) конституционные дефекты правового регулирования, которые могут иметь как материально-содержательное выражение (дефектность определения концепции нормативного правового акта, его места в общей системе законодательства, логическая противоречивость и т.п.), так и быть связаны с процедурно-процессуальными пороками, относящимися к проектированию, подготовке, принятию нормативного правового акта. В этом плане не случайно Конституционный Суд РФ (далее — КС РФ) проверяет на соответствие Конституции нормативных правовых актов как по их содержанию, так и по форме, порядку подписания, принятия, опубликования или введения в действие (ст. 86 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»);

б) конституционные дефекты толкования, а также применения нормативных правовых актов. Это касается прежде всего отступлений от требования единообразия правоприменительной практики, включая судебную, что влечет конституционно значимые последствия, связанные в конечном счете с покушением на принцип правового равенства. Возможности реализации данного направления конституционной дефектологии также находят подтверждение в компетенционных полномочиях КС РФ, имея в виду, что *конституционно-судебная оценка* проверяемых нормативных правовых актов возможна (и необходима!) не только по их буквальному смыслу, но и *по правотолковательному смыслу*, придаваемому официальным и иным толкованием или сложившейся правопримени-

тельной практикой (ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). С принятием же изменений (Федеральный конституционный закон от 28 декабря 2016 г. № 11-ФКЗ²) Суд получил новые, значительно более широкие возможности устранения правотолковательных дефектов, отраслевое происхождение которых — как относящихся к толкованию норм текущего законодательства — не исключает, что такие дефекты могут приобретать конституционное значение, оказывая существенное влияние на режим правоприменения с точки зрения требований обеспечения равенства всех перед законом. Истолкование оспариваемых законоположений с учетом нормативного единства российской правовой системы, основанного на прямом действии, верховенстве и высшей юридической силе Конституции, является, по существу, основным, наиболее востребованным в конституционном правосудии средством преодоления конституционно-дефектной проблемности.

В этом плане к важным аспектам конституционной дефектологии следует отнести конституционный мониторинг правотворчества и правоприменения в целях оперативного выявления конституционных дефектов как в законодательстве, так и в практике его применения, выбор адекватных форм и способов реагирования на такие дефекты. Это предполагает необходимость комплексного, в том числе научно-экспертного, анализа как собственно юридических, так и социальных, политических, экономических и прочих факторов и обстоятельств, связанных с принятием и реализацией нормативного правового акта. Важно при этом учитывать, что конституционная природа законодательных пробелов соотносится также с тем, что они предстают, по существу, как специфические отступления от верховенства Конституции. Поэтому и вопросы их преодоления, устранения приобретают конституционное значение, и, что принципиально, они должны быть адресованы не только законодателю и правоприменителю, но и юрисдикционным органам.

Особую роль здесь играет конституционное правосудие, поскольку Конституционный Суд по своей природе «больше, чем суд», он обладает уникальным потенциалом государственно-властного воздействия на правовую систему и на все ее составляющие, включая доктринальные начала, нормативный материал, правотолковательную, правоприменительную практику³.

Сегодня становится все более очевидным, что преодоление законодательных пробелов — специфическая форма реализации не только правосознательной, охранительной, но и особой, преобразовательной функции конституционного правосудия. Конституционный Суд нередко выступает в этом случае, по существу, в качестве квазиправотворческого органа, что существенным образом повышает актуальность, практическую значимость данной проблемы, имея в виду в том числе

² См.: Федеральный конституционный закон от 28 декабря 2016 г. № 11-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета. 2017. 9 января.

³ См. об этом: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм: доктрина и практика. М.: Норма, 2016. С. 82–94.

особенности онтологических, аксиологических, праксиологических характеристик законодательных пробелов, попадающих в сферу конституционно-судебного воздействия.

2. О триединых методологических началах конституционно-судебного преодоления законодательных пробелов (онтология, праксиология, аксиология законодательных пробелов)

Особенности конституционных пробелов возможно определять прежде всего в соотношении с общетеоретической категорией законодательных пробелов, равно как и с учетом того обстоятельства, что конституционные пробелы ни в коей мере нельзя отождествлять с понятием «пробел Конституции» — даже в том случае, если не считать Конституцию беспробельной, хотя, надо подчеркнуть, подобный взгляд на конституцию весьма сомнителен: он не учитывает особенностей природы этого акта как нормативно-ценностного ядра правовой системы (в скобках отмечу, что кажущийся «пробел» текста, буквы Конституции «самопреодолевается» духом Конституции).

Что же касается природы самих по себе конституционных пробелов, то уже по своим содержательно-объемным, предметным характеристикам они могут включать в себя дефекты не только собственно конституционно-правовой, но всей системы правового регулирования. Зачастую они носят комплексный, межотраслевой и многоуровневый характер, это могут быть пробелы, относящиеся практически к любой отрасли действующего законодательства: конституционная природа пробелов может иметь место в уголовном, гражданском и любой другой отрасли права. Это и понятно, если иметь в виду, что и в материальных, и в процессуальных институтах отраслевого законодательства могут проявляться (в том числе в пробельно-конфликтной форме) интересы субъектов права, напрямую затрагивающие конституционные ценности, принципы равенства, справедливости, юридической безопасности, соразмерности ограничений прав и свобод, сбалансированности частных и публичных интересов и т.п.

В связи с этим конституционное и, соответственно, квалификационное значение для органов конституционного контроля, законодательный пробел приобретает: а) лишь *при определенных обстоятельствах, связанных с характером и уровнем нарушения системности, согласованности правовых норм, конкретными затруднениями в правоприменении в соотношении с реагированием на них в рамках инстанционной организации публичной власти, включая задействование потенциала возможностей субъектов, уполномоченных обеспечивать единообразие правоприменительной, судебной практики*; б) если с ним связываются некие *конституционно значимые последствия*, сопряженные с нарушением конституционных прав и свобод человека и гражданина, дисфункциональностью в работе институтов публичной власти, в

развитии отношений федерализма или местного самоуправления и т.п.

Конституционно значимые (а не все!) законодательные пробелы — и есть предмет конституционного правосудия. Хотя конституционные суды, как правило, не наделены специальным полномочием оценивать конституционность законодательных пробелов, в конституционно-судебной практике разных стран сложилось понимание того обстоятельства, что пробельность закона может быть актуальным основанием его проверки на конституционность, в частности, когда пробел ведет к правоприменению, нарушающему конституционные права и свободы⁴.

В этом плане исследование конституционных пробелов как разновидности законодательных дефектов, уяснение их существа и способов преодоления не может ограничиваться формально-юридическим анализом соответствующих правовых актов, это требует комплексной сущностной оценки их природы с позиции современного судебного конституционализма. В частности, конституционная природа законодательных пробелов может быть раскрыта на основе *триединых методологических начал*: онтология, праксиология, аксиология законодательных пробелов. В этом плане их конституционная природа связана с конкретными характеристиками, требующими своего уяснения и оценки в рамках конституционного правосудия.

Во-первых, в координатах *онтологии законодательных пробелов* необходим анализ *природы общественных отношений*, являющихся предметом соответствующего отраслевого регулирования, имея в виду, что такие отношения определяют своего рода «бытие» пробелов; учитывая саму природу общественных отношений, в своей основе они, как правило, опосредуются конституционными принципами, ценностями, нормами Конституции наиболее общего характера, что при внешнем, формально-юридическом восприятии может создавать эффект законодательно-отраслевой пробельности. Например, КС РФ исходит из того, что конституционное требование *необходимой полноты, согласованности урегулирования судебно-процессуальных гарантий прав и свобод* приобретает особое значение применительно к уголовному судопроизводству, объективно связанному с возможностями вмешательства в сферу свободы личности (определения от 16 декабря 2008 г. № 1076-О-П, от 5 ноября 2015 г. № 2664-О). Соответственно, оценка конституционно-дефектной пробельности в этой сфере, обусловленная самим характером уголовно-процессуальных правоотношений, предполагает использование более строгих критериев. Вместе с тем необходимо учитывать и иной онтологический аспект законодательных пробелов в рамках конституционного правосудия. Согласно Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде РФ» (ст. 68) КС РФ прекращает производство по делу, если вопрос, разрешаемый законом, иным нормативным актом, конституционность которых предлагается прове-

⁴ См. об этом: Бондарь Н.С., Чепенко Я.К. Пробелы в конституционном механизме реализации прав и свобод (практика Конституционного Суда Российской Федерации по их преодолению) // Журнал конституционного правосудия. 2016. № 4 (52). С. 8–16.

ритель, не получил разрешения в Конституции или по своему характеру и значению не относится к числу конституционных. Это в равной мере относится и к оценке ситуаций, связанных с оспариванием нормативных правовых актов вследствие отсутствия в них необходимой полноты правового регулирования. В частности, это может касаться правового регулирования административных процедур. Так, в Определении от 20 марта 2007 г. № 221-О-О КС РФ пришел к выводу, что вопрос об условиях правомочности заседания специализированного совета по защите диссертаций и принятия им положительного решения о присуждении ученой степени не получил разрешения в Конституции, по своему характеру и значению не относится к числу конституционных и, таким образом, не может быть предметом рассмотрения КС РФ, в том числе — как претендующий на некую пробельность правового регулирования, имеющую конституционное значение.

Во-вторых, решение вопроса об отнесении законодательного пробела к сфере конституционно-судебного нормоконтроля предполагает, в том числе, *необходимость выявления оценочных (аксиологических) начал в ситуации законодательных пробелов и их квалификации на этом основании в качестве конституционных как затрагивающих конституционно значимые ценности и интересы субъектов соответствующих отношений.* Ведь законодательный пробел становится конституционным не просто в силу своего формально-юридического «происхождения» (имея в виду, что пробельностью обладает нормативный правовой акт, являющийся источником конституционного права, хотя это тоже может иметь место), но для констатации наличия *конституционного пробела* важно уяснение его социальных и юридических ценностных характеристик и последствий — как для состояния урегулированности общественных отношений, так и оценки степени (уровня) негативных последствий, причиняемых таким пробелом субъектам права.

Если, например, в отраслевом нормативном правовом акте отсутствует надлежащая регламентация (гарантия) конституционного требования равенства и эта ситуация будет квалифицирована как законодательный пробел, независимо от его отраслевой принадлежности (налогового, гражданского, уголовного законодательства и т.п.), он приобретает конституционный характер в силу того, что с его наличием может быть связано претерпевание конституционно значимых ценностей, нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина. Так, например, в Постановлении КС РФ от 17 июня 2014 г. № 18-П было признано неконституционным положение ч. 4 ст. 222 УК РФ, предусматривающее уголовную ответственность за незаконный сбыт холодного оружия, в той мере, в какой — в системе сохраняющего неопределенность правового регулирования оборота холодного оружия, имеющего культурную ценность, приводящую к его произвольному истолкованию и применению, — данное законоположение не предполагает возможность учета специфики использования такого оружия и не позволяет лицу, желающему реализовать его как

предмет, имеющий культурную ценность, осознавать общественно опасный и противоправный характер своих действий, а также предвидеть их уголовно-правовые последствия. В Постановлении от 21 октября 2014 г. № 25-П КС РФ признал противоречащими Конституции отдельные положения УПК РФ в той мере, в какой этими положениями в системе действующего правового регулирования не предусматривается надлежащий правовой механизм, применение которого позволяло бы эффективно защищать в судебном порядке права и законные интересы лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми или гражданскими ответчиками по уголовному делу, право собственности которых ограничено чрезмерно длительным наложением ареста на принадлежащее им имущество, предположительно полученное в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого. Законодателю было поручено внести в действующее правовое регулирование изменения, направленные на ограничение срока (продолжительности) применения наложения ареста на имущество, разумность и необходимость которого должны определяться судом в процедурах, обеспечивающих предоставление собственникам арестованного имущества процессуальных прав, необходимых для защиты их права собственности от необоснованного или чрезмерно длительного ограничения.

В-третьих, конституционная природа законодательных пробелов определяет *особенности праксиологической методологии, подлежащей применению при анализе практики реализации соответствующих норм в связи с выявлением, преодолением, восполнением пробелов.*

Соответствующая практика в ситуации регулятивной пробельности может, очевидно, как акцентировать (и даже умножать) дефектность правового регулирования, приводить к нарушению конституционных прав, так и, напротив, обеспечивать преодоление пробелов. К примеру, КС РФ был воспринят выработанный Европейским Судом по правам человека подход, согласно которому практика, складывающаяся в связи с законодательным пробелом и в соответствии с которой лицо заключается под стражу на неопределенный срок, противоречит одному из фундаментальных принципов правового государства — принципу правовой определенности (Постановление КС РФ от 6 декабря 2011 г. № 27-П).

Вместе с тем КС РФ исходит из того, что в судебной практике должно обеспечиваться конституционное истолкование подлежащих применению нормативных положений; и хотя механизм действия закона должен быть понятен субъектам соответствующих правоотношений прежде всего из содержания конкретного нормативного положения или системы находящихся во взаимосвязи нормативных положений, не исключаются случаи, когда необходимая степень полноты правового регулирования может быть достигнута путем выявления более сложной взаимосвязи правовых предписаний, в том числе на основе формирования высшим судом обобщения судебной практики применительно к конкретной сфере общественно-

ных отношений и с учетом особенностей реализуемых прав и законных интересов граждан (постановления от 25 июня 2015 г. № 16-П, от 8 ноября 2016 г. № 22-П и др.). Так, в Постановлении от 23 сентября 2014 г. № 24-П КС РФ установил, что хотя административно-деликтное и иное отраслевое законодательство не содержит дефиниции понятия «пропаганда», судебные и правоприменительные органы при применении административной ответственности за пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних должны учитывать разъяснения, сформулированные в отношении этого понятия Верховным Судом РФ, а именно что это понятие предполагает активные публичные действия по формированию в сознании установок и (или) стереотипов поведения либо деятельность, имеющую цель побудить или побуждающую лиц, которым она адресована, к совершению каких-либо действий или к воздержанию от их совершения, в связи с чем запрет пропаганды нетрадиционных сексуальных отношений не препятствует реализации права получать и распространять информацию общего, нейтрального содержания о нетрадиционных сексуальных отношениях, проводить публичные мероприятия в предусмотренном законом порядке, в том числе открытые публичные дебаты о социальном статусе сексуальных меньшинств, не навязывая их жизненные установки несовершеннолетним как лицам, не способным в силу возраста самостоятельно критически оценить такую информацию.

Основное методологическое значение в аспекте праксиологии конституционной пробельности имеет характер (тип) конституционного понимания, т.е., иными словами, вытекающие из самой конституции характеристики понимания существа права, которое и является критерием, применяемым при оценке пробелов в законодательстве. В этом плане важно учитывать, что и в онтологическом, и в праксиологическом измерении выявление, исследование законодательных пробелов возможно исключительно на основе присущей Конституции России методологии философско-правового плюрализма, предполагающего сочетание юридикто-позитивистских и естественно-правовых начал. Примечательно, что еще И.А. Ильиным была подмечена утрата веры в спасительный методологический монизм и переход к принципиальному признанию методологического плюрализма⁵. Отсюда — методологическая позиция в анализе правовых пробелов, ориентированная различением права и закона и необходимостью формирования в конечном итоге как можно более полного выражения права именно в законе (в широком смысле этого слова), поскольку закон призван обеспечить формальную определенность права, необходимую полноту его нормативного выражения, его единообразное понимание и применение. Это предполагает также необходимость понимания того, что оценка пробела в координатах самой по себе буквы закона, в отрыве от естественно-правовых идей добра и справедливости, достоинства личности, без учета каталога обще-

признанных естественных прав человека изначально может оказаться ущербной: вполне возможны ситуации, когда формально-юридический (текстовый) пробел нормативного правового акта на практике, в процессе реализации соответствующего акта может быть восполнен нормативным материалом естественно-правового характера, в том числе имеющим международно-правовое признание. К примеру, в Определении КС РФ от 3 июля 2008 г. № 734-О-П, принятом в период, когда в законодательстве отсутствовал специальный правовой механизм компенсации вреда в связи с несвоевременным исполнением судебных решений, КС РФ установил, что выявленный им соответствующий законодательный пробел, наличие которого приводит к нарушению конституционных прав граждан, может быть впредь до введения специального правового регулирования восполнен путем толкования и применения в судебной практике общих положений об ответственности государства за вред, причиненный незаконными действиями (бездействием) государственных органов, должностных лиц, иных публичных образований в свете обязательств, вытекающих из Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Соответственно, КС РФ признает *важное значение для преодоления конституционно значимых законодательных пробелов так называемых неформальных источников права*, активно оперирует в этом плане общими принципами права, конституционными принципами и ценностями, вытекающими, в том числе, из естественных прав человека и самого духа Конституции. КС РФ не раз указывал на то, что в соответствии с этими конституционными ценностями и принципами права должны находиться (регулироваться, применяться, истолковываться), в частности, как права и свободы человека и гражданина, так и законодательные механизмы, действующие в сфере публичной власти.

Так, опираясь на конституционные ценности правосудия и свободных выборов, которые должны действовать согласованно, КС РФ в Постановлении от 26 июня 2014 г. № 19-П пришел к выводу, что отсутствие в действующем законодательстве специальных норм, непосредственно регулирующих порядок самороспуска представительного органа муниципального образования, включая обжалование в судебном порядке такого рода решений и их правовые последствия в связи с необходимостью безотлагательного проведения досрочных выборов, не может ставить под сомнение необходимость гарантирования судебной защиты прав депутатов представительного органа, принявшего решение о самороспуске, и вместе с тем соответствующие судебные процедуры, касающиеся проверки законности решения о самороспуске, должны быть в любом случае завершены до наступления назначенной с учетом установленных законом кратчайших сроков даты проведения досрочных выборов в данный представительный орган нового созыва. Тем самым КС РФ на основе названных конституционных ценностей преодолел вызванную неполнотой правового регулирования

⁵ См.: Ильин И.А. Понятия права и силы (Опыт методологического анализа) // Ильин И.А. Собр. соч. : в 10 т. М., 1994. Т. 4. С. 9–10.

ситуацию, при которой судебное решение о признании незаконным акта представительного органа о самороспуске вступает в силу после избрания представительного органа нового созыва, что делает неопределенными как возможности реального восстановления нарушенных прав депутатов прежнего созыва, так и правовой статус вновь избранного представительного органа.

Другим примером может служить Постановление КС РФ от 31 марта 2015 г. № 6-П. Оценивая законодательное регулирование, на основании которого решался вопрос о возможности судебной проверки актов Федеральной налоговой службы, содержащих разъяснения по вопросам, связанным с применением налоговыми органами норм налогового законодательства, КС РФ пришел к выводу, что ни основания и условия, ни процессуальный порядок оспаривания заинтересованными лицами такого рода актов, фактически обладающих нормативными свойствами, четко в законодательстве не установлены, что препятствует эффективному судебному оспариванию таких актов и ухудшает положение подпадающих де-факто под их действие лиц в связи с ненадлежащей нормотворческой деятельностью государства. Поскольку такое снижение уровня гарантий судебной защиты прав этих лиц по сравнению с лицами, оспаривающими акты, имеющие официальный, формализованный нормативный статус, нельзя признать справедливым и соразмерным, КС РФ констатировал, что выявленный им пробел в правовом регулировании приобретает конституционное значение.

Это обязывает КС РФ принимать решение исходя из того, что *отсутствие необходимого (законодательно установленного) механизма не может приостанавливать реализацию вытекающих из Конституции прав и законных интересов граждан*. В соответствии с этим КС РФ, исходя из конституционных ценностей приоритета прав человека и их универсального гарантирования посредством правосудия, признал противоречащим Конституции законоположение, не допускающее разрешение судом административных дел об оспаривании таких актов Федеральной налоговой службы, которые не соответствуют формальным требованиям, предъявляемым к нормативным правовым актам федеральных органов исполнительной власти, по форме, субъекту и порядку принятия, регистрации и опубликования, но при этом содержат обязательное для всех налоговых органов разъяснение (нормативное толкование) налоговых законоположений, которое может противоречить их действительному смыслу и тем самым нарушать права налогоплательщиков. Федеральному законодателю было поручено восполнить этот пробел, а впредь до внесения в действующее правовое регулирование надлежащих изменений КС РФ постановил рассмотрение дел об оспаривании таких актов Федеральной налоговой службы осуществлять в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством для оспаривания нормативных правовых актов.

В этом, последнем, примере отчетливо проявляется важная для оценки правовых пробелов с позиций конституционной дефектологии идея о

том, что *в основе выявления, преодоления, устранения конституционных пробелов лежит в конечном итоге прямое действие Конституции в режиме ее верховенства*; именно в этом состоит исходное логическое основание для снятия конституционно-дефектной пробельности в отраслевом законодательстве посредством конституционной юстиции.

Весьма показательным в этом плане является, в частности, Определение КС РФ от 18 сентября 2014 г. № 1828-О, вынесенное в связи с жалобой осужденной, чье заявление в суд, в котором оспаривался отказ применения к ней акта об амнистии, было возвращено без рассмотрения с указанием на то, что такой отказ не подлежит обжалованию в судебном порядке. Проанализировав действующее правовое регулирование, КС РФ установил, что действительно какой-либо специальный механизм судебного обжалования решений уполномоченных органов, за исключением органов предварительного расследования и суда, по вопросам об освобождении от уголовной ответственности и от наказания в связи с амнистией не предусмотрен. Тем не менее Суд констатировал, что наличие данного пробела не позволяет само по себе толковать положения действующего законодательства как препятствующие обжалованию в суд таких решений и рассмотрению по существу соответствующих обращений, поскольку восполнение пробелов в законодательном регулировании общественных отношений (как и правоприменение в целом) требует от судов учета нормативного единства российского права, в системе которого Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие. Следовательно, *при наличии пробела в вопросах процедуры судебного обжалования решения должностного лица должна применяться — впредь до принятия нормативного правового акта, регулирующего эти вопросы, — непосредственно ст. 46 Конституции РФ*, которая гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод. Каких-либо исключений из этого конституционного принципа ни Конституция РФ, ни действующее законодательство не допускают.

Таким образом, непосредственное применение Конституции, обращение к конституционной аксиологии, а также к конституционным принципам и ценностям, в том числе в их нормативной связи с общепризнанными принципами и нормами международного права, можно рассматривать как *триединое методологическое основание преодоления конституционных пробелов*.

3. Конституционно-судебное преодоление законодательных пробелов как обоснованное проявление судебного активизма: способы, предпосылки, пределы

В свете конституционно-правовых дефектов и деятельности КС РФ по преодолению их отдельных форм проявления, включая неполноту, пробельный характер правового регулирования, существует, надо признать, целый ряд, комплекс непростых проблем, относящихся к различным сторонам не только компетенционных начал деятельности КС РФ, форм и методов конституционно-судебного преодоления пробелов, но и во-

просов, связанных, например, с допустимостью оценки закона на его конституционность в связи с пробельностью, возможность дать рекомендации законодателю по их преодолению и т.д.

В этом находит свое отражение тот факт, что с преодолением законодательных пробелов практически всегда в той или иной мере связан вопрос о возможных пределах осуществления судебного активизма. Судебный активизм обычно соотносится, а чаще всего — противопоставляется судебной сдержанности. Думается, их противопоставления вполне можно избежать, если, в частности, иметь в виду, что судебный активизм ни в какой мере не должен быть связан с некими политическими факторами деятельности Суда. И судебная сдержанность, и судебный активизм в одинаковой мере должны быть ориентированы на то, что в основе деятельности лежат исключительно вопросы права. Не подменяя законодателя, КС имеет возможность (и обязан!) доступными ему конституционно-правовыми, нормоконтрольно-интерпретационными и иными средствами влиять на конституционно значимые ситуации законодательной пробельности. *В основе же такого рода судебного активизма должны лежать не формально-юридические начала, с которыми была бы связана констатация факта пробельности закона, а своего рода юриспруденция ценностей, в основе которой — оценка соответствующей ситуации на основе взвешивания того, каковы параметры законодательного пробела, какие ценности и интересы тех или иных субъектов права затрагиваются и какова «цена» преодоления этого пробела: достаточно, например, усилий КС или должен включиться и законодатель и т.п.* В этом плане конституционно-судебная деятельность, связанная с преодолением законодательных пробелов, вполне может (и должна) соотноситься с универсальным для конституционного правосудия принципом пропорциональности, в основе которого как раз и возможен поиск пределов судебного активизма в данной сфере конституционного правосудия.

Что же касается самого по себе тезиса о том, что конституционно-судебное преодоление законодательных пробелов есть проявление судебного активизма, то в его основе лежит уже то обстоятельство, что *сама по себе постановка вопроса о наличии пробела в законе не образует допустимости обращения в Суд.* Впервые такой вывод КС РФ сделал в Определении от 11 июля 1996 г. № 94-О. В последующем данная правовая позиция не только была подтверждена с точки зрения решения вопроса о допустимости (подведомственности) таких обращений, но она получила развитие в следующих положениях и выводах, имеющих относительно самостоятельное значение: а) сама по себе пробельность правового регулирования не связана с вопросом конституционности⁶; б) возникновение существенного пробела в законодательстве в связи

с возможным признанием оспариваемых законоположений неконституционными, если это может повлечь нарушения конституционных прав и свобод человека и гражданина, должно служить основанием для признания жалобы недопустимой⁷; в) возникновение в случае признания оспариваемых законоположений неконституционными существенного пробела в правовом регулировании, образующего угрозу для нарушения прав и свобод граждан, обязывает КС РФ воздерживаться от признания неконституционности таких положений⁸.

Вывод Суда о том, что сам по себе правовой пробел не свидетельствует о допустимости запроса, подкрепляется правовой позицией принципиального значения, которая сводится к тому, что *восполнение пробелов в правовом регулировании, понимаемое как принятие отсутствующих актов, не относится к компетенции КС РФ и является прерогативой законодателя.* Важно подчеркнуть, что в данном случае речь идет именно о *восполнении пробелов* как сфере законодательной компетенции; КС РФ же призван *преодолевать пробелы* специфическими способами конституционного контроля. Таким образом, из правовых позиций КС РФ вытекает, что «восполнение» и «преодоление» пробелов — понятия близкие, взаимосвязанные, но не тождественные. В одном из определений прямо указывается на этот счет: **«Восполнение пробелов** в правовом регулировании и уточнение тех или иных формулировок, содержащихся в законе, является прерогативой законодателя и не относится к полномочиям Конституционного Суда РФ»⁹ (выделено мною. — Н.Б.). В этом — яркое подтверждение сочетания судебной активности с очевидной судебной сдержанностью, что вытекает из самого характера, природы решаемых в данном случае КС РФ вопросов (законодательной пробельности). Эти же принципы конституционного правосудия, основанные на сочетании судебного активизма со сдержанностью, находят свое проявление и в конкретных способах реагирования КС РФ на выявленный законодательный пробел: они могут быть различными, весьма гибкими, что предполагает необходимость использования всего доступного конституционному правосудию правового инструментария.

Во-первых, КС РФ может дисквалифицировать составляющие предмет его проверки законоположения в связи с их пробельностью, если соответствующий дефект носит фундаментальный, структурный характер. Так, в период 2013–2015 гг. КС РФ было вынесено 10 постановлений, содержащих подобный вывод. В частности, это касалось таких ситуаций, как:

— отсутствие в законодательстве регулирования вопроса применения к юридическим лицам административных взысканий ниже низшего предела, в связи с чем невозможно во всех случаях в полной мере учесть характер совершенного административного правонарушения¹⁰;

⁶ См.: Постановление КС РФ от 16 октября 1997 г. № 14-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

⁷ См.: Постановление КС РФ от 3 ноября 1998 г. № 25-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

⁸ См.: Постановление КС РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

⁹ См.: Определения КС РФ от 12 мая 2005 г. № 127-О, от 3 июля 1997 г. № 87-О и др. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁰ См.: Постановление КС РФ от 17 января 2013 г. № 1-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

— норма материального права не снабжена правовым механизмом реализации — процедурой ее применения¹¹;

— невозможность применения принудительных мер медицинского характера в отношении лиц, совершивших в состоянии невменяемости запрещенное уголовным законом деяние, отнесенное к преступлениям небольшой тяжести, и при этом по своему психическому состоянию представляющих опасность для себя или окружающих¹²;

— введение правоограничительных мер без установления срока их действия (бессрочно) и, соответственно, без дифференциации срока их действия¹³ и др.

Во-вторых, КС РФ может выявить позитивный, соответствующий Конституции, смысл проверяемого законоположения и тем самым преодолеть конституционно-дефектную пробельность средствами интерпретации. Общий методологический подход КС РФ в данном случае состоит в том, что если в результате судебного применения норм в конкретном деле им был придан неконституционный смысл, КС РФ, проявляя разумную сдержанность, вправе — не удаляя саму оспариваемую заявителем норму из правовой системы, поскольку это может существенно повлиять на ее функционирование в целом и создать трудности в правоприменении, в частности обусловленные повышением уровня пробельности правового регулирования, — устранить неопределенность в интерпретации данной нормы с точки зрения ее соответствия Конституции, признав не противоречащей Конституции в выявленном в результате конституционного судопроизводства конституционно-правовом смысле и, следовательно, определив конституционные условия ее действия и применения, за пределами которых норма утрачивает свою конституционность¹⁴.

Один из недавних примеров — Постановление КС РФ от 20 июля 2016 г. № 17-П, посвященное вопросу об отсутствии в уголовно-процессуальном законодательстве специальных положений о статусе лица, уголовное дело в отношении которого было выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве. В данном решении КС РФ, в частности, пришел к следующему заключению: «...факт недостаточной определенности в действующем уголовно-процессуальном законодательстве статуса участника производства по уголовному делу сам по себе не предопределяет вывод о наличии оснований для признания соответствующего регулирования противоречащим Конституции Российской Федерации, тем более если средствами конституционно-правового истолкования представляется возможным установить наличие соответствующих гарантий прав как самого этого лица, так и иных лиц в рассматриваемых правоотношениях».

Конституционно-дефектная пробельность может проявляться в правовом регулировании независимо от сферы предметного охвата.

Так, если говорить о *ситуациях правового пробела, оказывающего воздействие на правовой статус личности*, можно сослаться, в частности, на Постановление КС РФ от 16 июля 2015 г. № 22-П. В этом решении была выявлена конституционно-дефектная пробельность, связанная с отсутствием в действующем законодательстве правил, которые однозначно определяли бы, каким должно быть перемещение сильнодействующих веществ, входящих в состав лекарственных средств и не являющихся наркотическими средствами, через Государственную границу Российской Федерации, не подпадающее под критерии противозаконного. В итоге наличие такого пробела препятствовало конституционному применению нормы уголовного права, устанавливающей ответственность за контрабанду сильнодействующих веществ, поскольку не предполагалась возможность учета специфики перемещения таких веществ, осуществляемого физическими лицами в целях личного использования, и эти лица не могли осознавать общественно опасный и противоправный характер своих действий и предвидеть их уголовно-правовые последствия.

Что касается *конституционных пробелов в сфере публичной власти*, то это может быть связано, например, с использованием законодателем широких смысловых конструкций для описания общей компетенции того или иного уровня публичной власти без сопровождения их специальными определениями в соответствующем отраслевом законодательстве, что не позволяет четко установить субъект, ответственный за реализацию конкретной отраслевой функции и связанных с ней финансовых обязательств. Так, термин «организация», использованный законодателем для описания общих функций местного самоуправления в сфере обращения с отходами, на практике получил, в частности, такое толкование, при котором на органах местного самоуправления лежит вся полнота ответственности в этой области, и Конституционный Суд столкнулся с необходимостью преодоления пробельности законодательства в этой части через уточнение разграничения полномочий между субъектом РФ и муниципальным образованием¹⁵.

Другой пример — Постановление КС РФ от 17 февраля 2015 г. № 2-П, в рамках которого Суд столкнулся с ситуацией пробельности в регулировании *порядка реализации полномочий прокуратуры по проведению проверок исполнения законов, в том числе некоммерческими организациями*. При этом Суд дифференцированно подошел к оценке оспариваемых законоположений: одни — истолковал, преодолев дефицит правового регулирования посредством конституционно-интерпретационного выявления системных, глубинных связей; другие — признал неконституционными, поскольку ис-

¹¹ См.: Постановление КС РФ от 21 марта 2013 г. № 6-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹² См.: Постановление КС РФ от 21 мая 2013 г. № 10-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹³ См.: Постановление КС РФ от 10 октября 2013 г. № 20-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁴ См.: Постановление КС РФ от 7 ноября 2012 г. № 24-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁵ См.: Постановление КС РФ от 5 июля 2016 г. № 15-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

толкование означало бы создание, по сути, новой нормы, а именно — это касалось отсутствия установленных в законе общих (предельных) сроков проведения органами прокуратуры проверки, а также сроков исполнения требований прокурора.

КС РФ выработал правовые позиции, определяющие сам *порядок, способы преодоления пробельности в процессе правоприменительной деятельности*. К ним относятся следующие конституционно-судебные положения:

а) устранение противоречивой пробельности законодательства должно осуществляться путем *прямого применения норм Конституции РФ*¹⁶;

б) преодоление пробелов путем толкования и применения к конкретным ситуациям соответствующих общих положений, относящихся к данной отрасли, институту¹⁷;

в) устранение пробелов в законодательстве возможно путем *применения аналогии*¹⁸. КС РФ прямо указывал на то, что сами законоположения, допускающие применение законодательства по аналогии, направлены на исключение пробелов в правовом регулировании, а в конечном итоге — на защиту интересов участников соответствующих правоотношений¹⁹. В одном из решений КС РФ дал развернутую характеристику данного способа преодоления пробельности: «**Применение аналогии закона обусловлено необходимостью восполнения пробелов в правовом регулировании** тех или иных отношений. Закрепление подобного права... вытекает из принципа самостоятельности судебной власти и является одним из проявлений дискреционных полномочий суда, необходимых для осуществления правосудия, поскольку невозможность применения норм права по аналогии при наличии неурегулированных отношений привела бы к невозможности защиты прав граждан и, в конечном итоге, к ограничению их конституционных прав»²⁰;

г) пробелы могут восполняться путем *прямого применения норм международно-правовых актов*. В силу ст. 15 (ч. 4) Конституции РФ соответствующие акты являются составной частью правовой системы Российской Федерации и «подлежат применению во всех случаях, когда ими устанавливаются иные правила, нежели предусмотренные законом, в том числе если внутреннее законодательство не содержит ни противоречащих этим правилам, ни корреспондирующих им предписаний, т.е. **фактически при наличии пробела**»²¹;

д) КС РФ указал также на допустимость устранения пробелов в законодательстве путем «*указного*» *нормотворчества* — «при условии, что такие указы не противоречат Конституции РФ и феде-

ральным законам, а их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих законодательных актов»²².

Важно обратить внимание на правовые позиции КС РФ, определяющие своего рода *правила восполнения пробелов, связанных с признанием опасных законоположений неконституционными*. К ним относятся, в частности:

а) обязанность правоприменительных органов руководствоваться в процессе преодоления правовых пробелов действующим законодательством в его конституционном истолковании. При этом КС РФ исходит из того, что при выявлении в процессе рассмотрения конкретного дела признаков того, что на подлежащие применению в этом деле нормы правового акта распространяется правовая позиция КС РФ, ранее сформулированная в отношении подобных нормативных положений, содержащихся в иной части текста того же правового акта либо в другом нормативном правовом акте, и соответственно, что эти нормы должны истолковываться и применяться с учетом выработанных КС РФ требований, суд общей юрисдикции, арбитражный суд не вправе оставить это обстоятельство без внимания и обязан в случае, если придет к выводу о невозможности самостоятельно решить вопрос о том, является ли подлежащая применению норма по своей сути такой же, как та, конституционно-правовое истолкование которой дано КС РФ, обратиться в КС РФ с запросом о проверке конституционности подлежащих применению в конкретном деле нормативных положений²³. Одновременно существует обязанность федерального законодателя принять федеральный закон в порядке устранения правового пробела²⁴;

б) возможность преодоления пробелов в правовом регулировании порядка реализации конституционных прав в рамках правоприменительной деятельности может оказаться недостаточной для надлежащего обеспечения конституционных прав и свобод²⁵;

в) пробел, возникший в результате признания норм неконституционными, может быть временно восполнен системным действием общих принципов Конституции РФ и положений отраслевого законодательства²⁶;

г) возникновение пробела при признании норм неконституционными может служить основанием для установления особенностей исполнения решения КС РФ в части отсрочки его введения в действие²⁷.

Таковы лишь некоторые вопросы преодоления конституционно-конфликтной пробельности правового регулирования в свете теории и практики конституционного правосудия.

¹⁶ См.: Постановление КС РФ от 31 июля 1995 г. № 10-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁷ См.: Определение КС РФ от 3 июля 2008 г. № 734-О-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁸ См.: Постановление КС РФ от 28 ноября 1996 г. № 19-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

¹⁹ См.: Постановление КС РФ от 24 марта 2015 г. № 5-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

²⁰ См.: Определение КС РФ от 16 марта 2006 г. № 76-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

²¹ См.: Определение КС РФ от 6 марта 2001 г. № 79-О. URL: <http://www.ksrf.ru>

²² См.: Постановления КС РФ от 30 апреля 1996 г. № 11-П; от 30 апреля 1997 г. № 7-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

²³ См.: Постановление КС РФ от 26 апреля 2016 г. № 13-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

²⁴ См.: Постановление КС РФ от 28 октября 1999 г. № 14-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

²⁵ См.: Постановление КС РФ от 23 марта 2000 г. № 4-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

²⁶ См.: Постановления КС РФ от 16 мая 2000 г. № 8-П; от 15 января 2002 г. № 1-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

²⁷ См.: Постановления КС РФ от 14 июля 2005 г. № 8-П; от 28 февраля 2006 г. № 2-П. URL: <http://www.ksrf.ru>

Объединения граждан: понятие и признаки (в контексте правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации)

*Тристан Дмитрий Александрович,
аспирант кафедры конституционного
и административного права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»
tristan-dima@mail.ru*

Статья посвящена проблемам выявления конституционно-правовых признаков объединений граждан и определения на основе этих признаков понятия объединений, формируемых в результате реализации конституционного права на объединение. Основной целью проведенного исследования является установление круга тех сообществ, которые в действительности имеют статус объединений граждан и обладают вытекающей из него конституционной правосубъектностью, в том числе исходя из практики Конституционного Суда. Разрешение указанной проблемы направлено на поиск оптимальной оценки сформировавшейся практики Конституционного Суда по вопросу об определении круга объединений, являющихся надлежащими субъектами конституционной жалобы, и позволяет автору в дальнейшем обозначить необходимые изменения в законодательство о конституционном судопроизводстве.

Ключевые слова: Конституционный Суд, объединение граждан, субъекты права на обращение в Конституционный Суд, конституционная жалоба.

В литературе не часто встречаются авторские формулировки понятия «объединение граждан». Это обусловлено относительно небольшим количеством работ, посвященных анализу и разработке теории правового статуса объединений граждан как максимально широкой категории в пределах действия ст. 30 Конституции РФ. Основной массив научных трудов, в которых формулируются понятия институтов, формирующихся на основе реализации конституционного права на объединение, посвящен анализу понятия общественного объединения или его разновидностей, т.е. более узких категорий. Поэтому задачей настоящего исследования является установление тех конституционно-правовых признаков, которым должно отвечать каждое объединение граждан, возможность создания и функционирования которого гарантируется ст. 30 Конституции РФ¹.

Среди конституционалистов — исследователей правового статуса объединений граждан отсутствует единство во мнениях относительно понятия объединения и его отличительных признаков, хотя во многом подходы авторов схожи.

А.В. Маркитантов понимает под негосударственным объединением коллективное, добровольное, самоуправляемое, формально (организационно оформленное) образование, создаваемое для реализации совместных потребностей граждан посредством постоянной общественно полезной деятельности. Автор выделяет следующие качественные признаки негосударственных объединений: общественно полезные цели, коллективная основа, организационный статус, постоянно возобновляемый характер деятельности, добровольность и самоуправляемость. Исходя из анализа научной работы А.В. Маркитантова, можно также констатировать выделение им такого отличительного признака, как негосударственный характер объединений².

Распространяя право на объединение на максимально широкий круг добровольных объединений, в качестве признаков объединения А.А. Алиев называет: коллективный характер; добровольность; наличие общих целей у объединившихся; общественная полезность целей объединения; законность создания и деятельности; четко выраженная организационная структура³.

¹ В данной статье автор рассматривает только те объединения граждан, которые являются институциональным результатом реализации гражданами конституционной свободы объединения и, соответственно, подпадают под действие ст. 30 Конституции РФ. При этом другие формы содеятельности граждан, которые также могут быть названы объединением (например, государство, субъект федерации, нация), автор не исследует.

² Маркитантов А.В. Негосударственные объединения в Российской Федерации: теория и практика конституционно-правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 9–18.

³ Алиев А.А. Защита права на объединение в Конституционном Суде Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 10–31.

Отличительными чертами объединения граждан, по мнению Н.А. Любутова, являются: добровольность волеизъявления лица при создании нового, вступления в существующее и выходе из объединения; наличие у учредителей, членов или участников объединения общих целей и интересов, реализуемых посредством конституционного права на объединение; личный характер участия членов в деятельности объединения; негосударственный характер объединения; организационное единство; законность создания и деятельности объединения⁴.

По мнению Д.А. Малого, для объединений граждан характерны следующие признаки: добровольный характер; наличие общих целей и интересов у объединившихся; законность целей создания и деятельности; участие в объединении как минимум двух лиц; формальная определенность; постоянный характер⁵.

Наличие существенных противоречий в позициях авторов относительно понятия объединения граждан и его качественных характеристик влечет за собой и серьезные различия во взглядах на то, относятся ли к объединениям граждан те или иные организации и сообщества⁶.

Очевидно, что первостепенное значение для определения границ понятия «объединение», а также видов объединений, создаваемых в результате реализации конституционного права на объединение, имеет установление признаков, характерных для этих формирований.

Анализ свободы объединения и правоприменительной практики позволяет нам выделить следующие конституционно-правовые признаки, которыми должно обладать объединение граждан: 1) добровольность; 2) участие в объединении не менее чем двух лиц; 3) наличие общих целей и интересов; 4) формальная организация (организационное единство); 5) законность создания и деятельности.

Признак *добровольности* предполагает, что создание и деятельность объединения граждан могут осуществляться только в результате свободного волеизъявления участников соответствующих правоотношений. Действия по созданию объединения, вступлению в его ряды, выходу из него, деятельность самого объединения и участие в его деятельности членов соответствующего объединения должны быть осознанными, свободными и самостоятельными.

Хотя ст. 30 Конституции РФ напрямую не оперирует термином «добровольность», эта неотъемлемая черта объединения основана не только на той константе, что любое субъективное право реализуется в добровольном порядке, но и со всей

очевидностью прослеживается в указанной статье в связи с использованием таких формулировок, как «никто не может быть принужден». Добровольность пронизывает все отношения, связанные с созданием и деятельностью объединения граждан, тогда как ее отсутствие, принуждение к вступлению в соответствующие правоотношения исключают возможность отнесения такой организации к числу объединений, формируемых в результате осуществления свободы объединения.

Важно также понимать, что подлинная реализация принципа добровольности в формировании и функционировании объединений должна не просто внешне обеспечиваться государством и проявляться в формальном запрете на прямое принуждение к вступлению и пребыванию в объединении, но также не должно допускаться и косвенное добровольно-принудительное членство в объединении, которое может формально или неформально выражаться в прямой зависимости от такого членства при получении тех благ и преимуществ, доступ к которым в правовом, демократическом и социальном государстве должен быть в равной мере обеспечен каждому, вне зависимости от членства в каком бы то ни было объединении. Государство не должно порицать и пресекать инакомыслие⁷.

Признак добровольности предполагает и отсутствие принуждения объединения к совершению определенных действий или воздержанию от совершения действий со стороны иных лиц, не принимающих участия в деятельности объединения, и в первую очередь со стороны государства.

В Постановлении от 3 апреля 1998 г. № 10-П Конституционный Суд Российской Федерации (далее — Суд, Конституционный Суд РФ) сформулировал следующую правовую позицию: «Из смысла и содержания части 2 статьи 30 Конституции РФ вытекает невозможность принуждения к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем. Любое объединение, его структура и организационно-правовые формы управления им должны быть основаны на *личной инициативе, добровольном волеизъявлении* и, следовательно, на *добровольном членстве* в таком объединении»⁸.

В нормативных правовых актах, регулирующих правовое положение различных видов объединений, признак добровольности закрепляется напрямую. К примеру, согласно ст. 5 Федерального закона от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» под общественным объединением понимается именно добровольное формирование⁹.

⁴ Любутов Н.А. Конституционное право граждан на объединение: правовая природа и механизм реализации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 8.

⁵ Малый Д.А. Конституционное право на объединение в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002. С. 3–21.

⁶ В частности, ниже наглядно будет показано, что некоторые авторы исключают из числа объединений коммерческие организации. Признание правоты этих авторов, на наш взгляд, является серьезной угрозой для стабильности правопорядка и обеспечения прав и свобод.

⁷ История знает печальные примеры добровольно-принудительного членства в провластных политических партиях, встроенных в систему государственного управления (Коммунистическая партия в СССР, НСДАП в Германии).

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 3 апреля 1998 г. № 10-П // Российская газета. 1998. 15 апреля.

⁹ Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (ред. от 02.06.2016) // Российская газета. 1995. 25 мая; 2016. 6 июня. В соответствии со ст. 8 Федерального закона от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях» деятельность политических партий основывается на принципах добровольности, равноправия, самоуправления, законности и гласности. Политические партии свободны в определении своей внутренней структуры, целей, форм и методов деятельности, за исключением ограничений, установленных настоящим федеральным законом. См.: Федеральный закон от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях» (ред. от 09.03.2016) // Российская газета. 2001. 14 июля; 2016. 11 марта.

От объединений, основанных на добровольном участии, следует отличать организации с обязательным членством лиц определенной профессии. Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ государство вправе устанавливать для всех граждан, желающих осуществлять публично значимую деятельность, обязательные условия назначения на должность и пребывания в должности, в частности условие об обязательном членстве в профессиональном объединении. При этом Суд подчеркивает, что, исходя из публичного предназначения таких объединений для их организации, неприемлем принцип добровольности, характерный для членства в других объединениях, которые создаются в целях удовлетворения духовных и иных нематериальных потребностей граждан исключительно на основе общности их интересов. Данная правовая позиция Суда была в разное время сформулирована в отношении членства в нотариальной палате нотариусов, занимающихся частной практикой¹⁰, арбитражных управляющих в саморегулируемых организациях¹¹, а также адвокатов в адвокатских палатах¹². Следовательно, указанные объединения граждан не являются результатом реализации свободы объединения.

Согласно действующему законодательству необходимым условием для допуска во многие сферы экономической деятельности является обязательное членство в саморегулируемых организациях. К таким сферам, в частности, относится деятельность финансовых организаций¹³, оценщиков¹⁴, аудиторов¹⁵, актуариев¹⁶ и др. В свою очередь, для этих организаций могут устанавливаться требования о необходимости их членства в саморегулируемых организациях более высокого уровня¹⁷. Требование об обязательном членстве в СРО отнюдь не умаляет прав указанных граждан и их объединений на создание новых объединений и вступление в существующие объединения. Однако правоотношения по обязательному вступлению нельзя рассматривать в качестве акта, направленного на осуществление права на объединение.

В то же время в литературе встречается обоснованное мнение о том, что публичные интересы не могут оправдывать любое произвольное ограничение принципов добровольности, диспозитивности и равенства отношений автономных субъектов¹⁸.

Аналогичного подхода придерживаются и Европейский Суд по правам человека и иные конвенционные органы, которые последовательно не признают исполнительно-регулятивные органы профессиональных структур, создаваемых лицами так называемых свободных профессий (врачей, архитекторов, адвокатов, нотариусов), в качестве ассоциаций по смыслу ст. 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹⁹.

По этим же соображениям нельзя рассматривать в качестве объединений и те организации, учредителями (участниками) которых могут выступать исключительно публично-властные образования и которые создаются и управляются на основании решений и распоряжений этих властных субъектов (например, государственные и муниципальные унитарные предприятия и учреждения).

Мы соглашаемся с мнением исследователей, выделяющих самоуправляемость в качестве признака, характерного для объединений граждан, однако полагаем, что данный признак охватывается содержанием признака добровольности, являясь одним из его частных проявлений. В данном случае объединение вправе самостоятельно в законных пределах решать свои внутренние организационно-управленческие вопросы, т.е. делать это добровольно, без принуждения и влияния извне.

Признак *участия в объединении не менее чем двух лиц* вытекает из самой сути понятия «объединение граждан». Объединение граждан может быть результатом реализации свободы объединения не менее чем двух самостоятельных субъектов правоотношений. Законом могут быть установлены и повышенные требования к минимальному количеству участников для отдельных видов объединений. Организация, состоящая из одного лица, не может быть признана объединением граждан по

¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П // Российская газета. 1998. 28 мая.

¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. № 12-П // Российская газета. 2005. 28 декабря.

¹² Определение Конституционного Суда РФ от 1 июня 2010 г. № 782-О-О // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. 2010. № 3.

¹³ См.: ст. 8 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 223-ФЗ «О саморегулируемых организациях в сфере финансового рынка» (ред. от 03.07.2016) // Российская газета. 2015. 20 июля; 2016. 12 июля.

¹⁴ См.: ст. 15 Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» (ред. от 13.07.2015) // Российская газета. 1998. 6 августа; 2016. 12 июля.

¹⁵ См.: ст. 4 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности» (ред. от 03.07.2016) // Российская газета. 2008. 31 декабря; 2016. 6 июля.

¹⁶ См.: ст. 2 Федерального закона от 2 ноября 2013 г. № 293-ФЗ «Об актуарной деятельности в Российской Федерации» (ред. от 23.06.2016) // Российская газета. 2013. 6 ноября; 2016. 28 июня.

¹⁷ Согласно п. 3 ст. 49 Гражданского кодекса РФ право юридического лица осуществлять деятельность, для занятия которой необходимо членство в саморегулируемой организации, возникает с момента вступления юридического лица в саморегулируемую организацию и прекращается при прекращении членства в саморегулируемой организации // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ См., например: Романовская О.В. Понятие «объединение граждан» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Российский юридический журнал. 2009. № 5. С. 202–203; Кожевников О.А. Право некоммерческих организаций в Российской Федерации (конституционно-правовое исследование) : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 132–135.

¹⁹ См.: Решение ЕСПЧ от 3 апреля 2001 г. «По вопросу приемлемости жалобы № 44319/98 «Ольга Валентиновна Романовская против Российской Федерации» // Журнал российского права. 2001. № 8; Постановление ЕСПЧ от 23 июня 1981 г. по делу «Ле Конг, ван Левен и де Мейер против Бельгии» [Электронный ресурс]. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461411/2461411.htm> (по состоянию на 08.08.2016 г.); Решение Европейской комиссии по делу «Ревер и Легаллэ против Франции» (жалобы № 14331/88 и 14332/88) [Электронный ресурс]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf>; Решение Европейской комиссии по делу «А. и другие против Испании» (жалоба № 13750/88) [Электронный ресурс]. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf>

определению. В то же время в случае последующего вступления в такую организацию нового члена она, при условии соответствия иным критериям, обретает черты объединения, установленные ст. 30 Конституции РФ. Сообразно этому организация, созданная несколькими лицами, из которой впоследствии вышли отдельные участники и остался только один, утрачивает статус объединения.

В практике Суда можно проследить подтверждение того, что объединение граждан является формированием, основанным только на коллективном участии²⁰.

Европейский Суд неоднократно указывал, что возможность учредить юридическое лицо для коллективных действий в сфере взаимного интереса является одним из важнейших аспектов свободы объединения и что отказ внутригосударственных властей в предоставлении статуса юридического лица объединению лиц, религиозному или иному, составляет вмешательство в осуществление права на свободу объединения с другими²¹. При этом сама Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (ст. 11)²², как, впрочем, и Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. (ст. 22)²³, закрепляет именно свободу ассоциации с другими.

Признак наличия общих целей и интересов у учредителей и участников объединения означает, что объединение создается для достижения тех целей и удовлетворения тех потребностей, ради которых они и объединяются.

Суд отмечает, что, по смыслу Конституции РФ, объединениями граждан являются создаваемые ими на добровольной основе по собственной инициативе формирования для защиты своих интересов и достижения общих целей²⁴.

Характеристика объединений как целевых сообществ, создающихся для достижения единых целей объединившихся в них лиц, отличает их от людских объединений, образуемых исключительно для достижения индивидуальных целей объединившихся (очереди в магазинах, совокупность зрителей в театре и т.п.)²⁵.

С правовой точки зрения объединение без какой-либо цели невозможно и, во всяком случае, не имеет какого-либо юридического значения. Эти цели не должны иметь противоправный характер. В зависимости от целей объединения происходит выбор соответствующей организационно-правовой формы объединения, а также определяются правовое положение, объем правомочий объединения и его участников.

Данный признак не означает, что объединяющиеся лица не имеют частных целей при объединении с другими. Таковые вполне могут иметься. Вместе с тем, рассматривая статус некоммерческой организации, О.А. Кожевников отмечает, что, если частные интересы возобладают, коллектив распадается, а следовательно, и распадается некоммерческая организация²⁶. Этот тезис актуален и для иных разновидностей объединений граждан.

Объединение должно публично заявить о своих целях, зафиксировав их в учредительных документах. Это необходимо в первую очередь для того, чтобы обеспечить публичность деятельности объединения и не допустить создания тайных сообществ, а также объединений, провозглашающих противоправные цели²⁷.

Объединение может создаваться как в целях защиты интересов его участников, так и в целях защиты иных лиц. Тем не менее даже в тех случаях, когда объединение создается для защиты прав и интересов других лиц, оно в любом случае стремится к достижению тех целей, которые поставлены перед самим объединением, а значит, и обеспечивает те интересы, для которых оно создавалось его участниками²⁸.

По нашему мнению, объединение граждан может создаваться в любых целях и для защиты любых интересов, за исключением противоправных. Это может быть защита политических, благотворительных, культурно-просветительских, духовных, экономических и иных интересов.

Отдельные авторы необоснованно сужают круг объединений граждан, сводя его исключительно к некоммерческим организациям²⁹. Другие и вовсе

²⁰ См., например: Определение Конституционного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 1251-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2013. № 1; Постановление Конституционного Суда РФ от 11 марта 2008 г. № 4-П // Российская газета. 2008. 19 марта; Постановление Конституционного Суда РФ от 3 марта 2004 г. № 5-П // Российская газета. 2004. 16 марта; Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2013 г. № 8-П // Российская газета. 2013. 30 апреля; Постановление Конституционного Суда РФ от 31 мая 2005 г. № 6-П // Российская газета. 2005. 7 июня; Постановление Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 г. № 1-П // Российская газета. 2005. 8 февраля; Постановление Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 28-П // Российская газета. 2013. 27 декабря; Постановление Конституционного Суда РФ от 9 ноября 2009 г. № 16-П // Российская газета. 2009. 27 ноября; Постановление Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2013 г. № 8-П // Российская газета. 2013. 30 апреля.

²¹ Постановление ЕСПЧ от 17 февраля 2004 г. по делу «Горжелик (Gorzelik) и другие против Польши» // Российская хроника Европейского суда. 2008. № 3; Постановление ЕСПЧ от 10 июля 1998 г. по делу «Сидиропулос (Sidiropoulos) и другие против Греции» // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 2 (26).

²² Конвенция о защите прав человека и основных свобод: заключена в г. Риме 04.11.1950 г. (с изм. от 13.05.2004) // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

²³ Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 12.

²⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 19 марта 1997 г. № 20-О // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016.

²⁵ Кокотов А.Н. О статусе общественных организаций // Правоведение. 1993. № 3. С. 22–23.

²⁶ Кожевников О.А. Указ. соч. С. 112.

²⁷ См.: Любутов Н. А. Указ. соч. С. 64–65.

²⁸ В таком случае интересы объединения и его членов совпадают с интересами третьих лиц, которые отстаивает объединение. Защита интересов и прав третьих лиц может быть и опосредованной. К примеру, если объединение обращается с жалобой в Конституционный Суд о несоответствии Конституции РФ нормы закона, то оно защищает не только свои права, но и права неопределенного круга лиц, которые также подвергаются негативному воздействию соответствующей нормы.

²⁹ Соيفер Т.В. Некоммерческое юридическое лицо как форма реализации конституционного права на объединение // Законодательство и экономика. 2012. № 2. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016; Уткин Р.В. Развитие законодательства об общественных

рассматривают в качестве таковых только общественные объединения³⁰.

Основание для такого сужения, к сожалению, заложено в самом тексте ст. 30 Конституции РФ, которая гарантирует свободу деятельности «общественных объединений». На наш взгляд, данная гарантия распространяется не только на общественные объединения, что следует из буквального смысла ст. 30 Конституции РФ, но и на все другие типы объединений.

Полагаем, что использованная конституционным законодателем формулировка «общественные объединения» является недостатком юридической техники, который можно наблюдать и в других нормах Конституции (ч. 4 и 5 ст. 13, ч. 2 ст. 19, ч. 2 ст. 46).

Представляется, что употребление в отдельных статьях Конституции РФ термина «общественные объединения» является прямым следствием советской правовой традиции. В то время не существовало никаких объединений, помимо общественных и государственных, причем только в тех формах, которые прямо разрешалось создавать в соответствии с законодательством, поэтому декларированное право на объединение в общественные организации фактически предполагало жесткое нормативное регулирование пределов его осуществления³¹.

Вряд ли можно предположить, что авторы Конституции РФ вкладывали столь узкий смысл в понятие свободы деятельности объединений. По всей видимости, они попросту не придали значения этой терминологической путанице и использовали привычные для себя понятия. Поэтому единственно верным представляется расширительное толкование как указанного конституционного положения, содержащегося в ст. 30 Конституции РФ, так и всех иных конституционных норм, в которых используется категория «общественные объединения». Это мы можем проследить и в правовых позициях Конституционного Суда РФ, который при определении адресатов данных норм исходит из необходимости их широкого толкования, не ограничиваясь установленными законом формами общественных объединений, что будет показано далее на конкретных примерах. Очевидно, что обратный подход к решению данной проблемы предполагает недопустимое сужение действия этой гарантии и обесмысливает

само существование свободы объединений для всех остальных видов объединений.

Конституция не устанавливает, в каких формах и каких видов могут создаваться общественные объединения, предоставляя субъектам объединения достаточную свободу выбора. Они могут создаваться по различным признакам: профессиональному, как профсоюзы или творческие союзы; политическому, как партии; национальному, как диаспоры или национально-культурные автономии; вероисповеданию, как религиозные объединения; возрастному, как детские, молодежные объединения, советы ветеранов; культурному, как объединения филателистов, спортивные общества, общества защиты животных и т.д. Однако принципы объединения не должны носить дискриминационный характер³².

По мнению С.М. Казанцева и Т.Ю. Павлиенко, основной целью ст. 30 Конституции является защита политических, профессиональных и иных некоммерческих объединений; защищать коммерческие организации она иногда может лишь косвенно. Такие объединения подпадают под правовое регулирование иных статей Конституции и соответствующих международно-правовых актов; свобода их деятельности в большей степени защищается ст. 8, 34, 35 Конституции, отмечают авторы³³. По такой логике не следовало бы распространять действие права на объединение на религиозные ассоциации и профсоюзы, поскольку Конституцией РФ и так уже гарантированы свобода совести и вероисповедания, а также свобода труда. Действительно, право на осуществление предпринимательской деятельности гарантируется указанными положениями Конституции РФ, но сами по себе данные нормы не фиксируют юридическую гарантию создания и деятельности коммерческих организаций для ведения коллективного предпринимательства. Тогда как в совокупности с конституционным правом на объединение такую гарантию указанные нормы и призваны обеспечить.

Как справедливо отметил А.Н. Кокотов, право на объединение обладает качеством универсальности, т.е. распространяется на все возможные формы негосударственной деятельности граждан, не противоречащие Конституции, независимо от того, закреплены они на уровне Конституции, текущего законодательства или нет. Общественные

объединениях в Российской Федерации (вопросы теории и практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань. 2007. С. 11 ; Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. 8-е изд., изм. и доп. М. : Норма. 2009. С. 255, 262 ; Лысенко В.В. Гражданское общество и неправительственные организации: внутригосударственный и международно-правовой статус // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 13. С. 19.

³⁰ Конституционное право России : учебник / под ред. А.Е. Постникова. М., 2007. С. 161, 162 ; Бондарь Н.С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М., 2008. С. 485, 486 ; Гошуляк В.В. Граждане и их объединения как субъекты права обращения в конституционные (уставные) суды субъектов РФ: недостатки правового регулирования // Российская юстиция. 2013. № 6. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016 ; Садовникова Г.Д. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный). 3-е изд., испр. и доп. М. : Юрайт-Издат. 2006. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016 ; Бархатова Е.Ю. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный). М. : Проспект, 2010. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016.

³¹ Во всех советских конституциях и текущем законодательстве использовались исключительно категории «общественное объединение» и «общественная организация», что соответствовало общей идее о том, что в СССР все может быть только общественным или государственным, ничего частного быть не может.

³² Постановление Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2004 г. № 18-П // Российская газета. 2004. 24 декабря.

³³ Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр. М. : Норма, Инфра-М, 2011. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016.

организации являются одной из форм реализации конституционного права на объединение. При этом автор отдельно отмечает, что коммерческие организации являются разновидностью объединений граждан³⁴.

Распространение свободы объединения на коммерческие организации мы можем отчетливо проследить как в текущем законодательстве, так и в последовательных правовых позициях Конституционного Суда РФ.

Так, согласно ст. 2 Федерального закона от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» действие данного закона распространяется на все общественные объединения, созданные по инициативе граждан, за исключением религиозных организаций, а также *коммерческих организаций* и создаваемых ими некоммерческих союзов (ассоциаций)³⁵.

В соответствии со ст. 1 Федерального закона от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах» производственным кооперативом (артелью) (далее — кооператив) признается *добровольное объединение граждан*. Кооператив является юридическим лицом — *коммерческой организацией*.

Согласно правовой позиции, выраженной Конституционным Судом РФ в Постановлении от 24 октября 1996 г. № 17-П, акционерное общество, товарищества и общество с ограниченной ответственностью по своей сути являются *объединениями* — юридическими лицами, которые созданы гражданами для совместной реализации таких конституционных прав, как право свободно использовать свои способности и имущество для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности и право иметь в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом как единолично, так и совместно с другими лицами³⁶.

Прямое подтверждение распространения положений ст. 30 Конституции РФ на создание и деятельность коммерческих объединений мы находим и в Постановлении Конституционного Суда РФ от 31 мая 2005 г. № 6-П. Суд указал, что, провозглашая право каждого на объединение, Конституция РФ гарантирует свободу деятельности общественных объединений и предусматривает в ст. 30 запрет на принуждение к вступлению в какое-либо объединение или пребывание в нем. Данная статья во взаимосвязи со ст. 8 (часть 1), ст. 34 (часть 1) и ст. 35 (части 1 и 2) Конституции РФ составляют конституционно-правовую основу для участия каждого в совместном использовании своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности путем создания *коммерческих объединений*³⁷.

Конституции многих зарубежных государств также не ограничивают действие свободы объединения исключительно возможностью создания и деятельности объединений граждан, преследующих некоммерческие цели. В одних случаях основные законы государств прямо предусматривают свободу объединения граждан для удовлетворения экономических интересов или создания коммерческих объединений (например: ст. 9 Основного закона ФРГ³⁸, ст. 36 Конституции Украины³⁹, ст. 12 Конституции Польской Республики⁴⁰, ст. 37 Конституции Словацкой Республики⁴¹, п. XVIII ст. 5 Конституции Бразилии⁴², ст. 43 Конституции Республики Хорватия⁴³, ст. 20 Конституции Республики Македония⁴⁴). В других случаях в конституциях предусмотрено право на объединение в любых не запрещенных законом целях (например: § 13 Основного закона Финляндии⁴⁵, ст. 18 Конституции Итальянской Республики⁴⁶, ст. 55 Конституции Республики Сербия⁴⁷, ст. 20 Хартии основных прав и свобод Чешской Республики⁴⁸, ст. 27 Кон-

³⁴ Кокотов А.Н. Указ. соч. С. 21, 23–24.

³⁵ Логический анализ данной нормы позволяет сделать вывод о том, что законодатель признает коммерческие организации общественными объединениями граждан, что вполне нормально с учетом терминологической путаницы, имеющейся в Конституции РФ, и близости по времени принятия данного закона и Конституции.

³⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 24 октября 1996 г. № 17-П // Российская газета. 1996. 6 ноября.

³⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 31 мая 2005 г. № 6-П // Российская газета. 2005. 7 июня.

³⁸ Основной закон Федеративной Республики Германии от 23 мая 1949 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.1000dokumente.de> (по состоянию на 08.10.2016 г.). Как отмечается в германской литературе, наметилась тенденция рассматривать данное право как фундамент для самоопределения в сфере развития предпринимательской деятельности и обеспечения защиты экономической свободы групп предпринимателей, дополняющее собой право на свободу выбора профессии и гарантии собственности (см.: Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок : пер. с нем. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 177–178).

³⁹ Конституция Украины от 28 июня 1996 г. // Официальный сайт Верховной Рады Украины. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.google.ru>

⁴⁰ Конституция Польской Республики от 2 апреля 1997 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/poland/poland-r.htm

⁴¹ Конституция Словацкой Республики от 1 сентября 1992 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/poland/poland-r.htm

⁴² Конституция Бразилии от 5 октября 1988 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://mykpzs.ru/konstituciya-brazilii-1988-russkij-tekst>

⁴³ Конституция Республики Хорватия от 22 декабря 1990 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=107>

⁴⁴ Конституция Республики Македония от 17 ноября 1991 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/macedon/macedon-r.htm

⁴⁵ Основной закон Финляндии от 11 июня 1999 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/finland/fincon-r.htm

⁴⁶ Конституция Итальянской Республики от 22 декабря 1947 г. // Конституции государств Европейского Союза / под общ. ред. Л.А. Окунькова. М. : Издательская группа ИНФРА-М — НОРМА, 1997. С. 423–450.

⁴⁷ Конституция Республики Сербия от 30 сентября 2006 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=369>

⁴⁸ Хартия основных прав и свобод Чешской Республики от 9 января 1991 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.czinvest.ru/o-chehii/constitution.html#chartija>

ституции Бельгии⁴⁹, п. 5 § 1 главы 2 Конституции Швеции⁵⁰, ст. 35 Конституции Литовской Республики⁵¹, ст. 29 Конституции Словацкой Республики, ст. VIII Основного Закона Венгрии⁵², ст. 37 Конституции Румынии⁵³, ст. 46 Конституции Португальской Республики⁵⁴, п. XVII статьи 5 Конституции Бразилии⁵⁵).

Таким образом, коммерческие организации имеют полное право называться объединениями граждан, что распространяет на них соответствующую конституционную защиту.

Как уже отмечалось, в литературе встречается такой признак как *общественная полезность целей* объединения. На наш взгляд, выделение такого признака не имеет какого-либо смысла. Каждое объединение, преследующее правомерные цели, вносит свой вклад в развитие гражданского общества. Полезность, вредность или нейтральность объединения — это сугубо оценочные понятия, и в обществе существуют различные, и порой антагонистические, взгляды на деятельность тех или иных ассоциаций. Поэтому достаточным с правовой точки зрения признаком будет законность деятельности объединения и преследуемых им целей⁵⁶.

Признак *формальной организации (организационного единства)* подразумевает наличие устойчивой правовой связи между участниками объединения, а также наличие внутренней структуры объединения, выраженной в документах, принимаемых объединением в соответствии с действующим законодательством.

Организационное единство предполагает определенную иерархию, соподчинение органов управления объединения, а также четкую регламентацию отношений между его участниками. Это позволяет превратить волю множества участников в единую волю объединения в целом как самостоятельного субъекта.

Данный признак позволяет провести границу между объединениями граждан и собраниями, проводимыми в соответствии со ст. 31 Конституции РФ, а также отличить объединения от иных форм самоорганизации граждан. Объединение, в

отличие от иных форм самоорганизации, определяется постоянным и организованным характером деятельности. Поэтому разного рода кружки, клубы по интересам, собрания жильцов подъездов и т.п. не являются институциональным результатом реализации свободы объединения.

Как верно отметил А.Н. Кокотов, общественные организации основаны на обезличенных, формализованных нормах и процедурах: целях, задачах, функциях, отношениях членства, власти-подчинения и др. Соединение формальных институтов и складывающихся между объединившимися межличностных связей, норм дает работающее, реальное объединение, но лишь наличие формализованных институтов, безличных связей, норм свидетельствует о том, что перед нами высший тип объединения — социальная организация в действительном смысле этого слова⁵⁷.

Отметим, что Европейский Суд понимает под объединениями именно *организованные структуры*, которые должны обладать необходимой правосубъектностью⁵⁸.

Каждое объединение граждан должно иметь учредительные документы, определяющие правовое положение этого объединения, цели его деятельности, структуру управления объединением и порядок принятия решений.

Некоторые авторы выделяют в качестве обязательного признака *постоянный характер* объединения. Представляется, что такой критерий не является обязательным для объединения, поскольку объединение может иметь как срочный, так и бессрочный характер. Деятельность объединения может осуществляться непрерывно либо не проводиться вовсе в течение какого-то периода времени. Объединение может быть создано на период до достижения определенной цели. Вместе с тем указанный признак может быть истолкован иначе. Выделяя его, Д.А. Малый отмечает, что высокий уровень формальной организации (организационное единство) основан на *постоянстве интереса объединившихся* лиц и выражается в наличии органов и самостоятельной правосубъектности объе-

⁴⁹ Конституция Бельгии от 17 февраля 1997 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.urzona.com/index.php?catid=65:2010-07-22-19-48-30&id=454:--17--> (по состоянию на 08.10.2016 г.).

⁵⁰ Конституция Швеции от 27 февраля 1974 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.sweden4rus.nu/rus/info/juridisk/konstitucija_shvecii.asp

⁵¹ Конституция Литовской Республики от 25 октября 1992 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucija_RU.htm

⁵² Конституция Словацкой Республики от 1 сентября 1992 г.

⁵³ Основной Закон Венгрии от 25 апреля 2011 г. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.google.ru/>

⁵⁴ Конституция Португальской Республики от 2 апреля 1976 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/portugal/portug-r.htm

⁵⁵ Конституция Бразилии от 5 октября 1988 г. [Электронный ресурс]. URL: <http://mykpzs.ru/konstituciya-brazilii-1988-russkij-tekst>

⁵⁶ К примеру, ссылаясь на такой признак общественной организации, как общественно полезный характер работы, А.Н. Кокотов отмечает, что данный признак отличает общественные организации от криминальных и отклоняющихся объединений. То есть фактически автор отождествляет общественную полезность и правомерность деятельности объединения. В таком понимании признак общественной полезности действительно присущ объединению, однако представляется более верным и наименее оценочным именовать данный признак через категорию законности. См.: Кокотов А.Н. Указ. соч. С. 23.

⁵⁷ Кокотов А.Н. Указ. соч. При этом автор не отождествляет в данном случае общественную организацию с одной из организационно-правовых форм общественного объединения, установленной ныне действующим законодательством, а фактически рассматривает ее как любое негосударственное объединение граждан, отвечающее определенным признакам.

⁵⁸ См., например: Постановление ЕСПЧ от 5 октября 2006 г. по делу «Московское отделение Армии Спасения против Российской Федерации» // Российская хроника Европейского Суда. 2008. № 2; Постановление ЕСПЧ от 1 октября 2009 г. по делу «Кимля и другие против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 4; Постановление ЕСПЧ от 10 июня 2010 г. по делу «Свидетели Иеговы» в Москве и другие против России» // Российская хроника Европейского Суда. 2011. № 2.

динения⁵⁹. В таком понимании указанный признак присутствует в каждом объединении, однако его выделение в качестве самостоятельного не требуется, поскольку постоянство интереса объединившихся проявляется в организационном единстве объединения.

Признак законности создания и деятельности объединения предполагает, что объединения могут создаваться и действовать исключительно в законных целях.

Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что обязанность соблюдать Конституцию РФ и законы, установленная ст. 15 (ч. 2) Конституции РФ, в полной мере распространяется на объединения граждан⁶⁰. Их формирование и функционирование должны носить законный характер и отвечать требованиям, вытекающим из Конституции РФ — как из ее специальных предписаний, определяющих объективные пределы нормативного содержания права на объединение, включая запрет создания и деятельности общественных объединений, цели или действия которых направлены на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности Российской Федерации, подрыв безопасности государства, создание вооруженных формирований, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни (ст. 13, ч. 5), так и из положений ее ст. 55 (ч. 3), предусматривающих возможность ограничения, наряду с другими конституционными правами и свободами, права на объединение федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства⁶¹.

Кроме того, осуществление свободы объединения не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ).

Как уже отмечалось, некоторые авторы выделяют в качестве признаков объединения *личный характер участия членов (участников) в деятельности объединения и негосударственный характер объединения*.

Ссылаясь на признак личного участия в деятельности объединения, Н.А. Любутов выводит из-под действия свободы объединения хозяйственные общества, которые, по его мнению, не подразумевают вовлеченности своих акционеров/участников в систематическую текущую деятель-

ность организации в виде личной трудовой активности⁶².

Представляется, что выделение такого признака в качестве необходимой черты объединения не является правильным. Это вносит в рассматриваемый вопрос неопределенность, поскольку на практике оценить степень личного участия (или возможного участия) в деятельности объединения и уж тем более нормативно закрепить эту степень необходимого участия практически невозможно. Кроме того, акционеры (участники) хозяйственного общества зачастую принимают куда большее участие (в том числе трудовое) в деятельности своего объединения, нежели участники некоммерческих и иных объединений, и больше других заинтересованы в достижении объединением своих целей. О каком личном участии и тем более трудовой активности можно вести речь, если участником объединения, к примеру, является юридическое лицо?

На наш взгляд, круг участников объединения нельзя ограничивать и формальным признаком членства в объединении. Объединениями являются не только корпоративные, но и унитарные (не основанные на членстве) организации⁶³.

С осторожностью следует отнестись и к признаку «негосударственный характер объединения». По мнению Н.А. Любутова, данный признак вытекает из самой сути права граждан на объединение, которая заключается в возможности объединить усилия для защиты своих прав и интересов без участия государства. Автор полагает, что негосударственный характер объединения также означает запрет на вмешательство государства в процесс создания и деятельности объединения, а объединения не могут финансироваться полностью или частично за счет средств государственного или местного бюджета, так как в таком случае очевидна экономическая зависимость объединения от органов власти⁶⁴.

Представляется, что такой признак характерен только для общественных объединений, тем более что законом установлен прямой запрет на вмешательство государства в их деятельность. Что же касается хозяйственных обществ, то закон не содержит запрета на участие частных лиц в таких обществах, созданных государством, или тех, в которых государство участвует. Существует множество организаций с государственным участием, в которых помимо государства участвуют (владеют акциями) физические и частные юридические

⁵⁹ Малый Д.А. Указ. соч. С. 9.

⁶⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2009 г. № 247-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 5 ; Определение Конституционного Суда РФ от 26 января 2010 г. № 155-О-О // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016.

⁶¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 2015 г. № 2-П // Российская газета. 2015. 2 марта.

⁶² Любутов Н.А. Указ. соч. С. 62–82.

⁶³ С конституционно-правовых позиций объединение может рассматриваться не только как формирование, основанное на членстве, но и как некое образование, объединяющее в процессе его создания и деятельности лиц, каждое из которых вносит свой вклад в реализацию общего для всех интереса. Например, в качестве объединившихся с единой целью можно расценивать учредителей фонда, членов его попечительского совета, согласных участвовать в его деятельности на общественных началах, лиц, осуществляющих фонду пожертвования, добровольцев, вносящих личный трудовой вклад в деятельность фонда на безвозмездной основе. Все они имеют общий интерес, который выражен в целях создания объединения, совершают определенные действия, в конечном итоге имеющие единую направленность, совпадающую с целями объединения. См.: Соيفер Т.В. Указ. соч. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Версия 2016.

⁶⁴ Любутов Н.А. Указ. соч. С. 72.

лица. По нашему мнению, такие организации следует рассматривать в качестве объединений граждан с распространением на них гарантий права на объединение. Иное необоснованно ограничивало бы право на объединение таких частных лиц. Представляется, что частный субъект имеет свободу выбора в решении вопроса о том, с кем ему объединяться. Он вправе объединиться и с компаниями с государственным участием, принимать участие в деятельности таких компаний и свободно выходить из таких организаций по своему усмотрению. Совершенно очевидно и то, что право на объединение не относится к самому государству и его органам, поскольку они в принципе не могут быть носителями субъективных прав.

Не убедительной выглядит и позиция о нераспространении свободы объединения на организации, получающие государственное финансирование. В данном случае государство, осуществляя материальную поддержку социально ориентированным объединениям, выполняет свою социальную функцию. Получение такой поддержки отнюдь не означает подчинения государству соответствующих объединений. Исключение таких организаций из числа объединений приведет к необоснованному умалению их прав и свобод.

Делая такие категоричные выводы, конституционалисты рискуют уподобиться негативным примерам, которые нам подает само государство, презюмирующее, что организации, получающие финансирование из-за рубежа, являются иностранными агентами, т.е. исполнителями чужой воли.

Напротив, О.А. Кожевников рассматривает экономическую поддержку некоммерческих организаций со стороны органов государственной власти и местного самоуправления в качестве важной экономической гарантии, средства защиты конституционных прав и свобод. Поддержка не умаляет самостоятельности некоммерческих организаций и не является средством вмешательства в их деятельность, заключает автор⁶⁵.

Учитывая изложенное, мы полагаем, что *под объединением граждан следует понимать добровольное формирование, состоящее не менее чем из двух лиц, созданное физическими, юридическими лицами и иными коллективными субъектами для реализации общих интересов и достижения общих целей посредством осуществления законной деятельности, имеющее документально выраженную внутреннюю организационную структуру и основанное на устойчивой правовой связи между его участниками.*

⁶⁵ Кожевников О.А. Указ. соч. С. 203–204.

Уголовно-процессуальный институт исполнения приговора в свете решений Конституционного Суда Российской Федерации

*Качалов Виктор Иванович,
профессор кафедры уголовно-процессуального права,
криминалистики и судебной экспертизы имени Н.В. Радутной
Российского государственного университета правосудия,
кандидат юридических наук, доцент
okukel@yandex.ru*

В статье дается анализ влияния решений Конституционного Суда РФ на осмысление теоретических основ института исполнения приговора в уголовно-процессуальном праве. Автор приходит к выводу о том, что Конституционный Суд РФ в своих решениях обозначил предмет и пределы судебной деятельности на этапе исполнения приговора.

Ключевые слова: решения Конституционного Суда РФ, исполнение приговора, конституционно-правовой смысл уголовно-процессуальных норм, защита прав и свобод граждан.

Особенности правового регулирования общественных отношений в современной России заключаются в том, что Конституционный Суд РФ, не являясь правотворческим органом, оказывает на правоприменение и правовую регламентацию различных отраслей влияние, сопоставимое с деятельностью позитивного законодателя. Как верно отмечает В.А. Давыдов, «в решениях Конституционного Суда РФ и сформулированных им правовых позициях вполне отчетливо просматриваются концептуальные подходы к вопросу о сущем и должном в отечественном уголовном судопроизводстве»¹.

Нередко содержание решений Конституционного Суда РФ, в том числе и определений об отказе в принятии жалоб к рассмотрению, позволяет выявить проблемы правового регулирования, зачастую скрытые, носящие сложный характер, не касающиеся исключительно вопросов законодательной регламентации и правоприменительной практики, а находящиеся в более глубокой концептуальной плоскости.

Определения Конституционного Суда РФ, вынесенные по конкретному делу, являются актами индивидуального правового регулирования, однако в том случае, когда ряд «отказных» определений Конституционного Суда РФ аналогичны по своему содержанию, можно сделать вывод о том, что они определяют типовые ситуации и проблемы в той или иной сфере.

Целый ряд процессуальных норм, регламентирующих процессуальный порядок исполнения приговора, был предметом обращения граждан в Конституционный Суд РФ на предмет соответствия их Конституции РФ.

Оценка теоретико-правовой конструкции исполнения приговора в контексте так называемых

отказных определений Конституционного Суда РФ позволила выявить ряд типичных ситуаций, вызывающих у заинтересованных участников уголовного судопроизводства сомнения относительно согласованности ряда положений УПК РФ с основными конституционными ценностями. Идентичность ряда жалоб, рассмотренных Конституционным Судом РФ, позволяет рассматривать их в качестве определенного индикатора качества правового регулирования уголовно-процессуальных аспектов исполнения приговора.

Фактически Конституционным Судом РФ посредством установления конституционно-правового смысла ряда положений уголовно-процессуального закона, регламентирующих исполнение приговора, определены некоторые онтологические особенности данного процессуального института.

К числу основных вопросов, ставших поводом для анализа регламентирующих их законоположений с точки зрения конституционно-правового смысла, относятся: уровень и компетенция суда, который разрешает вопросы об освобождении от наказания или о смягчении наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу; пределы полномочий и предмет деятельности суда, принимающего решение о возможном освобождении от наказания или о смягчении наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу; пределы полномочий суда при разьяснении сомнений и неясностей, возникающих при исполнении приговора; возможность участия судьи, принимавшего участие в рассмотрении уголовного дела по существу в разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора.

¹ См.: Давыдов В.А. Теория и практика возобновления уголовного судопроизводства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 89.

Ряд обращений граждан в Конституционный Суд РФ связан с разрешением вопроса об уровне суда, который разрешает вопросы об освобождении от наказания или о смягчении наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу². По мнению ряда заявителей, в случае вынесения приговора вышестоящим судом именно суд такого же уровня должен разрешать вопросы, связанные с освобождением от наказания или о смягчении наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу. В одной из жалоб указывалось, что при рассмотрении ходатайств о смягчении наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу, эти вопросы в отношении осужденных, совершивших преступление в составе группы лиц по предварительному сговору и отбывающих наказание в разных исправительных учреждениях, рассматриваются разными судами по месту отбывания осужденными наказания, при этом не могут быть учтены все обстоятельства, связанные с ранее назначенным наказанием, что позволяет «производить переоценку степени общественной опасности содеянного, роли каждого соучастника в совершенном преступлении, не меняя при этом объема обвинения»³.

Конституционный Суд РФ, подтверждая конституционность уголовно-процессуальных норм, относящих рассмотрение данного вопроса к компетенции суда по месту отбывания наказания осужденным (ст. 397 УПК РФ), вне зависимости от уровня суда, вынесшего приговор, указал, что новая оценка характера и степени общественной опасности тех или иных преступлений и лиц, их совершивших, осуществляется законодателем, принимающим закон, устраняющий или смягчающий уголовную ответственность. Наказание лицу, совершившему преступление, назначается в соответствии с новой оценкой, данной законодателем, «только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина, и исходя из требований нового уголовного закона, смягчающего наказание или иным образом улучшающего его положение»⁴.

Из смысла вышеуказанных решений Конституционного Суда РФ явствует, что суд, разрешая вопрос об освобождении от наказания или о смягчении наказания, вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу, при исполнении приговора, должен оценить изменившуюся

степень и характер общественно опасного деяния. Кроме того, суд по-новому оценивает степень и характер общественно опасного деяния с учетом положений как Особенной части УК РФ, так и Общей части УК РФ. В первую очередь учитываются положения ч. 3 ст. 60 УК РФ, которые предполагают новую оценку не только степени общественной опасности самого деяния, но и личность самого виновного лица, подобно тому, как это имеет место при постановлении приговора в суде первой или апелляционной инстанции. Однако при новой оценке судом при исполнении приговора всех вышеназванных обстоятельств он должен пользоваться лишь установленными ранее в приговоре фактическими обстоятельствами дела. В данном случае суд осуществляет уголовно-процессуальную деятельность в форме правосудия, посредством судебного контроля, используя способ корректировки имеющегося приговора, приводя его в части наказания в соответствие с изменившейся оценкой степени и характера общественно опасного деяния, а также лица, его совершившего.

Целый ряд жалоб, поданных гражданами в Конституционный Суд РФ, поднимает вопрос о пределах полномочий и предмете деятельности суда, рассматривающего вопрос о приведении приговора в соответствие с изменениями, внесенными в уголовный закон⁵.

Смысл жалоб заключался в том, что положения п. 13 ст. 397 УПК РФ «не возлагают на судебные органы обязанность при приведении приговора в соответствие с изменениями, внесенными в уголовный закон, давать в своем решении юридическую оценку содеянного, раскрывая тем самым его квалификацию по обвинению, измененному вследствие придания данному закону обратной силы»⁶, «позволяют суду, рассматривающему ходатайство о приведении приговора в соответствие с новым уголовным законом, воздержаться от рассмотрения вопроса о том, улучшает ли положение осужденного новый закон, когда требуется установление и проверка фактических обстоятельств дела, указанных в приговоре»⁷, «не закрепляют эффективного процессуального механизма, обеспечивающего в случае издания нового уголовного закона, улучшающего положение осужденного, адекватное таким изменениям смягчение наказания, а допускают снижение наказания только до установленного определенной статьей УК РФ верхнего предела санкции»⁸, «не закрепляют эффективного

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2015 г. № 947-О; Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2013 г. № 444-О // СПС «КонсультантПлюс».

³ Определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2014 г. № 834-О // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 апреля 2006 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 10 Уголовного кодекса Российской Федерации, части второй статьи 3 Федерального закона «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации», Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» и ряда положений...»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20 октября 2011 г. № 1393-О-О, Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 февраля 2012 г. № 297-О-О; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 марта 2013 г. № 480-О; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22 января 2014 г. № 88-О и др. // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 2171-О; Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 1918-О; Определение Конституционного Суда РФ от 24 июня 2014 г. № 1457-О; Определение Конституционного Суда РФ от 17 июля 2014 г. № 1757-О; Определение Конституционного Суда РФ от 24 июня 2014 г. № 1444-О; Определение Конституционного Суда РФ от 24 января 2013 г. № 2035-О // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 2171-О // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 1918-О // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24 июня 2014 г. № 1457-О // СПС «КонсультантПлюс».

процессуального механизма, точно определяющего, каким образом подлежит смягчению наказание в виде пожизненного лишения свободы при приведении приговора в соответствие с новым уголовным законом, вследствие чего позволяют суду, рассматривающему этот вопрос, не считать уменьшение объема обвинения... основанием для снижения наказания и тем самым — подвергать сомнению правильность применения уголовного закона судом, постановившим приговор, допуская фактическую переоценку обстоятельств дела, установленных приговором, в неблагоприятную для осужденного сторону»⁹, «не обязывают суд при решении данного вопроса истребовать и изучать уголовное дело для установления обстоятельств, имеющих значение при назначении наказания»¹⁰.

Вынося определения об отказе в принятии этих и ряда подобных жалоб, Конституционный Суд РФ указал, что положения п. 13 ст. 397 УПК РФ не регламентируют уголовно-правовые отношения¹¹, суд основывается только на обстоятельствах, установленных вступившим в законную силу приговором суда, назначившего наказание, и не вправе оценивать правильность применения этим судом уголовного закона¹².

Важнейшие институциональные особенности исполнения приговора, касающиеся предмета судебной деятельности на данном этапе и пределов полномочий суда, были обозначены в Определении Конституционного Суда от 17 января 2013 г. № 2-О «По запросу Курганского областного суда о проверке конституционности положений статей 50, 80 Уголовного кодекса Российской Федерации и статей 396, 397 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации». Конституционным Судом РФ было определено, что предмет деятельности суда на данной стадии включает не только обращение приговора к исполнению, но и разрешение вопросов, связанных с процессом его исполнения, в том числе с заменой оставшейся не отбытой части наказания более мягким видом наказания.

Конституционный Суд РФ указал, что, исходя из задач данной стадии уголовного судопроизводства, установление фактических обстоятельств совершенного преступления и оценка правильности применения уголовного закона и пересмотр существа приговора не являются предметом деятельности суда. Переоценка общественной опасности совершенного деяния, констатированной вступившим в законную силу приговором суда, назначившего наказание (а по сути, признание его ошибочности), приведет к нарушению «принципа

стабильности и общеобязательности судебных решений», подменит собой «закрепленный уголовно-процессуальным законом порядок рассмотрения судом уголовного дела по существу и последующей проверки постановленных им и вступивших в законную силу решений судами кассационной и надзорной инстанций»¹³.

Таким образом, Конституционный Суд обозначил, что предметом судебной деятельности при приведении приговора в соответствие с изменившимся уголовным законом не могут быть фактические обстоятельства дела, поскольку они установлены вступившим в законную силу приговором суда, рассмотревшего уголовное дело по существу.

Целый ряд жалоб в Конституционный Суд РФ касался и конституционности положений уголовно-процессуального законодательства, регулирующего порядок разрешения сомнений и неясностей, возникающих при исполнении приговора¹⁴.

В жалобах, в частности, указывалось, что п. 15 ст. 397 УПК РФ «в силу своей неопределенности позволяет суду на стадии исполнения приговора внести в него такие изменения, которые свидетельствуют о необоснованности ранее предъявляемого на защиту в судах первой, кассационной и надзорной инстанций»¹⁵, «позволяет суду первой инстанции произвести фактический пересмотр вступивших в законную силу решений вышестоящих судов, вторгаясь при этом в существо ранее вынесенных по уголовному делу судебных решений и ухудшая положение осужденного»¹⁶.

Определяя характер деятельности суда при разрешении данных вопросов, Конституционный Суд РФ указал, что суд не вправе затрагивать существо приговора, действия суда не должны повлечь ухудшение положения осужденного, «в том числе при устранении ошибок, допущенных в приговоре при написании фамилии, имени, отчества или иных биографических данных осужденного, если они очевидны и исправление их не может вызвать сомнение»¹⁷, а также при рассмотрении о вещественных доказательствах, если эти вопросы не решены судом в приговоре.

Ряд жалоб касался и возможности участия судьи, рассматривавшего уголовное дело по существу, в разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора. Конституционный Суд РФ указал, что стадия исполнения приговора не является новым рассмотрением уголовного дела и суд на данном этапе не принимает новое решение по существу уголовного дела, а лишь устраняет сомнения и неясности,

⁹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 17 июля 2014 г. № 1757-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24 декабря 2013 г. № 2035-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 19 июня 2012 г. № 1185-О; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 марта 2013 г. № 482-О; Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 2171-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹² См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2013 г. № 2035-О; Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 1918-О; Определение Конституционного Суда РФ от 24 декабря 2013 г. № 2035-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 17 января 2013 г. № 2-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 29 января 2015 г. № 85-О; Определение Конституционного Суда РФ от 24 июня 2014 г. № 1444-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 29 января 2015 г. № 85-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24 июня 2014 г. № 1444-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 29 января 2015 г. № 85-О // СПС «КонсультантПлюс».

возникшие при исполнении ранее вынесенного им приговора¹⁸, в связи с чем участие судьи, рассматривавшего уголовное дело по существу, в разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора, не противоречит Конституции РФ.

Ряд жалоб касался и разрешения вопросов, связанных с возможностью улучшения положения осужденного в связи с изменением уголовно-исполнительного законодательства. В Определении Конституционного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 1504-О указывается, что Положения ст. 397 УПК РФ не позволяют суду по обращениям осужденных рассматривать в порядке исполнения приговора вопросы о применении новых положений уголовно-исполнительного законодательства, улучшающих положение этих осужденных вследствие издания нового закона, имеющего обратную силу. Конституционным Судом было указано, что «исполнение наказаний, а также применение средств исправления осужденных и оказание помощи освобождаемым лицам осуществляются в соответствии с законодательством, действующим во время их исполнения»¹⁹.

К числу вопросов на этапе исполнения приговора, ставших предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, стал вопрос о том, исключают ли положения п. 2 ч. 1 ст. 399 УПК РФ «обязанность уполномоченных государственных органов и должностных лиц самостоятельно инициировать применение нового уголовного закона, устранившего или смягчающего ответственность за преступление»²⁰. Конституционный Суд РФ определил, что «право уполномоченных государственных органов и должностных лиц независимо от наличия ходатайства осужденного обращаться в суд с представлением о приведении вынесенного по уголовному делу приговора в соответствие с новым уголовным законом, устранившим преступность деяния, смягчающим наказание или иным образом улучшающим положение лица, совершившего преступление», не исключается, тем самым обозначив право, но не обязанность соответствующих должностных лиц обращаться в суд с представлением о приведении вынесенного по уголовному делу приговора в соответствие с новым уголовным законом.

Вниманию со стороны Конституционного Суда РФ подвергся и вопрос о влиянии процессуальной позиции потерпевшего на разрешение вопросов, возникающих при исполнении итоговых судебных решений. Так, в Определении Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 2030-О было указано, что участие потерпевшего либо его законного представителя при решении вопроса об условно-досрочном освобождении позволяет им реализовать возможность в соответствии с правом каждого человека на доступ к правосудию отстаивать свои имущественные и неимущественные интересы²¹. При этом данная позиция в конечном итоге повлияла на законодателя, который Феде-

ральным законом от 30 марта 2015 г. № 62-ФЗ внес изменения в процессуальный порядок рассмотрения вопросов об условно-досрочном освобождении осужденного от отбывания наказания, замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания, а также замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания либо об освобождении от наказания в виде ограничения по военной службе военнослужащего, уволенного с военной службы, установив право потерпевшего и его представителей участвовать в рассмотрении данных вопросов судом (ч. 2.1 ст. 399 УПК РФ).

В одной из жалоб в Конституционный Суд РФ заявитель — юридическое лицо, признанное потерпевшим, — оспаривал конституционность ст. 445 УПК РФ. По мнению заявителя, обжалованная норма ставит потерпевшего (гражданского истца) по уголовному делу о применении принудительных мер медицинского характера в неравное положение с потерпевшими по другим уголовным делам, не предусматривая его участие в судебном заседании и право высказывать свои суждения по вопросам прекращения, изменения и продления применения принудительной меры медицинского характера. Конституционный Суд РФ указал, что рассмотрение уголовного дела о применении принудительных мер медицинского характера осуществляется по общим правилам уголовного судопроизводства, не содержат каких-либо изъятий, ограничивающих права потерпевших, в том числе право участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела и «высказывать свои суждения по вопросам прекращения, изменения и продления применения принудительной меры медицинского характера»²².

Таким образом, Конституционный Суд РФ в своих решениях обозначил пределы судебной деятельности на этапе исполнения приговора, указав, что предметом судебной деятельности не могут быть фактические обстоятельства дела, поскольку они установлены вступившим в законную силу приговором суда, рассмотревшего уголовное дело по существу. Кроме того, он совершенно обоснованно определил, что специфика судебной деятельности на данном этапе производства по делу предопределяет уровень суда, разрешающего вопросы, связанные с исполнением итоговых судебных решений. В ходе исполнения итоговых судебных решений, суд по-новому оценивает изменившуюся степень и характер общественно опасного деяния, а также личность самого виновного лица. В данном случае судом осуществляется уголовно-процессуальная деятельность в форме правосудия, посредством судебного контроля, используя при этом способ, связанный с корректировкой приговора. При этом вне зависимости от уровня суда, вынесшего приговор, разрешение ряда вопросов в данной стадии осуществляется судом по месту нахождения учреждения, в котором осужденный отбывает наказание.

¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 23 декабря 2014 г. № 2909-О // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 1504-О // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 1317-О // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 г. № 2030-О // СПС «КонсультантПлюс».

²² Определение Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2011 г. № 1485-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

Проблемы реализации модели «opting (or contracting) out» (презумпции согласия) на изъятие трупных органов и (или) тканей в Российской Федерации

Прохоренко Дмитрий Владимирович,
студент Юридической школы
Дальневосточного федерального университета
avtor@lawinfo.ru

В статье затрагиваются проблемы реализации презумпции согласия на изъятие трупных органов и (или) тканей в Российской Федерации. Исследованы статистические сведения, касающиеся состояния трансплантологии в России и зарубежных государствах, проанализированы существующие системы получения согласия от потенциального донора на изъятие и пересадку его органов и (или) тканей реципиентам, рассмотрена соответствующая практика Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека. Выявлены основные проблемы функционирования в нашей стране системы «предполагаемого согласия», в частности возникший дисбаланс между публичным и частным интересом в рассматриваемом контексте, предложены варианты их решения.

Ключевые слова: конституционные права и свободы, достоинство личности, трансплантология, изъятие трупных органов и (или) тканей, презумпция согласия, презумпция несогласия.

Трансплантология как одно из основных и наиболее перспективных направлений развития современной медицины имеет огромное значение в контексте сохранения жизни множества нуждающихся в помощи людей. При этом сам механизм трансплантации органов и тканей отличается особой сложностью как в прикладном, так и в нравственном аспектах. В этой связи потенциально конфликтные общественные отношения, возникающие в сфере трансплантологии, объективно требуют правовой регламентации со стороны государства. Последнее, в свою очередь, должно установить оптимальные юридические формы, посредством которых будет нивелировано возможное противоречие между интересами потенциального донора, чей биологический материал необходим для пересадки нуждающимся (реципиентам), и массовой общественной потребностью в наличии достаточного количества пригодных донорских органов и тканей.

В мировой практике сложилось два способа разрешения вышеуказанного противоречия. Первый способ — система «opting in» (презумпция

несогласия), при которой биологический материал может быть изъят после констатации смерти лица только в том случае, если оно при жизни либо его близкие родственники дали недвусмысленное согласие на это¹. Презумпция несогласия применяется в США, Канаде, Германии, Франции, Нидерландах, Португалии и других странах². Второй способ — система «opting (or contracting) out»³ (презумпция согласия). Ее суть сводится к «молчаливому одобрению» гражданином действий по изъятию после смерти его органов и тканей для их трансплантации реципиентам, если при жизни он или его близкие родственники не выразят возражение. Указанное правило закреплено в ст. 8 Закона Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. «О трансплантации органов и (или) тканей человека» (далее — Закон о трансплантации)⁴. Помимо России, презумпция согласия действует также в Белоруссии, Австрии, Бельгии, Испании, Чехии, Венгрии, Латвии и ряде других государств⁵.

Следует отметить, что существенных преимуществ одной системы над другой не наблюдается, так как каждая из них имеет как плюсы, так и

¹ Комментарии к Руководящему принципу 1 Всемирной организации здравоохранения по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов : резолюция WHA63.22 от 21 мая 2010 г. [Электронный ресурс]. Официальный сайт Всемирной организации здравоохранения. URL: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf?ua=1

² Мохов А.А. Основы медицинского права Российской Федерации (Правовые основы медицинской и фармацевтической деятельности в РФ). М., 2015. С. 257.

³ Комментарии к Руководящему принципу 1 Всемирной организации здравоохранения по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов : резолюция WHA63.22 от 21 мая 2010 г.

⁴ О трансплантации органов и (или) тканей человека : закон РФ от 22 декабря 1992 г. № 4180-1 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Гарант».

⁵ Мохов А.А. Указ. соч. С. 257.

может повлечь определенные негативные последствия. Например, одним из положительных аспектов презумпции согласия является «упрощенный порядок получения органов и тканей в значительных количествах»⁶. Этот аспект становится особенно значимым при наличии в государстве проблемы нехватки донорских органов. Кроме того, нельзя не учитывать и тот факт, что только от трупных тел можно получить непарные органы, при этом исключается вероятность причинения вреда жизни и здоровью донора⁷. Минусом же данной системы является ее сопряженность с определенными этическими проблемами выражения воли самого потенциального донора при жизни либо членов его семьи. Позитивные и негативные черты презумпции несогласия прямо противоположны достоинствам и недостаткам системы «opting (or contracting) out».

Общим условием изъятия органов вне зависимости от того, какая модель принята в той или иной стране, является согласие потенциального донора на соответствующее медицинское вмешательство после его смерти, которое либо наличествует, либо предполагается. При этом в России выполнение данного условия органически связано с рядом естественных и закрепленных в Конституции Российской Федерации прав потенциального донора как человека и гражданина, среди которых: право на неприкосновенность личности, включая личную (физическую) неприкосновенность, являющуюся необходимой предпосылкой правовой охраны его тела после смерти; право на государственную охрану достоинства, включая право человека на достойное отношение к его телу после смерти; право на неприкосновенность частной жизни, предполагающее корреспондирующую «обязанность законодателя обеспечить уважительное отношение со стороны любых третьих лиц к волеизъявлению лица по вопросам, касающимся его личной жизни, гарантируя его учет, в том числе, после смерти данного лица»⁸.

В нашей стране состояние трансплантологии является весьма критичным. При этом отсутствует какая-либо существенная положительная динамика; наблюдается своего рода «стагнация» данной области медицины. Ключевым аспектом рассматриваемой проблемы является нехватка донорских органов. Так, по данным официального сайта ФГБУ «ФНЦТИО имени академика В.И. Шума-

кова» Минздрава России, количество органов, изъятых после смерти донора, в 2012 г. составило 412 трансплантатов (2,9 на 1 млн человек)⁹. В соответствии с аналогичными статистическими данными за 2014 г. количество трупных донорских органов увеличилось лишь до 465 (3,2 на 1 млн чел.). Для сравнения: в Испании за 2014 г. указанное отношение изъятых органов на 1 млн человек составило 35,9, в США — 27, в Германии — 10,7¹⁰. В этой связи важно учитывать, как отмечал директор ФНЦ трансплантологии и искусственных органов им. В.И. Шумакова С.В. Готье, и то обстоятельство, что в 2011 г. в России было выполнено всего 1307 трансплантаций, в то время как реальная же потребность составляет примерно 10–12 тысяч трансплантаций органов в год¹¹.

Именно этим фактором обусловлено применение в России презумпции согласия, причем в том ее виде, в котором она действует уже более 20 лет с момента вступления в силу Закона о трансплантации. Между тем недостатки функционирования отечественного механизма выражения несогласия потенциальным донором приводят на практике к заметному дисбалансу между публичными и частными интересами. Презумпция согласия действует в нашей стране при таких условиях, что формально предоставленное гражданам право выразить свое несогласие фактически не может быть ими реализовано в силу не только отсутствия четкого и последовательного механизма выражения такого несогласия¹², но и элементарной неосведомленности подавляющего числа граждан о сфере трансплантологии.

Последнее обстоятельство подтверждается фактом неоднократного обращения заинтересованных субъектов в Конституционный Суд Российской Федерации с требованиями признать неконституционной соответствующую норму Закона о трансплантации в той части, в которой она не предполагает обязанности сотрудников государственных учреждений здравоохранения сообщать близким родственникам потенциального посмертного донора о планируемом изъятии у него органов, а также выяснять прижизненную волю умершего либо волю его близких родственников в отношении планируемого изъятия органов¹³. При этом факты соответствующих дел объединяет «случайность» обнаружения гражданами сведений о том, что у их близких людей после смерти были изъяты органы для трансплантации.

⁶ Мохов А.А. Указ. соч. С. 257.

⁷ Галева Г.Р. Констатация смерти как право на изъятие органов и (или) тканей человеческого тела по российскому законодательству // Евразийский юридический журнал. 2011. № 3 (34). С. 133.

⁸ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Бирюковой Татьяны Михайловны... : определение Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2016 г. № 224-О [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁹ URL: http://transpl.ru/images/cms/data/organnoe_donorstvo_i_transplantaciya_v_rossijskoj_federacii_v_2012_g.pdf

¹⁰ International Registry in Organ Donation and Transplantation. Worldwide actual deceased organ donors 2014 (pmp): официальный сайт IRODaT [Электронный ресурс]. URL: http://www.irodat.org/img/database/pdf/NEWSLETTER2015_December2.pdf

¹¹ Цит. по: Нагорный В.А., Медведев Е.В. Презумпция согласия на посмертный забор органов и тканей человека для трансплантации в контексте соматических прав личности // Вопросы современной юриспруденции. 2013. № 29. С. 124.

¹² Осипова Л.В., Юдин Е.В. Презумпция неиспрошенного согласия на трансплантацию органов (тканей) человека в РФ: некоторые проблемы и пути решения // Фундаментальные и прикладные исследования в современном мире. 2015. № 12-4. С. 100.

¹³ Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Саратовского областного суда о проверке конституционности статьи 8 Закона Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека» : определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2003 г. № 459-О [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» ; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Бирюковой Татьяны Михайловны... : определение Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2016 г. № 224-О.

Анализируя практику Конституционного Суда Российской Федерации по указанному вопросу, можно выделить следующие принципиально важные правовые позиции. Во-первых, «избранная российским законодателем модель правового регулирования... не является... исключением в мировой практике и в целом основана на общепризнанных принципах и нормах международного права...»¹⁴. Во-вторых, закрепление данной модели происходило «с учетом достигнутого уровня развития национальной системы донорства и трансплантации и сложившегося общественного отношения к данной системе»¹⁵ для целей увеличения количества пригодного для пересадки биологического материала. В-третьих, существует насущная потребность совершенствования порядка выражения волеизъявления потенциальным донором либо его близкими родственниками касательно допустимости изъятия и пересадки его органов и тканей после смерти, а также создания широкой системы информирования населения о сфере трансплантологии, соответствующих правах и обязанностях в ней; решение данных вопросов является исключительной дискрецией законодателя, и на сегодняшний день уже существует разработанный Министерством здравоохранения Российской Федерации проект федерального закона «О донорстве органов, частей органов человека и их трансплантации», принятие которого должно устранить имеющиеся в действующем правовом регулировании сферы трансплантологии несовершенства¹⁶.

Необходимо отметить, что вышеуказанные подходы Конституционного Суда Российской Федерации к решению актуальных проблем применения в Российской Федерации системы «opting or contracting out» согласуются с положениями передовых международных документов, направленных на регламентацию соответствующих отношений. Так, в Комментариях к Руководящему принципу 1 Всемирной организации здравоохранения по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов говорится, что, «учитывая важность получения согласия с этической точки зрения, **такая система (имеется в виду институт «презумпции согласия» — выделено мной)** должна обеспечить полную информированность людей относительно существующей политики и предоставление им беспрепятственной возможности пойти по пути несогласия»¹⁷.

На необходимость надлежащего информационного и юридического обеспечения условий

для беспрепятственного осуществления соответствующих прав указывал и Европейский Суд по правам человека, удовлетворяя жалобу «Петрова против Латвийской республики» в Постановлении от 24 июня 2014 г. по аналогичным основаниям. В данном решении Европейский Суд по правам человека отметил, что «остаётся неясным, как “система предполагаемого согласия”, предусмотренная законодательством Латвийской Республики, функционирует на практике при таких обстоятельствах, в которых оказалась заявительница, когда у нее как у ближайшей родственницы донора были определенные права, но ей не сообщили и уж тем более не объяснили, как и когда эти права можно было осуществить»¹⁸. По мнению ЕСПЧ, принцип законности, на котором основывается функционирование властных структур соответствующих государств, подразумевает «не только соблюдать и применять в предсказуемом и последовательном порядке принятые ими законы, но и обязательно создавать юридические и практические условия для их реализации»¹⁹.

Конституционный Суд Армении считает, что отсутствие целостной системы правового регулирования отношений по выражению волеизъявления лицом быть трупным донором после смерти, необходимых и достаточных правовых гарантий реализации прав граждан в сфере трансплантологии является весомым основанием для признания подобных «пробельных» норм не соответствующими Конституции государства и, следовательно, недействительными²⁰.

Итак, на примере приведенных решений можно отметить, что при одинаковых позициях в отношении необходимости разрешения подобных проблем путем должного урегулирования сферы трансплантологии суды по-разному оценивали соответствующие нормы в контексте противоречия основополагающему акту, будь то национальные конституции государств либо Конвенция о защите прав человека и основных свобод, — Конституционный Суд Российской Федерации отказал в принятии к рассмотрению обращений, Европейский Суд по правам человека и Конституционный Суд Армении удовлетворили требования заявителей. Это обстоятельство еще раз подтверждает особенную напряженность ситуации, сложившейся в нашей стране в сфере практического донорства, когда сохраняется существенный дефицит необходимого биологического материала. Как представляется, в подобных условиях, учитывая существующий уровень развития трансплантологии

¹⁴ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Бирюковой Татьяны Михайловны... : определение Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2016 г. № 224-О.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Комментарий к Руководящему принципу 1 Всемирной организации здравоохранения по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов : резолюция WHA63.22 от 21 мая 2010 г.

¹⁸ Дело «Петрова (Petrova) против Латвийской Республики» (жалоба № 4605/05) : постановление ЕСПЧ от 24 июня 2014 г. [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Там же.

²⁰ По делу об определении вопроса соответствия статьи 7 Закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека» Конституции Республики Армения на основании обращения защитника прав человека РА : постановление Конституционного Суда Республики Армения от 14 сентября 2010 г. ПКС-913 [Электронный ресурс]. Официальный сайт Конституционного Суда Республики Армения. URL: <http://www.concourt.am/russian/decisions/common/pdf/913.pdf>

в России, признать недействительным имеющееся правовое регулирование в «ожидании» внесения в него необходимых корректировок законодателем и нивелировать этим едва ли не единственную возможность получения органов и тканей для реципиентов было бы неверно.

Конституционный Суд Российской Федерации обоснованно указал, что необходимые новеллы в сферу правовой регламентации указанных отношений могут быть внесены лишь парламентом, которому необходимо комплексно и оперативно, с учетом имеющегося зарубежного и международного опыта разработать «пакет» нормативных правовых документов, направленных на обеспечение реальной возможности выражения гражданином РФ своего несогласия быть донором органов и тканей после смерти. Лишь при таком подходе может быть достигнут должный баланс интересов всех вовлеченных в орбиту трансплантологических вопросов заинтересованных.

В настоящее время готовится к рассмотрению в первом чтении законопроект № 686380-6 «О внесении изменений в статью 8 Закона Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека» и статью 47 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», которым предлагается установить презумпцию испрошенного согласия на изъятие трупных органов и (или) тканей человека. Следует отметить, что предлагаемая авторами проекта модель получения согласия потенциального донора также весьма противоречива — осуществлению трансплантации биологического материала препятствуют два основания, а именно наличие прижизненного несогласия лица на соответствующее медицинское вмешательство после его смерти либо выражение данного несогласия его близкими родственниками или законными представителями уже после его смерти. При этом в последующих положениях законопроекта говорится лишь о возможности выразить вышеобозначенными субъектами определенным способом свое согласие на изъятие и пересадку органов и тканей, а также о том, что соответствующая информация подлежит внесению в электронную базу данных доноров органов и тканей²¹.

Как видно, данный документ не регламентирует процедуру выражения несогласия потенциального донора и иных уполномоченных лиц, что в значительной степени осложняет — как формально, так и практически — эффективную возможность ее действительной реализации. В этой связи использование иных способов фиксации волеизъявлений потенциальных доноров, помимо элек-

тронного реестра, представляется неприемлемым, так как только последний в состоянии гарантировать централизованное хранение соответствующих сведений, без которого едва ли возможно их адекватное выяснение, что на практике может привести к затруднительным казусам. Данную позицию разделяют также некоторые представители научного сообщества, считая наиболее оптимальным на сегодняшний день способом учета соответствующих волеизъявлений создание и ведение единого государственного реестра (регистра)²², в который упорядоченно и централизованно будут вноситься определенные данные о потенциальных донорах. Благодаря такому реестру медицинский работник сможет в случае необходимости оперативно получить доступ к информации о возможном несогласии гражданина на трансплантацию его органов и тканей после смерти. Следует отметить, что введение подобного института в нашей стране впервые предусматривалось в проекте закона «О донорстве органов, частей органов человека и их трансплантации», который был разработан в 2013 г., но так и не был рассмотрен в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации²³.

Авторами законопроекта № 686380-6 за основу был взят опыт США, где используется презумпция несогласия. В США действует «Единый акт об анатомическом даре» (Uniform Anatomical Gift Act) в редакции 2009 г., который определяет выражение прижизненного согласия лица на изъятие его биологического материала после смерти как акт дарения (Anatomical gift), не ограничиваясь в данном случае лишь сферой трансплантологии — тело либо его части могут быть «подарены» лицом и в целях терапии, исследования или науки. Информация об указанных «анатомических дарах» содержится в специальных документах, к которым могут быть отнесены, в частности, водительские права, идентификационные карты и записи в донорском реестре. Важно учесть, что использование всех указанных средств фиксации волеизъявления гражданина четко регламентировано в соответствующем Едином акте²⁴.

Авторы законопроекта считают, что рецепция данного опыта способствует оптимизации процедуры получения согласия²⁵; однако, на наш взгляд, предлагаемая ими формулировка самой презумпции не позволит должным образом «имплементировать» указанную иностранную модель в правовую модель России и лишь усилит правовую неопределенность соответствующих отношений.

Как следствие, говорить о переходе нашей страны к модели «испрошенного согласия» явля-

²¹ О внесении изменений в статью 8 Закона Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека» и статью 47 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»: законопроект № 686380-6 [Электронный ресурс]. Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания РФ. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/>

²² Евдокимов В.Б., Тухватуллин Т.А. Право гражданина Российской Федерации на отказ от посмертного изъятия органов для трансплантации: правовые проблемы реализации // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 1. С. 60.

²³ О донорстве органов, частей органов человека и их трансплантации (пересадке): проект Федерального закона [Электронный ресурс]. Федеральный портал проектов нормативно-правовых актов. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#nra=5397>

²⁴ Uniform Anatomical Gift Act (UAGA) [Электронный ресурс]. Официальный сайт Uniform law commission. URL: <http://www.uniform-laws.org/>

²⁵ О внесении изменений в статью 8 Закона Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека» и статью 47 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»: законопроект № 686380-6.

ется более чем преждевременным, а потому преодолеть негативные последствия сложившейся ситуации можно только путем анализа и учета имеющегося положительного опыта государств, применяющих, аналогично России, презумпцию согласия.

Так, Испания, демонстрирующая на протяжении последних лет лучшие мировые показатели обеспечения населения донорскими органами, быстро достигла столь высокого результата главным образом благодаря созданию отлаженной организационной системы, включающей единую правовую базу в соответствующей сфере, централизованный механизм получения органов, а также активные меры по информированию и просвещению населения о необходимости донорства²⁶. Наибольший интерес вызывает то, как испанским властям удалось сформировать положительно ориентированное на посмертное донорство общественное сознание, в частности благодаря общераспространенным призывам: «Не забирайте ваши органы на небеса, они нужны нам здесь, на земле»²⁷.

В Чили в октябре 2013 г. путем внесения изменений в закон «Об органном донорстве» (*Organ Donor Act*) была установлена так называемая система приоритетов, заключающаяся в том, что, при прочих равных условиях, те, кто не включен в реестр лиц, отказавшихся быть донорами, будут иметь приоритетное право на пересадку им в случае необходимости органов и (или) тканей. При этом установлена обязанность лиц, не желающих быть посмертными донорами, представить нотариально заверенное заявление в соответствующий реестр. В противном случае их согласие на трансплантацию биологического материала после смерти будет презюмироваться²⁸. Нельзя не заметить, что в доктринальной литературе дается положительная характеристика данной реформы в связи с тем, что использование механизмов приоритета при распределении органов нуждающимся лицам в зависимости от их волеизъявления о согласии (несогласии) на изъятие после смерти их органов и (или) тканей является действенным стимулом выражения согласия потенциальными донорами на соответствующую трансплантацию. Кроме того, «система приоритетов» способствует установлению в обществе принципов всеобщей справедливости и солидарности²⁹.

Исходя из этого, представляется, что потребность в принятии нового федерального закона, регулирующего сферу трансплантологии, более чем насущна. Соответственно, позволим предположить, что он — наряду с иными положениями — мог бы содержать следующие положения, касающиеся изъятия органов и (или) тканей из тела после смерти для трансплантации:

1. Для выражения своего волеизъявления о согласии или о несогласии на изъятие органов и (или) тканей из своего тела после смерти для трансплантации (пересадки) совершеннолетнему дееспособному лицу необходимо подать заявление о согласии или несогласии на изъятие.

2. Заявление подается в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере здравоохранения, или его территориальный орган.

3. Заявление может быть подано как лично, так и через представителя, а также в форме электронного документа с использованием информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети «Интернет», включая единый портал государственных и муниципальных услуг.

4. Федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере здравоохранения, или его территориальный орган вносят указанные в заявлении сведения в Единый государственный реестр доноров органов, реципиентов и донорских органов человека. Порядок ведения Единого реестра устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере здравоохранения.

5. Сотрудники учреждения здравоохранения перед изъятием органов и (или) тканей у трупа для их трансплантации (пересадки) должны убедиться в отсутствии в Едином реестре сведений о несогласии лица при жизни на изъятие.

6. В случае отсутствия в Едином реестре сведений о несогласии лица при жизни на изъятие, а также отсутствия возможности данного лица выразить волеизъявление в силу пребывания в учреждении здравоохранения на излечение в тяжелом состоянии правом заявить о своем несогласии на изъятие обладает супруг (супруга), а при его (ее) отсутствии — один из близких родственников в следующей последовательности: родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, бабушка, дедушка, внуки.

7. В случае нарушения установленных правил и (или) осуществления изъятия органов и (или) тканей у трупа для трансплантации (пересадки) вопреки выраженному в Едином реестре либо заявленному супругом (супругой) или близкими родственниками лица несогласию на изъятие сотрудник учреждения здравоохранения несет ответственность, установленную законодательством Российской Федерации.

8. При прочих равных условиях лицо, выразившее несогласие на изъятие, если соответствующие сведения содержатся в Едином реестре, не обладает приоритетным правом реципиента

²⁶ Шестакова Г.Н., Лысак М.М., Дарвин В.В., Краснов Е.А., Колесников С.Д. Донорство органов в мире и Российской Федерации. Состояние проблемы сегодня // *Здравоохранение Югры: опыт и инновации*. 2015. № 3. С. 28–29.

²⁷ Медведев Е.В., Нагорный В.А. Правовые формы изъятия органов и тканей человека для трансплантации // *Медицинское право*. 2015. № 2. С. 45.

²⁸ Alejandra Zúñiga-Fajuri. Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile // *Bulletin of the World Health Organization* 2015; 93:199-202.

²⁹ Alejandra Zúñiga-Fajuri. Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile. 93:199-202.

на трансплантацию (пересадку) ему органов и (или) тканей.

9. В случае отсутствия сведений о несогласии лица на изъятие в Едином реестре, а также отсутствия заявленного его супругом (супругой) или близкими родственниками несогласия на изъятие данное согласие лица предполагается.

10. В целях осуществления добровольного донорства органов и (или) тканей человека для трансплантации (пересадки), исходящего из человеческой солидарности и сострадания, осуществляются просвещение населения и его информирование о донорстве органов человека и (или) тканей человека для трансплантации (пересадки) как средства спасения жизни и восстановления здоровья человека, о правовом регулировании соответствующих отношений.

11. Просвещение и информирование осуществляются федеральными органами исполнительной власти в сфере охраны здоровья, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации в сфере охраны здоровья, а также медицинскими организациями, участвующими в осуществлении донорства органов и (или) тканей человека для трансплантации (пересадки), в порядке и с периодичностью,

определяемой федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере здравоохранения.

12. Государство всемерно поощряет участие в просвещении и информировании населения по вопросам трансплантации в качестве средства спасения человеческой жизни общественных, религиозных, неправительственных (некоммерческих) и иных организаций.

В заключение важно подчеркнуть, что имманентной целью существования и развития правового государства, к числу которых причисляет себя и Россия, закрепляя соответствующее положение на конституционном уровне, является уважение, соблюдение и защита прав и свобод своих граждан, что ставит высокий уровень их благополучия в основу действия всех, в том числе и властных, институтов общества, вследствие чего правовое реформирование сферы трансплантологии в нашей стране, в том числе в контексте обеспечения должной реализации модели «opting (or contracting) out» на изъятие трупных органов и (или) тканей, предстает одной из задач, требующей незамедлительной реакции со стороны государства.

Аналогия в праве и судебный прецедент (сравнительно-правовые параллели)

Часть 1*

*Блохин Павел Дмитриевич,
советник судьи Конституционного Суда Российской Федерации,
старший преподаватель Национального исследовательского
университета «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук
Pavel.Blokhin@ksrf.ru*

Настоящая статья продолжает серию публикаций автора, посвященных использованию аналогического мышления в конституционно-судебной деятельности. В первом ее разделе демонстрируется, почему вопрос аналогичности занимает видное место в американской доктрине судебного прецедента и в практике Верховного Суда США. Во втором разделе показывается, какое значение проблема аналогии имеет для теории судебного минимализма К. Санстейна. В третьей главе объясняется, почему с позиции экономического анализа Р. Познера роль аналогии сильно переоценена. В четвертой главе обосновывается ценность полученных выводов для отечественной теории и практики конституционного судопроизводства.

Ключевые слова: аналогия, судебный прецедент, доктрина *stare decisis*, техника различий, Верховный Суд США, правовые позиции, судебный минимализм, экономический анализ.

«...установилось правило, что все однажды совершенное может быть законным образом совершено вновь; на этом основании судьи с великою заботливостью сохраняют все старые решения, попирающие справедливость и здравый человеческий смысл. Эти решения известны у них под именем прецедентов; на них ссылаются как на авторитет, для оправдания самых несправедливых мнений, и судьи никогда не упускают случая руководствоваться этими прецедентами».

Джонатан Свифт.
«Путешествия Гулливера»

Введение

Прежде основного повествования необходимо показать, насколько плодотворным рассмотрение проблемы аналогии может быть применительно к доктрине прецедента, в частности, в американском праве. Ответ, лежащий на поверхности, состоит в следующем: как широко признано в науке и точно указано в Стэнфордской энциклопедии философии, прецедент и аналогия есть основ-

ные формы обоснования в странах общего права, в частности Соединенном Королевстве и США. Основная философская проблема, возникающая в связи с этим, состоит в том, «когда два дела могут считаться “одинаковыми” для целей прецедента» или «когда два дела являются “подобными” для целей аналогии» и «почему решение по более раннему делу оказывает влияние на решение по более позднему делу»?¹ Л.В. Головкин в своей яркой статье попытался доказать, что и в странах общего права судебный прецедент «ничуть не связывает суд при принятии решения», так как «ссылка на предшествующие прецеденты на самом деле есть его право» и результат дискреционного, творческого акта, а цитирование прецедентов является лишь способом «внешней легитимации судебной власти»; судья же из страны континентальной правовой системы (в том числе российский) просто «никогда не сошлется на подлинный источник собственного вдохновения»². Но такая позиция явно не является магистральной в американской науке: Эдвард Леви в известной работе 70 лет назад писал: базовая модель юридического обоснования — обоснование «от дела к делу», обусловленное доктриной прецедента, когда сперва находится «сходство между делами», затем «провозглашается правовая норма, неотъемлемая для первого дела»,

* Исследование поддержано РГНФ, проект 15-23-01002.

¹ URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

² Головкин Л.В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 6–34.

наконец, эта «норма делается применимой для второго дела»³. В таком случае аналогическое обоснование в американском праве весьма значимо, что подтверждается внушительным числом научных публикаций.

Далее, пригодность полученных выводов применительно к иностранному правопорядку, относящемуся к иной «правовой семье», также требует объяснения. В самом общем смысле такое объяснение — высказанный учеными тезис о «естественной конвергенции» в праве — сближении «параметров национального права стран с разными правовыми традициями»; со стороны стран общего права она замечена в «движении от судебного прецедента к прецедентам толкования»⁴ (когда прецедент основывается не на более раннем прецеденте, а на статуте и содержит истолкование его положений, а не новое правило); со стороны стран континентального права она выражена в том, что «в большинстве юрисдикций гражданского права толкование судьей законодательства не препятствует использованию некоторых судебных решений в качестве аналога прецедента» (концепция единообразия правоприменительной практики)⁵. Поэтому утверждать, что любые суждения относительно роли аналогии в судебной практике США неприменимы для исследования российского судопроизводства, было бы преждевременным.

Акцент в повествовании на конституционной юриспруденции также нуждается в пояснении, особенно учитывая, что в отечественной правовой науке проблему аналогии традиционно относят к разделу общеправовой теории и теории процессуального права. Этот выбор вызван и объективными обстоятельствами: ВС США, рассматривая конкретный спор в качестве суда высшей апелляционной инстанции, одновременно разрешает вопрос конституционно значимого характера, дисквалифицируя или истолковывая акты Конгресса и формулируя правоположения, являющиеся на практике общеобязательными. При этом существует мнение, что в США «именно в конституционном праве правило *stare decisis* всегда применялось с наименьшей жесткостью... при разрешении конституционных конфликтов судьи считают себя обязанными следовать прежде всего положениям самой Конституции, а не предшествующим прецедентам ее толкования»⁶. Также в сравнительно-правовых исследованиях отмечалось, что «конституционное толкование Верховным Судом отличается от традиционного (в общем праве) понимания прецедента, в особенности, поскольку факты играют менее значимую роль»⁷. Уже эти обстоятельства не могут не обуславливать специфику обращения к аналогии.

В объяснении нуждается и то, почему, обозначив наименование темы довольно широко, автор далее останавливается преимущественно на работах двух ученых — Р. Познера и К. Санстейна. Думается, и этот выбор нельзя считать совершенно произвольным: взгляды именно этих ученых, неоднократно вступавших в дискуссию, полярны друг другу по многим вопросам; они ставят исследуемую проблему в любопытные контексты собственных построений (экономический анализ, стратегия судебного минимализма); наконец, именно они считаются сегодня едва ли не самыми уважаемыми и часто цитируемыми в западном юридическом сообществе. Это, конечно, не отменяет необходимости обратиться к трудам не менее именитых ученых (Б. Кардозо и Э. Леви, Ф. Шауэра и Л. Уайнреба), посвященным общеправовым аспектам аналогического обоснования.

Прецедент и аналогия в США (общий обзор)

Для того чтобы дальнейший анализ поставленной проблемы состоялся, необходимо хотя бы поверхностно обратиться к юридическим понятиям, имеющим ключевое значение для такого анализа: доктрина «следовать решенному» (*stare decisis*) и обязывающий прецедент (*binding precedent*); основание решения (*holding*) и попутно сказанное (*obiter dictum*); следование прецеденту (*following*), различение (*distinguishing*), сужение (*narrowing*) и распространение (*extending*), отмена (*overruling*).

1. В концентрированном понимании доктрина «вертикального» прецедента и «горизонтального» прецедента или *stare decisis* («стоять на решенном и не изменять то, что было установлено» — *lat.*) предполагает, что в странах общего права «решение вышестоящего суда в пределах одной юрисдикции выступает в качестве обязывающей силы в отношении нижестоящего суда...», при этом при рассмотрении сходного дела «суд более высокого уровня не обязан следовать решению нижестоящего суда... некоторые суды не применяют доктрину *stare decisis* и в отношении собственных прежних решений», а могут положиться «на не имеющий обязывающей силы прецедент, относящийся к иной юрисдикции», в том числе юрисдикции другого штата в федеративном государстве, а также другой страны⁸. В общем, речь идет о том, что суд подчиняется чужой логике, выраженной ранее по аналогичному спору (будь то нижестоящий суд или иной состав того же суда). Насколько нам известно, такое понимание обязывающей силы прецедента и принципа «следовать решенному», с определенными оговорками и изъятиями, разделяется абсолютным большинством исследователей-компаративистов, противопоставляющих их

³ Edward Hirsch Levi. An Introduction to Legal Reasoning // 15 University of Chicago Law Review, 501 (1948). С. 501.

⁴ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития // Российское правосудие. 2012. № 5. С. 24–26.

⁵ Ларо М. Роль судебного прецедента в правовой системе США // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2009 года. М.: Статут, 2011. С. 32–33.

⁶ Петрова Е.А. Правило *stare decisis* как основа судебного правотворчества в США // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 3.

⁷ Komarek Jan. Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts // LSE Legal Studies Working Paper No. 4/2011. С. 11.

⁸ Paul M. Perell. *Stare decisis* and the techniques of legal reasoning and legal argument // Legal Reasoning and Legal Argument (1987).

континентально-правовому принципу *res judicata* (обязательность окончательного судебного решения для сторон спора и возможность его преодоления лишь для исправления фундаментальных ошибок). В отечественной науке также отмечается непреложность доктрины прецедента и одновременно постепенный отказ от принципа «жесткого» прецедента, т.е. действующего по горизонтали в отношении высших судов; что касается убеждающей силы зарубежного прецедента, то признается, что она все же способствовала «созданию единой правовой культуры в данной семье»⁹.

Конечно, в таком изложении судебное решение, обладающее общеобязательной силой, трудноотлично от статута, хотя известно, что разница между ними велика как в континентальном, так и в англосаксонском праве. Существует не менее трех убедительных обоснований природы прецедента: как решения, устанавливающего правила поведения (нормы), выявляющего основополагающие принципы, определяющего баланс аргументов¹⁰. Принято считать, что структурно судебное решение в странах общего права включает в себя в качестве важнейшего элемента обоснование (*reasoning*), ведущее от описания фактических обстоятельств к разрешению поставленного сторонами спорного вопроса. В центре обоснования принято выделять *ratio* решения (аналог в амер. праве — *holding*) — которое и представляет собою правило, сформулированное судом, обладающее общеобязательным значением, и *dicta* — также правовые доводы, но являющиеся периферийными, не устанавливающие правила («замечания суда по вопросам, не относящимся к предмету его рассмотрения, выводы по вопросам, не обязательные для исхода дела, всесторонние пояснения массива правовых норм или просто не относящиеся к делу пояснения»¹¹). Против нормативного понимания прецедента поэтому выдвигаются следующие доводы: специфическая форма решения и существование техники различий.

И хотя судебные решения по существу спора действительно «высоко дискурсивные тексты и крайне редко идентифицируют собственное *ratio*» в отличие от «канонического изложения правила», устанавливаемого статутом, это может означать лишь, что «право, выявленное в прецеденте, более расплывчато и неопределенно», а вовсе не то, что «прецеденты не создают правил» вовсе¹². Отечественные исследователи также в основном приходят к выводу, что «правовая норма, содержащаяся

в прецеденте, носит неписанный характер, не имеет четкого письменного изложения, часто туманна», и более того — «формулируется не только на основе одного решения, но в большинстве случаев — на основе целой цепочки дел», но опять же, речь идет именно о *rule* или *command*, т.е. о норме или правиле поведения¹³. Причем установление *holding* в американских решениях — не столь сложная задача, как *ratio* — в английских. Первые представляют собою обычно так называемое *majority opinion*, т.е. единое мнение от имени более чем половины судей (при наличии полностью или частично не совпадающих особых мнений (*dissents*) и совпадающих особых мнений (*concurrences*))¹⁴, или *plurality opinion*, если большинство имеет лишь относительный характер; вторые, как правило, состоят из «калейдоскопа индивидуальных решений судей, обычно пяти, объединенных разве что общей «шапкой», включая прежде всего «лидирующее решение» (*leading judgment*)¹⁵.

Таким образом, прецедент в упрощенном виде может быть охарактеризован двумя основными свойствами: содержательным (формулирование или провозглашение¹⁶ правила поведения, не существовавшего или не выявленного ранее) и приписываемым (обязательность для суда соответствующей юрисдикции, обеспечиваемая возможностью апелляции). Так, в деле «*Rippo v. Baker*»¹⁷ Верховный Суд напомнил череду прецедентов, образующих правило: оговорка о надлежащей процедуре может требовать отвода судьи, даже когда не доказано наличие реально существующего, субъективного предубеждения (*actual bias*), однако объективно в имеющихся обстоятельствах вероятность пристрастности со стороны обычного судьи слишком высока, чтобы быть конституционно допустимой (*Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie* 1986 г., *Withrow v. Larkin* 1975). Признавая свою юрисдикцию в этом деле, Суд напомнил основополагающую для судебной системы федеративного государства доктрину *Adequate and independent state ground*, в силу которой у него нет юрисдикции по рассмотрению федерального требования о пересмотре решения суда штата, только если такое решение основывается на законе штата, который является «независимым» от существования федерального требования и составляет «адекватную» основу для решения (*Foster v. Chatman* 2016 г.). Как заметил Дж. Нэш, «Верховный суд является окончательным толкователем федерального законодательства, а верховенство права предполагает призна-

⁹ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития. С. 19–20; Богдановская И.Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 77 и др.

¹⁰ URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

¹¹ Frederick Schauer. Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning / Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. С. 56.

¹² URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

¹³ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент в странах «общего права»: особенности развития. С. 22; Богдановская И. Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве». С. 78.

¹⁴ См.: Евсеев А.П. Верховный Суд США сегодня. Харьков: Юрайт, 2014.

¹⁵ Евсеев А.П. Верховный Суд Соединенного Королевства: становление. Харьков: Юрайт, 2014.

¹⁶ «Из деклараторной легенды следует, что суд, не создавая право, вместе с тем как бы «открывает» его положения, оглашает их (*declare*) при установленных в деле обстоятельствах и по ним же решает дело» — Арановский К.В., Князев С.Д. Судьба судебного прецедента в романо-германском праве // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 4. С. 30–38.

¹⁷ *Rippo v. Baker*, 580 U.S. 2017.

ние этого нижестоящими судами — штатов, так же как и федеральными — независимо от того, согласен ли суд низшей инстанции с доводами Верховного Суда, и от масштаба проблемы»¹⁸.

Вместе с тем понимание обязывающей силы прецедента как механического следования судом правилу, установленному *holding* решения, несомненно, было бы примитивным и далеким от правды.

Во-первых, суды высокого уровня (в США это апелляционные суды и федеральный Верховный Суд) вправе прямо отказаться от сформулированного ими ранее прецедента (полностью или в части), сочтя его явно ошибочным (*manifestly wrong*). Речь идет именно об исключительных ситуациях, когда «последствия ошибочного решения столь серьезны... что заслуживают его отмены», а вовсе не о любом несогласии с прежним решением, поскольку иначе доктрина *stare decisis* лишилась бы всякого смысла¹⁹. В одном из решений ВС США сформулировал ряд конкретных критериев, которые позволяли бы оценить ему «соответствие отмены прежнего решения идеалу верховенства права»²⁰. В США эта практика получила большее распространение, хотя именно в Англии сформулированы понятия *per incuriam* (согласно Юридическому словарю Блэка, «по небрежности») и *lapsed rule* (буквально — утратившее силу правило), обоснованные лордом Дэннингом, по смыслу которых решение Палаты лордов может быть отвергнуто, если оно ошибочно не учитывает всех существенных положений статутного и прецедентного права, или если основание, положенное в его основу, перестало существовать с течением времени²¹. Впрочем, еще Бенджамин Кардозо писал, что приверженность прецеденту должна знать исключения, «когда правило, после того, как оно было должным образом проверено опытом, оказалось несовместимым с чувством справедливости или общественным благосостоянием»²².

Во-вторых, «зеркальным отображением» следования прецеденту (т.е. последовательного применения его к тождественному набору обстоятельств) является «различение» или «дифференцирование» нового дела и прецедента, на первый взгляд совпадающих. Различение означает, по емкому определению одного автора, возможность «не применять прецедент, когда наилучшее прочтение этого прецедента допускает его неприменение», а значит, «различение или нераспространение сохраняет прецедент таким, какой он есть»²³. Иными словами, речь идет о неприменении прецедента

по мотивам наличия существенных (*relevant*) различий в обстоятельствах двух дел, при котором *ratio* первого решения не подвергается сомнению или модификации, как и при следовании ему. Как пишет Фредерик Шауэр, «на практике большой объем юридических доводов — это попытка одной стороны утверждать, что некоторое решение вышестоящей инстанции предопределяет результат настоящего дела, в то время как другая сторона настаивает на том, что существует достаточное различие между ними»²⁴. В случаях же, когда любые различия совершенно незначительны, говорят, что прецедент полностью подходит (*on all fours*).

В-третьих, напротив, распространение «означает применение прецедента, когда его наилучшее прочтение допускает его неприменение», причем именно «принцип *stare decisis* диктует необходимость применения прецедента, но не его распространения»²⁵. Иными словами, распространение предполагает расширение сферы действия *ratio* решения на новый круг жизненных ситуаций, в сравнении с тем, как она определена судом ранее.

В-четвертых, интерес представляет «сужение» прецедента, т.е. «неприменение прецедента, когда его наилучшее прочтение требует его применения», которое, как и распространение, создает «напряженность между наилучшим прочтением предположительно обязывающего прецедента и тем, как этот прецедент использован в новом деле»²⁶. Иными словами, сужение означает исключение из сферы действия прецедента (его *ratio*) ряда ситуаций за счет признания существенными фактов нового дела, которые суд в прецедентном решении рассматривал (бы) как несущественные. По этой причине, технику сужения разные авторы именуют «ограничительным различием» (*restrictive distinguishing*) или «скрытой отменой» (*stealth overruling*)²⁷.

Что касается прямой или скрытой отмены нижестоящим судом прецедента, сформулированного судом высшим, то сам Верховный Суд такую практику не одобряет. Среди множества примеров тому можно привести решение ВС США по делу «*Shaun Michael Boss v. Oklahoma*» 2016 г., где тот установил следующее. В деле «*Booth v. Maryland*» 1987 г. ВС счел, что Восьмая поправка запрещает суду присяжных в деле, допускающем вынесение смертного приговора (*capital trial*), рассматривать показания жертвы (членов ее семьи) о страданиях, причиненных преступлением (*victim impact evidence*), которые не относятся непосредственно к обстоятельствам преступления, а также показа-

¹⁸ URL: <http://law.emory.edu/faculty-and-scholarship/faculty-profiles/nash-profile.html>

¹⁹ Frederick Schauer. Op. cit. С. 60.

²⁰ Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania, 505 U.S. 833 (1992).

²¹ James Holland, Julian Webb. Learning Legal Rules: A Students' Guide to Legal Method and Reasoning (8th edn). Oxford University Press, 2013. P. 163–165.

²² Benjamin N. Cardozo. The Nature of the Judicial Process / New Haven and London: Yale University Press, 1921.

²³ Richard M. Re. Narrowing Precedent in the Supreme Court // 114 COLUM. L. REV. 1861, 1910 (2014).

²⁴ Frederick Schauer. Op. cit. P. 56.

²⁵ Richard M. Re. Op. cit.

²⁶ Ibid.

²⁷ Richard M. Re. Narrowing Supreme Court Precedent from Below // 104 Georgetown Law Journal 921 (2016).

ния родственников жертвы об их оценке преступления, подсудимого и справедливого наказания. В деле «*Payne v. Tennessee*» 1991 г. Суд счел ошибочным такое толкование Конституции и отменил его в части запрета показаний относительно личности жертвы и эмоциональной травмы, причиненной ее семье. Суд Оклахомы, рассматривая апелляцию осужденного, установил, что жюри заслушивало мнения родственников убитой относительно наказания, однако счел, что запрет на подобные действия 1987 г. был отменен ВС США в решении 1991 г. Верховный Суд же, рассматривая жалобу осужденного, пришел к выводу, что суд штата неправоммерно трактовал дело *Payne* как отменивший запрет *Booth* во всех его аспектах, и указал: «отмена собственных решений — это прерогатива лишь данного Суда», «наши решения остаются обязывающим прецедентом до тех пор, пока мы не сочтем нужным пересмотреть их, независимо от того, что последующие дела поставили под сомнение их сохраняющуюся актуальность»²⁸.

В итоге, как замечает М. Ларо, действительно, «суд, принимая решение, сам определяет, существуют ли фактические отличия», и тем самым «решает, насколько обязательно применение прецедента»²⁹, однако «обязательный прецедент должен использоваться, даже если судья, рассматривающий более позднее дело, не согласен с правовым принципом, установленным при рассмотрении предыдущего дела. В отсутствие чрезвычайных обстоятельств суд обязан следовать предыдущему решению»³⁰. Таким образом, все, что говорит Л.В. Головкин в своей статье, относится скорее к убеждающему прецеденту и к доводам по аналогии. Как заметил Ф. Шауэр, судья может взять на вооружение доводы, приведенные иным судьей, и процитировать его решение по аналогии, чтобы «подтвердить источник своей информации и дать ориентир для исследования другим», но его собственная аргументация «не продиктована» существованием этого решения; напротив, следование обязывающему прецеденту вытекает из статуса этого решения и не зависит от убежденности судьи в его правильности³¹. В общем, в связанности судьи предшествующим решением, порой ошибочным и неодобряемым, состоит отличие судебной деятельности как от повседневного познания

или научного исследования, так и от законодательства.

2. Как известно, два американских политолога в своем исследовании 1993 г. о роли убеждений (*attitudes*) в голосовании судей подвергли сомнению влияние на этот процесс правовых доводов (недвусмысленных правовых норм, законодательных намерений, *stare decisis* и балансирования ценностей) в силу их гибкости или неопределенности³². Следует оговориться сразу, что, во-первых, их исследование, вдохновленное движением правового реализма³³, касалось именно судей Верховного Суда США, во-вторых, эмпирические данные были серьезно ограничены как количественными, так и временными рамками, в-третьих, методика исследования была довольно специфической. Так или иначе, их выводы подверглись критике в более поздних работах — другие авторы, несколько изменив методику, заключили (также с оговорками), что более чем в 50% случаев члены Суда при голосовании исходили из прецедента, даже если этот прецедент противоречил их предыдущему голосованию по схожему делу, и потому нет оснований утверждать, что судьи игнорируют доктрину *stare decisis*³⁴.

В поддержку доктрины *stare decisis* в литературе также приводятся примеры «твердо установленных прецедентов» (*firmly based precedents*), пойти против которых не позволит себе ни один судья Верховного Суда, даже будучи принципиально не согласным с изложенным в них толкованием Конституции, поскольку это означало бы разрушение устоявшегося уклада жизни или сложившейся экономической системы³⁵. Хрестоматийный пример — второе дело о законном платежном средстве (*Second legal tender case*), в отношении которого государственный деятель Роберт Борк написал: «...если бы судья сегодня принял решение, что бумажные деньги неконституционны, я думаю, его следовало бы сопровождать не клерку, а опекуна». Другой пример — дело «Браун против Совета по вопросам образования» (*Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*), где было объявлено противоречащим Конституции раздельное обучение чернокожих и белых школьников и отвергнут прецедент «*Plessy v. Ferguson*»; хотя «Суд Уоррена» сам проявил в этом случае явный активизм³⁶,

²⁸ Shaun Michael Boss v. Oklahoma, 580 U. S. 2016.

²⁹ Ларо М. Соблюдение судебного прецедента — это мудрая политика // Налоговед. 2010. № 8. С. 34.

³⁰ Ларо М. Прецедентное значение судебных решений в Соединенных Штатах Америки // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2011 года. М.: Норма, 2013. С. 157.

³¹ Frederick Schauer. Op. cit. P. 39–40 и 88–91.

³² Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth. The Supreme Court and the Attitudinal Model. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

³³ Для К. Левеллина, Д. Фрэнка были характерны: признание «имманентной пробельности системы позитивного права и неопределенности позитивных норм... недоверие в целом к идее об абсолютной обязательности позитивных норм (прецедентов и норм законов)... акцент на свободе судебного усмотрения и неизбежной субъективности суда как при разрешении спора в пробельной зоне позитивного права, так и при решении вопроса о следовании прецеденту и толковании законов... на роли, которую играют соображения политики права (справедливости, общественной пользы и др.)» — Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011. 308 с.

³⁴ Brenner S., Stier M. Does *stare decisis* influence the justices' voting on the Supreme Court // Law & Courts Volume 18, No. 1, Winter 2008, p. 4–10.

³⁵ Ibid. P. 11–13.

³⁶ «В самом общем виде судебский активизм — это выход судьи в процессе правотворчества за рамки буквы Конституции, формулирование новых правовых позиций и активное реагирование на новые социально-экономические условия», явление, получившее распространение в 40–60-е годы XX в. благодаря ВС США под председательством Эрла Уоррена — Мишина Е.А. Из американского опыта обеспечения личной независимости судей // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 4. С. 132.

подвергнув пересмотру доктрину «разделенных, но равных» в образовании, после этого дела вопросы сегрегации ставились неоднократно (раздельное пространство на пляжах, уроках гольфа, в парках и зале суда) и едва ли могли быть разрешены иначе, чем в этом историческом постановлении.

Вместе с тем считается, что Л. Брандейс, утверждавший, что «*stare decisis* — обычно мудрая политика, поскольку в большинстве вопросов важнее, чтобы применимая норма права была установлена, чем чтобы она была установлена верно», одним из первых также заявил: гибкость в процессе пересмотра прецедентов особенно важна при рассмотрении конституционных дел³⁷. Подробное обоснование этому явлению предложил Э. Леви в своей работе: «...конституционная интерпретация не может быть столь последовательной, как развитие прецедентного права или применение статут... изменение мышления время от времени неизбежно там, где есть писаная конституция...», суд «всегда может отбросить то, что было сказано, с тем, чтобы вернуться назад к самому письменному тексту», поскольку «основные термины, записанные в документе, являются слишком неоднозначными, идеалы слишком противоречивыми, и ни одна интерпретация не может быть определяющей»³⁸.

Следовательно, в конституционном правосудии, осуществляемом в лице Верховного Суда США посредством истолкования или дисквалификации норм, противоречащих федеральной Конституции, прием сужения имеет особое обоснование³⁹. Во-первых, если ВС США обладает свободой отвергнуть свое более раннее решение как ошибочное (хотя и более раннее и последующее решения одинаково легитимны, фактор времени дает преимущество в виде большего опыта), он также вправе ограничительно истолковать созданный им прецедент, тем не менее оставив его формально действующим на будущее. Во-вторых, в противоположность множеству решений нижестоящих судов, решения ВС США в силу своего места в иерархии (иногда говорят, что он «имеет больший доступ к тому, что считают юридически верным») оказывают воздействие на всю страну, их число относительно невелико, и пересмотр сферы действия прецедента не влечет такой фрагментации правовой доктрины и угрозы доверию к правопорядку. В-третьих, ВС должен быть верен не только своим прежним решениям, но, в особой степени, Конституции, а также федеральным законам и иным первичным источникам права (известное изречение Уильяма О. Дугласа звучит примерно так: судья должен помнить, что «именно Конституцию он клялся поддерживать и за-

щищать, а не тот лоск, который его предшественник мог придать ей», — почти то же самое заявил и Ф. Франкюртер в деле «*Graves v. New York*»).

В основе техники различий или «дифференцирования» (приема сужения) лежит именно определение аналогичности между делами, предполагающее оценку сходства фактов в настоящем деле и фактов, имевших место в одном или нескольких прецедентных решениях⁴⁰. Можно отчасти согласиться с тем, что аргументы по аналогии особенно востребованы в следующих целях: когда факты нового дела не подпадают в сферу *ratio* прецедента — чтобы распространить на него прежний вывод, или когда факты нового дела попадают в сферу *ratio* прецедента — чтобы сделать отличный вывод. Следовательно, если неразличимый (*indistinguishable*) прецедент должен применяться судом (и он не вправе преодолеть его, как ВС США), то аргумент по аналогии имеет различную силу не только в зависимости от авторитета убеждающего прецедента (будь то решение суда другой юрисдикции, акт нижестоящего суда, особое мнение судьи), но и в зависимости от того, насколько сходство близкое и конкретное или же отдаленное и абстрактное — в последнем случае, строго говоря, такая аналогия не связывает суд⁴¹. Это, видимо, объясняет, почему при проверке эмпирическим путем оказалась ложной теоретически привлекательная гипотеза о том, что чем более широкое правило (*rule of relevance* у Ф. Шауэра или «критерий эквивалентности» у Л. Корнахаузера) устанавливает Суд (чем шире определяет класс потенциально аналогичных явлений), тем потом чаще он строго следует установленному им правилу (*positive treatment*)⁴². Это, вероятно, было бы именно так, если бы не существовало техники дифференцирования, приема сужения или возможности преодоления прецедента (*negative treatment*).

Приведенный в качестве эпиграфа фрагмент об обращении судей к «седьмым прецедентам» из сатирического романа ирландского писателя имеет следующее примечательное продолжение: «При разборе тяжб они тщательно избегают входить в существо дела; зато кричат, горячатся и говорят до изнеможения, останавливаясь на обстоятельствах, не имеющих к делу никакого отношения... они никогда не выразят желания узнать, какое право имеет мой противник на мою корову и какие доказательства этого права он может представить; но проявят величайший интерес к тому, рыжая ли корова или черная; длинные у нее рога или короткие; круглое ли то поле, на котором она паслась, или четырехугольное...» Это ироничное описание наглядно контрастирует с тем, что в действительности предполагает техника различий. Л. Уайнреб

³⁷ Берлявский Л.Г. Луис Брандайс и развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки : монография / отв. ред. Е.В. Колесников. М. : Юрлитинформ, 2016. С. 133.

³⁸ Edward Hirsch Levi. Op. cit. P. 541 и др.

³⁹ Здесь и далее см.: Richard M. Re. Narrowing Precedent in the Supreme Court.

⁴⁰ Богдановская И.Ю. Судебный прецедент... P. 20.

⁴¹ URL: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>

⁴² Hazelton M., Hinkle R., Spriggs II J. Does Analogical Reasoning Constrain the U.S. Supreme Court // Paper prepared for The Conference on Institutions and Law Making, Emory University, February 25–26. 2011.

и Ф. Шауэр, как и ранее Р. Кросс, У. Бернам и другие ученые-юристы, демонстрируют, что в основе этого процесса лежит поиск релевантных (существенных) сходств и различий между двумя делами, а наибольшая сложность состоит в установлении того, какие из них наиболее релевантны или существенны; напротив, эксплуатация любых различий, очевидно нерелевантных и несущественных, с единственной целью отринуть прецедент, не рассматривается в науке и практике как приемлемая.

В качестве ставшего уже классическим примера роли аналогии в судебной практике США исследователи⁴³ приводят дело «*Adams v. New Jersey Steamboat Company*», основной вопрос в котором состоит в том, несет ли ответственность владелец парохода за кражу денежных средств из запертой каюты пассажира. Суду предстояло решить, действует ли в этом случае скорее правило в отношении владельцев открытых спальных купе в железнодорожных вагонах или же владельцев комнаты в гостинице, несущих ответственность за кражу из номера. Суд склонился ко второму варианту, сочтя данное правило более применимым. Это позволило сторонникам аналогического обоснования (Л. Уайнреб) утверждать, что суд мыслил аналогически, от одной частности к другой (пароход — это «плавающий отель»), не выходя на преждевременные обобщения (которые затрагивали бы и ночной автобус, и дилижанс, и т.п.), а скептикам (С. Брюер) — что он имел в виду некоторое правило общего характера («когда одно лицо оказывает большое доверие другому в условиях угрозы кражи, последний несет ответственность за ущерб»), а аналогия ничего не прибавляет к этому правилу. Хотя Ф. Шауэр заметил, что это спор о том, как люди мыслят вообще, в науке или в повседневной жизни (способны ли они извлекать выводы из сравнения частных случаев, не делая общих построений), и в этом споре едва ли есть победители⁴⁴, нам кажется, что последующее изложение поможет внести некоторую ясность в этот вопрос.

Судебный минимализм К. Санстейна и аналогия

1. В трудах Касса Роберта Санстейна — отечественным юристам знакомого преимущественно критикой концепции позитивных конституционных прав и работами, посвященными Первой поправке к Конституции США, — значительное место занимают судебная аргументация и ценность аналогии. Видную роль в работах американского ученого играет его идея «судебного минимализма» (*judicial minimalism*). Вряд ли следует упрощать эту концепцию Санстейна, как это делают некоторые отечественные исследователи, утверждая: «...кри-

терием минимализма этот автор считает незначительное (по сравнению с предыдущими этапами) количество актов исполнительной и законодательной власти, признанных противоречащими Конституции»⁴⁵. Ясно, что число дисквалифицированных судом актов не является только показателем некоей особой судебной тактики или методологии принятия решений. Минимализм, как кажется, — характеристика скорее качественного, а не количественного свойства. Сам автор дает несколько образных определений этому явлению и приводит ряд примеров: «минималисты предпочитают скромные шаги, нежели амбициозные»; они предпочитают подход узкий (*narrow*) — «суд может разумно решить, что сегрегация по признаку пола неприемлема в одной сфере, не утверждая при этом, что такая сегрегация является неприемлемой и в остальных сферах», и поверхностный (*shallow*) — что «дискриминация по признаку пола “сходна” с дискриминацией по признаку расы», не вступая в обсуждение «общей теории о том, когда дискриминация неприемлема»⁴⁶.

«Никто не одобрит решение, действие которого было бы ограничено лишь лицами с теми же фамилиями или инициалами, что и у сторон спора, рассматриваемого Судом» (такое решение не создает никакого правила поведения) — тем не менее, продолжает Санстейн, «среди приемлемых альтернатив минималисты демонстрируют устойчивую приверженность к более поверхностным и узким вариантам, особенно по делам, находящимся на переднем крае конституционного права. В таких делах минималисты опасаются, что судьи не располагают достаточной информацией; они не могут вполне предвидеть все множество ситуаций, к которым широкое правило может быть применимо... Они не доверяют широте и глубине, поскольку находят, что судьи часто находятся в неудобном положении, чтобы занимать теоретически спорную позицию»⁴⁷. Следует оговорить, что ученый далеко не единственным и, вероятно, не первым обратил внимание на эту дилемму. У. Бернам в своем фундаментальном труде замечательно точно подмечал проблему: «...опасность широких формулировок резолютивных обобщений [holding, ratio] кроется в том, что они могут оказаться *излишне* широкими»; напротив «...dictum [попутно сказанное] свидетельствует о том, что суд задумывался над тем, как следует решать другие подобные дела, и обязательно при возможности сделает это»⁴⁸.

Впрочем, заслуга Санстейна в том, что он идет несколько дальше простой констатации (несмотря на обвинение в том, что «какой стандарт обуславливает, должен ли судья последовать минимализму

⁴³ Lloyd L. Weinreb. *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge University Press, 2005. P. 41 и далее. Интересна иллюстрация на обложке книги, изображающая весы, которые на разных чашах взвешивают пароход и отель.

⁴⁴ Frederick Schauer. *Op. cit.* P. 99.

⁴⁵ Сафонов В.Н., Сергеева С.Л. Конституционная легитимация социально-экономических прав в правотворческой деятельности Верховного Суда США // *Гражданское право*. 2012. № 4. С. 45–48.

⁴⁶ Cass R. Sunstein. *Beyond Judicial Minimalism* // 43 *TULSAL. REV.* 825 (2008). P. 2, 9, 13.

⁴⁷ Cass R. Sunstein. *Beyond Judicial Minimalism*. P. 4.

⁴⁸ Бернам У. *Правовая система США*. М.: Новая юстиция, 2006. С. 146–147.

в конкретном деле или нет... минимализм не говорит ему»⁴⁹). Он, в частности, предлагает ориентиры, руководствуясь которыми суд, рассматривающий глобальный конституционно-правовой спор, может занять ту или иную стратегию: наличие уже имеющегося значительного опыта суда в отношении поставленной проблемы и частота, с которой эта проблема ставилась перед судом в предшествующий период времени⁵⁰ (можно добавить, вероятность возникновения аналогичных споров в будущем). Полемизируя с Антонином Скалиа, утверждавшим, что «ясный, общий принцип решения» ведет к большему единообразию и предсказуемости права, Санстейн все же заключает, что минимализм «не является подходом для всех времен и сезонов»⁵¹.

Примером оправданного отступления Верховного Суда США от принципа минимализма автор называет известное решение «Миранда против Аризоны» 1966 г., где тот счел, что показания, в частности самоинкриминирующие, могут быть использованы в суде, только если сторона обвинения сможет доказать, что подозреваемый перед допросом был информирован о праве на адвоката и праве не свидетельствовать против себя⁵². Он объясняет такой «необычайно широкий шаг» тем, что разрешить проблему добровольных показаний методом «от случая к случаю» (*on case-by-case basis*) было бы очень проблематично, и в интересах ясности и предсказуемости широкое правило было сочтено предпочтительным. С точки зрения философского понимания «добровольности» это может приводить к тому, что некоторые признания, следующие за предупреждением Миранды, — в действительности принудительны, тогда как некоторые, не сопровождавшиеся этим предупреждением, оказываются добровольными; достаточно ли этого, чтобы отвергнуть его? — Нет, поскольку это правило, возможно, лучшее средство обеспечить и высокую вероятность добровольности показаний, и эффективность судопроизводства⁵³.

Судья Харлан же назвал это решение «поспешно принятым» «решительным и односторонним актом», повторив фразу Р. Джексона о том, что «Суд заполняет храм Конституции новыми историями, но храм может рухнуть под их тяжестью». Судья Кларк также счел, что Суд зашел «слишком далеко и слишком быстро», и высказался в пользу подробного анализа всех аспектов получения признания (*totality of the circumstances test*), заметив при этом: «...я голосовал против в деле Миранды, но я связан им сейчас, как и все мы связаны». Важно то, что, несмотря на волну критики этого решения, Суд впоследствии ни разу прямо не отказался от этого прецедента (и вряд ли когда-либо откажет-

ся), однако счел возможным, сохранив его «ядро», сформулировать ряд заметных исключений. Так, в деле «Oregon v. Elstad» 1985 г. Суд подчеркнул свою «приверженность этому принципу, допускающему узкое исключение только в связи с насущной необходимостью общественной безопасности», и указал, что хотя первоначальные показания лица (сделанные им в его доме) не предварялись «предупреждением Миранды», в случае если впоследствии после надлежащего предупреждения (в полицейском участке) лицо также дало показания, избличающие его, необходимо установить, в свете обстоятельств всего дела и поведения полиции в целом, были ли эти показания добровольными и потому допустимыми⁵⁴.

Идея минимализма у автора тесно связана с понятием «не полностью теоретизированные соглашения» (*incompletely theorized agreements*). «Согласие в деталях является не полностью теоретизированным в том смысле, что соответствующие участники приемлют практику или результат, притом что между ними отсутствует согласие в отношении наиболее общей теории, которая их объясняет». Так общее понимание (порой интуитивное) необходимости защищать свободу выражения религиозных убеждений одними может объясняться поддержанием общественного согласия, другими — принципами равенства и человеческого достоинства, третьими — соображениями утилитаризма, четвертыми — религиозными установками. Основное объяснение необходимости существования таких точек соприкосновения и ограждения их от попыток пересмотра в конституционном праве автор видит в трудности поддержания стабильности и согласия в обществе, представляющем разные взгляды по противоречивым проблемам морали и права, но подчас сходящемся в осознании общих ценностей и благ повседневной жизни⁵⁵.

В этом же русле находятся рассуждения автора о правовых принципах (теориях) разного уровня, применяемых судом при принятии решений. Например, «принципом высокого уровня» (*high-level principle*) можно считать абстрактную формулу «свобода выражения мнения» (иногда используется термин *first principle*); правило, обладающее большей степенью конкретности (представители некоторого движения вправе проводить шествие на некоей территории), в таком случае именуется «принципом низкого уровня» (*low-level principle*); промежуточное положение, по логике автора, занимает концепция «ясной и реальной угрозы», исходящей от высказывания, — «принцип среднего уровня» (*mid-level principle*)⁵⁶. И хотя, как признает автор, «не существует алгоритма, с помощью которого можно было бы различать между собою

⁴⁹ Tara Smith. *Judicial review in an objective legal system*. Cambridge University Press, 2015. P. 206.

⁵⁰ Cass R. Sunstein. *Beyond Judicial Minimalism*. P. 15.

⁵¹ Cass R. Sunstein. *Unanimity and Disagreement on the Supreme Court*, 100 *Cornell L. Rev.* 769 (2015). P. 813–814.

⁵² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁵³ Cass R. Sunstein. *Political Conflict and Legal Agreement*. The Tanner Lectures on Human Values. Harvard University, 1994. P. 175.

⁵⁴ *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

⁵⁵ Cass R. Sunstein. *Incompletely theorized agreements in constitutional law // 74 Social Research* 1 (2007). P. 1–3.

⁵⁶ *Ibid.* P. 12.

теорию высокого уровня и теорию, работающую на промежуточном или нижнем уровне»⁵⁷, эта условная схема дает некоторое представление о судебной аргументации и, возможно, о разновидностях того, что именуют правовыми позициями в конституционном правосудии.

2. Обращаясь далее к проблеме аналогии (действующей на уровне принципов низшего и среднего уровня и играющей значительную роль в стратегии минимализма), Санстейн, как и Л. Уайнреб, признает довод Р. Познера: «...в рядовых дискуссиях на политические или правовые вопросы люди рассуждают не ссылаясь на высшие принципы или амбициозные теории, а аналогически» — «...в то же самое время, рассуждающие аналогически люди не могут просто обосновать одну частность ссылкой на другую частность, не утверждая нечто хотя бы немного абстрактное. Они должны привлечь основание в виде принципа или политики, в том смысле, что дело “А” было разрешено именно по этому основанию, и должны заявить, что это основание применяется или не применяется в деле “Б”», и потому «аналогическое обоснование в действительности является формой дедукции»⁵⁸ (похожую позицию занимает С. Брюер).

В контексте сказанного ученый оценил и появившиеся в 1990-х годах компьютерные технологии (программу *HYPO*, созданную для разрешения дел о коммерческой тайне), которые позволяют «выстроить ряд аналогичных дел; сообщить, в чем они сходны и в чем могут быть различимы; ранжировать их по степени схожести; и даже предложить доводы, как ответить на аргумент о том, что предложенные дела отличны от рассматриваемого». Он заметил, что искусственный интеллект не способен к аналогическим суждениям в полном смысле, поскольку лишь способен обнаруживать и подсчитывать сходства и различия, притом не всегда релевантные, и не способен делать ценностные суждения, а значит, не в состоянии устанавливать «нормативные принципы», которые действительно сближают или отличают два дела, и тем более выбирать из нескольких возможных принципов наилучшим образом объясняющий сходство⁵⁹. Имея в виду сказанное, следует оценивать и любые рубрикаторы судебных актов (базы правовых позиций конституционного суда), которые служат удобным источником информации, но не могут автоматически указать на то, как должно быть разрешено дело.

Автор также призывает отделять от аналогического мышления «ложное классифицирование», являющее собой пример «плохого формализма», когда выискиваются формальные сходства, игнорируются существенные различия, и затем провозглашается исход дела (например, передача за плату

родителям новорожденного, произведенного на свет по договору суррогатного материнства, рассматривается как торговля детьми, запрещенная уголовным законом, без учета целей, на которые этот запрет направлен, и которые отсутствуют в случае вспомогательной репродуктивной технологии); «чтобы установить, применим ли прецедент или статут в определенном контексте, мы должны выработать некоторые принципы, отделяющие дела, которые охватываются ими, от дел, которые не охватываются»⁶⁰. Тем не менее Санстейн, как и Уайнреб, признает самодостаточность и ценность аналогического способа правового обоснования, не низводит его до «риторического приема» и не отождествляет с метафорой. В своей основной работе, посвященной аналогической аргументации, он приводит ряд положений, которые сформулированы им в ответ на приводимые им же возможные упреки в адрес аналогической аргументации в сравнении с иными формами обоснования — рефлексивного равновесия (*reflective equilibrium*) Дж. Роулза, экономического анализа права Р. Познера, классифицирования.

Ответы Санстейна могут быть концентрированно выражены в следующем⁶¹.

1. Названные принципы (рациональные основания аналогии) «генерируются и проверяются через сопоставление различных дел», а без аналогии «релевантные принципы часто не могут быть описаны заранее кроме как на неинформативно высоком и грубом уровне общности» — в этом смысле аналогии не являются «лестницей, которая может быть отброшена в сторону, как только мы достигли вершины», а скорее «важным фундаментом». Действительно, как заметил Уайнреб, если суд формулирует общий принцип («владелец транспортного средства отвечает за кражу у пассажира»), сам по себе он может быть слишком широк, чтобы понять *holding* решения, и без обращения к аналогии его действительная сфера остается не ясна⁶².

2. Довод, который приводился при описании неполного теоретизирования: «...иногда чрезмерно трудно заставить людей согласиться относительно общих принципов, которые объясняют их решения; но может быть возможно достичь согласия по конкретным решениям или принципам низшего уровня»; поэтому «аналогическое мышление производит принципы, функционирующие на низшем или среднем уровне абстракции» «без явной опоры на... том, что есть истина или благо».

3. «Аналогическое обоснование в праве имеет дело с прецедентами, которые признаются отправными точками [*fixed points*]», т.е. решениями, обладающими большой степенью общественного одобрения (как *Brown v. Board of Education*)⁶³; и в этом

⁵⁷ Ibid. P. 11.

⁵⁸ Ibid. P. 8–9.

⁵⁹ Cass R. Sunstein. Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning // University of Chicago Law School Roundtable, Vol. 8, (2001). P. 4–5, 7.

⁶⁰ Cass R. Sunstein. Political Conflict and Legal Agreement. P. 163 и 178.

⁶¹ Cass R. Sunstein. On Analogical Reasoning, Commentary // 106 Harvard Law Review, 1993. Особенно p. 782 и ранее.

⁶² Lloyd L. Weinreb. Op. cit. P. 66.

⁶³ Cass R. Sunstein. Political Conflict and Legal Agreement. P. 174.

смысле принцип «следовать решенному» «привносит долю стабильности и предсказуемости», так как «люди, которые не согласны с конкретными решениями, обычно согласны в том, что те должны уважаться»; аналогия призвана обеспечить когерентность (согласованность) судебных решений, которая только и может выступать критерием их правильности, справедливости, поскольку иного объективного критерия не существует (Р. Дворкин).

4. В то же время «аналогическая аргументация обладает важным достоинством, предполагающим большую степень открытости новым фактам и перспективам»; «иногда обоснование по аналогии помогает обнаруживать ошибки. Ссылка на другие дела помогает нам показать, что наши исходные решения несовместимы с тем, что мы действительно думаем».

5. Довод, особенно применимый к практической юриспруденции: «...обоснование по аналогии может быть наилучшим подходом, доступным для лиц, находящихся в положении ограниченного времени и ресурсов». Кстати, еще Б. Кардозо отмечал, что «труд судей возрос бы практически до предельной точки, если бы каждое прежнее решение могло быть пересмотрено в любом новом деле...» (почти дословно этот тезис повторил Э. Леви) — странно, что этот почти «экономический» аргумент не признает Познер.

Наконец, Санстейн сделал предположение, что «аналогическое обоснование имеет решающее значение в конституционных спорах», поскольку конституционное право часто строится на аналогиях, а не на текстах, исторических материалах, моральных императивах или общественном кон-

сенсусе. Принципы высокого уровня вроде доктрины «равной защиты» в силу своей абстрактности должны быть конкретизированы, чтобы стать применимыми на практике; кроме того, судьи предпочитают избегать наиболее обширных и спорных утверждений из области морали и политики, «что является ключевым элементом этики конституционного правосудия»⁶⁴. Сам автор признает этот тезис дискуссионным; он, впрочем, ценен тем, что позволяет заключить: обращение к аналогии как приему аргументации, действительно, не предопределено только лишь жестким следованием обязывающему прецеденту.

В итоге квинтэссенция идей Санстейна такова: принятию конкретных решений по конституционным спорам не обязательно должно предшествовать выстраивание всеобъемлющих теорий (установление первых принципов) — перспективным может быть движение от частных к частностям посредством аналогии. Это не вполне совпадает с афоризмом О.У. Холмса о том, что суд «прежде разрешает дело, а затем устанавливает принцип»⁶⁵. Санстейн подчеркнул, что разрешить спор, не имея в уме некоторого рода принцип, невозможно, — другое дело, что эти принципы «формируются из деталей, а не налагаются на них сверху» (*bottom-up*)⁶⁶. По-видимому, ученому несколько ближе Б. Кардозо, который в своем выдающемся труде написал, что общему праву не свойственны заранее установленные универсальные истины, из которых заключения выводились бы дедуктивным путем: «его метод является индуктивным и оно черпает свои обобщения из частных»⁶⁷.

Продолжение в следующем номере.

⁶⁴ Cass R. Sunstein. *Political Conflict and Legal Agreement*. С. 171.

⁶⁵ Lloyd L. Weinreb. *Op. cit.* 115.

⁶⁶ Cass R. Sunstein. *Political Conflict and Legal Agreement*. P. 164.

⁶⁷ Benjamin N. Cardozo. *Op. cit.*

Table of Contents

THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

Nikolai BONDAR. Legislative Gaps — the Category of Constitutional and Legal Defectology: the Methodology of Research, the Practice of Overcoming

The article discusses the constitutional nature of legislative gaps on the basis of the analysis of their ontological, praxeological, axiological characteristics and on this ground its conceptual certainty as a category of constitutional and legal defectology is substantiated. From this perspective the methodological principles of revealing legislative gaps are examined, the main directions for overcoming and eliminating constitutionally defective contradictions of legal regulation are analyzed, with a special role belonging to the Constitutional Court of the Russian Federation.

Keywords: Constitutional Court of the Russian Federation, Constitution, legislative gaps, constitutional and legal defectology.

BONDAR Nikolai Semenovich — judge of the Constitutional Court of the Russian Federation, Honoured Lawyer of Russia, Honoured Scientist of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor

Contacts: bond@ksrf.ru

Dmitriy TRISTAN. Associations of citizens: the concept and attributes (in the context of the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation)

The article is devoted to the problems of identification of the constitutional legal attributes of associations of citizens and definition on the basis of these attributes of the concept of association, formed through the implementation of the constitutional right to association. The main objective of the article is to delineate the range of communities, which have the status of associations of citizens in concreto and have based their constitutional personality thereon, including the basis of the Constitutional Court's practice. The solution of this problem is aimed at finding an optimal evaluation of established practices of the Constitutional Court on the definition of the range of associations being appropriate subjects of the constitutional complaint, and at allowing the author to identify necessary changes in the law on constitutional legal proceedings.

Keywords: Constitutional Court, association of citizens, subjects of the right of petition to the Constitutional Court, constitutional complaint.

TRISTAN Dmitriy Aleksandrovich — postgraduate student of Chair of Constitutional and Administrative Law of National Research University «Higher School of Economics»

Contacts: tristan-dima@mail.ru

CONSTITUTIONALIZATION OF LEGAL BRANCHES

Victor KACHALOV. Criminal Procedural Institute of the Execution of a Sentence in the Light of the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation

The article analyzes the influence of the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation on the interpretation of the theoretical foundations of the institution of enforcement of the sentence in criminal procedural law. The author comes to the conclusion that the Constitutional Court of the Russian Federation in its decisions has outlined the subject and limits of judicial activity at the stage of execution of the verdict.

Keywords: decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation, execution of the sentence, constitutional and legal meaning of criminal procedure norms, protection of rights and freedoms of citizens.

KACHALOV Viktor Ivanovich — Russian State University of Justice, Professor of Criminal Procedure Law, Criminalistics and Forensic Enquiry, N.V. Radutnaya, Assistant Professor, PhD in Law
Contacts: okukel@yandex.ru

Dmitry PROKHORENKO. Problems of implementing the «opting (or contracting) out» model (presumption of consent) for seizure of cadaver organs and (or) tissues in the Russian Federation

The article discusses the problems of realization of the presumption of consent to seizure of cadaveric organs and (or) tissues in the Russian Federation. The statistical information on the state of transplantology in Russia and foreign countries was studied, the existing systems for obtaining consent from a potential donor for the seizure and transplantation of his organs and (or) tissues to recipients were analyzed, and the relevant practice of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights was examined. The main problems of the functioning of the system of «alleged consent» in Russia, in particular, the resulting imbalance between public and private interest in the context under consideration, are offered, the options for their solution are suggested.

Keywords: constitutional rights and freedoms, personal dignity, transplantology, seizure of cadaver organs and (or) tissues, presumption of consent, presumption of disagreement.

PROKHORENKO Dmitry Vladimirovich — student of the Law School of the Far Eastern Federal University

Contacts: through editor

COMPARATIVE STUDIES

Pavel BLOKHIN. Analogy in Law and judicial precedent (Comparative-legal parallels). Part I

The present article continues the series of publications on the use of analogical thinking in the constitutional judicial process. In the first section (chapter), it is demonstrated why the issue of analogy figures prominently in the American doctrine of judicial precedent and the practice of the US Supreme Court. The second section shows which place the problem of analogy holds in the theory of judicial minimalism of C. Sunstein. The third chapter explains why the role of analogy is overestimated from the perspective of economic analysis of R. Posner. In the fourth section the value of the findings to the national doctrine for the theory of constitutional procedure is substantiated.

Keywords: analogy, judicial precedent, the doctrine of stare decisis, distinguishing, the US Supreme Court, legal positions, judicial minimalism, economic analysis.

BLOKHIN Pavel Dmitrievich — Counsellor of the judge of the Russian Constitutional Court. Lecturer of Law Department of Higher School of Economics (St-Petersburg)

Contacts: Pavel.Blokhin@ksrf.ru