

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.177.8.089-098

О. Ю. Котов*

Нормативистская теория Ганса Кельзена как основа для понимания правовой природы актов конституционного суда

Аннотация. Статья посвящена отдельным положениям чистого учения о праве (нормативизма) Ганса Кельзена. На основе анализа правовых и доктринальных источников предпринята попытка поиска наиболее точного понятия статуса решений конституционного суда как судебного органа конституционного контроля; предпринята попытка также рассмотреть логику Ганса Кельзена, его опыт работы. Хотя в отдельных случаях в рассмотренных работах Ганс Кельзен не дает прямого ответа на обозначенной проблематике. Автором изучены труды Ганса Кельзена, в частности «Частое учение о праве, справедливость и естественное право» (1987). Здесь речь идет о разделе 5 «Динамический аспект права». Раздел был включен в качестве приложения ко второму изданию Чистого учения о праве... «Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция)» (2007). И ряд его зарубежных изданий.

Выявление теоретических основ для четкого определения границы между нормотворчеством и правоприменением является одной из важнейших проблем права. Особый интерес вызывает положение органов конституционного контроля. Статус конституционного суда как судебного органа конституционного контроля предполагает общеобязательность его актов на всей территории государства. Внимания заслуживает вопрос о юридической природе этих решений, который в российской науке изначально относился к числу дискуссионных. Многолетние споры, однако, не дали положительных результатов, не выявили фундаментальных основ, опираясь на которые можно было бы развивать учение о гарантиях конституции. Так, решения конституционного суда приравниваются и к правоприменительным актам, и к источникам права, существующим в форме прецедента или даже в форме особого нормативного акта.

Ключевые слова: конституционный суд; гарантия конституции; статический и динамический принципы; трансцендентально-логическое явление; процесс создания права; независимость; централизация; неподчиненность; право; закон; законодательство.

Для цитирования: Котов О. Ю. Нормативистская теория Ганса Кельзена как основа для понимания правовой природы актов конституционного суда // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 8. — С. 89–98. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.177.8.089-098.

Hans Kelsen's Normative Theory as a Basis for Understanding the Legal Nature of the Constitutional Court Acts

Oleg Yu. Kotov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor, Department of Civil Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
extra31@yandex.ru

Abstract. The paper is devoted to certain provisions of the Hans Kelsen's pure doctrine of law (normativism). Based on an analysis of legal and doctrinal sources, the author attempts to find the most accurate concept for the status of decisions of the constitutional court as a judicial body of constitutional control.

© Котов О. Ю., 2021

* Котов Олег Юрьевич, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
extra31@yandex.ru

The identification of the theoretical foundations for a clear definition of the boundary between rule making and law enforcement is one of the most important problems of law. The situation of the constitutional control bodies is of particular interest. The status of the constitutional court as a judicial body of constitutional control implies that its acts are generally binding on the entire territory of the state. The question of the legal nature of these decisions, which in Russian science initially belonged to the number of debatable ones, deserves attention. Long-term disputes, however, have not yielded positive results; have not revealed the fundamental foundations on which it would be possible to develop the doctrine of the guarantees of the constitution. Thus, the decisions of the constitutional court are equated with both law enforcement acts and sources of law that exist in the form of a precedent or even in the form of a special normative act.

Keywords: constitutional court; guarantee of the constitution; static and dynamic principles; transcendental-logical phenomenon; the process of creating law; independence; centralization; insubordination; law; law; legislation.

Cite as: Kotov OYu. Normativistskaya teoriya Gansa Kelzena kak osnova dlya ponimaniya pravovoy prirody aktov konstitutsionnogo suda [Hans Kelsen's Normative Theory as a Basis for Understanding the Legal Nature of the Constitutional Court Acts]. *Lex russica*. 2021;74(8):89-98. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.177.8.089-098. (In Russ., abstract in Eng.).

Выявление теоретических основ для четкого определения границы между нормотворчеством и правоприменением является одной из важнейших проблем права. А расположение органов конституционного контроля вызывает особый интерес.

Статус конституционного суда (далее также — КС, суд) как судебного органа конституционного контроля предполагает общеобязательность его актов на всей территории государства. Внимания заслуживает вопрос о юридической природе этих решений, который в российской науке изначально относился к числу дискуссионных¹. Многолетние споры, однако, не дали положительных результатов. Они не выявили тех общепризнаваемых фундаментальных основ, опираясь на которые можно было бы развивать учение о гарантиях конституции.

Так, решения КС приравниваются и к правоприменительным актам, и к источникам права, существующим в форме прецедента, или даже к форме особого нормативного акта².

Подобное многообразие точек зрения существует благодаря отсутствию общих методологических подходов к объекту исследования. У исследователей нет единой базы, акты суда исследуются с разных позиций, к ним применяются разные термины, иногда авторы вкладывают в термины свое, «новое» содержание³.

В данной статье предлагается посмотреть на сущность решений КС глазами теории, детищем которой он является, т. е. нормативизма.

Институт судебного конституционного контроля был впервые нормативно закреплён Конституцией Австрии 1920 г.⁴, отдельные проекты закона были подготовлены профессором

¹ См., например: Авакьян С. А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1998. С. 206; Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции (основы теории). М., 2009. С. 140–149; Гаджиев Г. А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации. М., 1995. С. 216–217; Гаджиев Х. И. Проблемы толкования Конституции и законов Конституционным Судом. М., 2001. С. 186–203; Ершов В. В. Судебное правоприменение: актуальные теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. 2006. № 5. С. 9; Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12; Котов О. Ю. Влияние решений Конституционного Суда России на гражданское судопроизводство. М., 2002. С. 47–58; Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М., 1998. С. 236–246; Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М., 2005. С. 184–185; Теория государства и права / под общ. ред. проф. О. В. Мартышина. М., 2007. С. 285; Лучин В. О., Доронина О. Н. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. М., 1998. С. 124–126; Морщакова Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом РФ и другими судами Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 6. С. 29; Хабриева Т. Я. Толкование Конституции: теория и практика. М., 1998. С. 10–15, 23–25, 31, 64; Эбзеев Б. С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд. М., 1997. С. 162–165.

² См., например: Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // СПС «Гарант».

³ Об этом подробнее см.: Котов О. Ю. Влияние решений Конституционного Суда России ... С. 47–58.

⁴ Конституционному суду посвящены ст. 137–148 Конституции Австрии от 10.11.1920 (см.: URL: https://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULL_%20Constitution.pdf (дата обращения:

Гансом Кельзеном, виднейшим представителем нормативизма, или чистой теории права⁵. Г. Кельзен был членом этого первого в мире конституционного суда⁶.

Для выявления сущности актов конституционного суда попытаемся разобраться в природе самого этого органа. Нас, в частности, интересует, почему для охраны конституции Г. Кельзен выбрал именно судебную форму и какое содержание ученый вкладывал в выбранную им форму⁷.

Охрана конституции судом была выбрана Г. Кельзеном неслучайно. Из всех гарантий защиты конституции судебная, по его мнению, является самой эффективной.

В работе «Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция)»⁸ он предъявляет ряд требований к суду:

1. Независимость. Только суд является органом, независимым от исполнительной и законодательной власти. Суд при исполнении своих функций⁹ не связан никакими приказами других органов — как вышестоящих, так и принадлежащих к другой группе власти. Суд связан только законами и актами органов исполнительной власти, т. е. общими нормами.

2. Неподчиненность. Вопрос о правомерности или неправомерности актов публичной

власти должен решать субъект права, на которого эти акты не распространяются. Это может быть орган публичной власти, который издал этот акт, либо иной орган, решения которого можно добиться с помощью определенной процедуры¹⁰.

Кельзен возражает против возможности отмены акта органом, его издавшим¹¹, отмечая, что обращение о проверке акта к автору этого акта обязывает этот орган лишь начать процедуру проверки, но не обязывает такую процедуру заканчивать. Отмена автором своего неправомерного акта зависит только от усмотрения самого автора.

Симбиоз двух указанных случаев, когда вопрос о неправомерности решает один орган, а отмену совершает другой, Г. Кельзен тоже не считает достаточной гарантией. Надлежащая гарантия есть только тогда, когда независимый орган может проверить акт и по итогам такой проверки его отменить.

3. Централизация. Власть по отмене неправомерных актов должна принадлежать централизованному органу. В этом смысле передача полномочий обычным судебным органам чревата недостатками единства судебных решений и непредсказуемостью права. Иными словами, один суд отказывает в применении неправомерных актов.

06.12.2020)). Историю КС Австрии см.: URL: https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html (дата обращения: 01.01.2020).

«В реформе Кельзен с 1918 по 1921 г. принимает деятельное участие в разработке Основного закона Австрии. Он подготавливает несколько проектов конституционных законов, элементы которых частично вошли в принятый... Основной закон Австрии... Одним из таких элементов стал параграф главы «О гарантиях конституции и управления», где была закреплена предложенная Кельзеном идея и схема судебного конституционного надзора. В 1921 г. Кельзен назначается на должность судьи Конституционного суда Австрии, на которой он состоит до 15 февраля 1930 г.» (см.: Антонов М. В. Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1, январь — март).

⁵ См.: Дидикин А. Б. Философское и правовое наследие Ганса Кельзена : сборник статей и материалов. Издательские решения, 2018 // URL: http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=34109210 (дата обращения: 02.07.2020).

⁶ См.: Нешвара Х. Кельзен — судья конституционного суда. Его роль в спорных вопросах о браках, заключенных с особым разрешением // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Мы понимаем, что Г. Кельзен был знаком с отдельными проектами конституционной юстиции в мире. Так, в начале 1790-х гг. во Франции был подготовлен, но не был принят закон о «стражах конституции» (см.: Крутоголовов М. А. Конституционный Совет Франции. Организация и правовые аспекты деятельности // URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=663> (дата обращения: 05.03.2021)). Верховный суд США своим решением 1803 г. ввел исключительно важное полномочие по толкованию Конституции (см., например: Левчук С. В. Роль Верховного суда в развитии основ конституционного строя в США // Вестник РГГУ. Серия : Экономика. Управление. Право. 2009. № 11. С. 102).

⁸ Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция) // Право и политика. 2006. № 8, 9 (автор перевода — Д. В. Даниленко).

⁹ См.: Кельзен Г. Судебная гарантия конституции. С. 9.

¹⁰ См.: Кельзен Г. Судебная гарантия конституции. С. 10.

¹¹ См.: Кельзен Г. Судебная гарантия конституции. С. 12.

мерного закона в конкретном деле, а другой в сходном случае его применяет. Г. Кельзен считает, что отмена общей нормы обычным судом должна быть ограничена конкретным случаем. Суды могут отказать в применении нормы только в конкретном деле. Но в том, что касается остального, норма остается в силе и должна быть применена к другим случаям.

Если же орган централизован, то его право по отмене акта может и не ограничиваться его отменой в конкретном случае. В этой ситуации возможно установить полную отмену, т. е. в отношении всех случаев, к которым такая норма может быть применена. Такая власть может принадлежать только высшим центральным органам¹².

Итак, эти рассуждения и привели Г. Кельзена к выводу, что наилучшей гарантией конституции будет специальный судебный орган — конституционный суд¹³.

На вопрос о решениях конституционного суда, или же о сущности КС, сам Кельзен, мы так понимаем, ответа прямо не дает. Г. Кельзен касается его только вскользь, высказав противоречивые мысли относительно места конституционного суда в системе разделения властей. Автор утверждает: «...отмена закона есть установление общей нормы, то эта функция имеет такой же общий характер, как и его создание, и отличается только своим негативным значением, то есть она является также законодательной функцией. Суд, имеющий право отменять законы, является вследствие этого законодательным органом». Однако в другой части этой работы Кельзен утверждает: «Деятельность негативного законодателя (конституционного суда), напротив, абсолютно определена конституцией. Именно здесь его функция похожа на функцию любого другого суда. Она заключается в применении и лишь в узкой (!) степени в создании права, являясь таким образом действительно судебной»¹⁴.

Итак, только общий анализ взглядов Кельзена может нам дать пищу для размышления. Чтобы лучше представлять себе объект исследования, необходимо уяснить некоторые понятия чистой теории права Ганса Кельзена.

1. Правопорядок в понимании нормативистской теории права

Правопорядок — это система норм. Нормативизм пытается объяснить, почему некая совокупность норм является системой. Теория ставит вопрос, откуда каждая конкретная норма черпает свою действительность?¹⁵ Действительность дает нам ответ на вопрос, почему конкретная норма должна соблюдаться и применяться¹⁶. В работе «Чистое учение о праве»¹⁷ Кельзен отмечает, что причина действительности нормы не может быть объяснена каким-либо бытийным фактом. Норма действует не потому, что она установлена определенной властной инстанцией. Причина действительности одной нормы всегда кроется в другой норме. Эта вторая именуется нормой вышестоящей, а первая — нижестоящей. Логическая цепочка такой иерархии ведет нас от низшей нормы к норме высшей. Каждая вышестоящая норма при этом является источником для нормы нижестоящей. И когда мы находим норму, действительность которой нельзя вывести из нормы еще более высокого уровня, мы находим так называемую основную норму (Grundnorm).

Все нормы, составляющие правопорядок, черпают свою действительность именно из основной нормы. Она, как самая высшая, не может быть установлена никакой инстанцией. Кельзен определяет ее как трансцендентально-логическое явление. Выявить содержание этой нормы возможно только путем аналитической юридической деятельности. Основная норма нигде не закрепляется, она постулируется. Однако чистое учение не отрывает эту норму от реальности, т.к.

¹² Как в этой связи не вспомнить ту полемику, которая появилась после принятия КС РФ постановления от 16.06.1998 № 19-П «По делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126, 127 Конституции РФ». Подробнее см.: Котов О. Ю. Влияние решений Конституционного Суда России ... С. 19–47.

¹³ Отметим еще раз, что идею создания судебного органа для охраны конституции предложили еще во времена Великой французской революции, но в связи с некоторыми историческими особенностями Франции эта идея не реализовалась (см. об этом подробнее: Крутоголовов М. А. Указ. соч.).

¹⁴ Кельзен Г. Судебная гарантия конституции. С. 15, 23.

¹⁵ См.: Kelsen H. General theory of law and state. N. J., 2007. P. 110.

¹⁶ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. Вып. 1. М. : АН СССР ИНИОН, 1987. С. 106.

¹⁷ Точнее, речь идет о разд. 5 «Динамический аспект права». Этот раздел был включен в качестве приложения ко второму изданию «Чистого учения о праве» 1960 г. (см.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 194).

основная норма всегда привязана к конкретной конституции, ее не изобретают¹⁸. Сам автор постулирует ее следующим образом: «Должно поступать, как предписано конституцией»¹⁹.

Таким образом, иерархическую структуру национального правопорядка²⁰ Кельзен представляет следующим образом:

1. Конституция — вершина национального права.
2. Общие нормы права, которые могут находить закрепление в законе (статуте) или обычае.
3. Общие нормы права, закрепленные в постановлениях исполнительной власти (ордонансах)²¹.
4. Индивидуальные нормы, создаваемые судами и административными органами в процессе разрешения конкретных дел²².

Вышестоящая и нижестоящая нормы могут быть связаны между собой по-разному. Для определения видов связей Кельзен вводит термины «статическая система» и «динамическая система»²³, или статический и динамический принципы²⁴.

В статической системе вышестоящая норма определяет содержание нижестоящей нормы. Процесс создания права — это конкретизация содержания, идущая от одной ступени к другой, т.е. от вышестоящей нормы к норме нижестоящей²⁵.

«Динамический принцип характеризуется тем, что в содержание основной нормы входит лишь определение некоторого нормотворческого фактора, уполномочивание нормоустанавливающей инстанции...»²⁶. Иными словами, в динамической системе вышестоящая норма устанавливает орган и/или процедуру, в кото-

рой могут создаваться нижестоящие нормы, т.е. норма предусматривает определенный способ создания норм. Нормативная система «имеет в основном динамический характер»²⁷.

В итоге Кельзен приходит к выводу, что право формирует само себя, т.к. одна норма определяет способ создания и в некотором смысле содержание другой нормы²⁸. Низшая норма выводится из высшей как частное из общего. Высшая норма является причиной низшей, низшая норма соответственно следствием высшей.

Для правильного понимания нормативистского процесса создания права важно учитывать, что нормы права и применяются, и создаются на каждой ступени иерархии. «Норма, регулирующая создание другой нормы, была применена в процессе создания этой нормы»²⁹. Кельзен отмечает: «Создание права есть одновременно применение права, как прямое следствие того факта, что каждый правотворческий акт должен быть определен правопорядком»³⁰. Таким образом, с «динамической точки зрения индивидуальная норма, созданная судебным решением, — это стадия в правотворческом процессе, который берет свое начало от... конституции и продолжается в законодательной деятельности и ведет к судебному решению»³¹.

Так, парламент является и правотворческим, и правоприменительным органом, т.к. он создает общие нормы, применяя нормы конституции. Суды и административные органы применяют общие нормы, но при этом они создают нормы индивидуальные. «Индивидуальная норма соотносится с общей нормой точно так же, как закон соотносится с конституцией»³².

По Кельзену, общая норма отличается от нормы индивидуальной не по действию от-

¹⁸ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 205.

¹⁹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 206.

²⁰ Вопрос о месте и значении для национального правопорядка международных норм в данном случае мы не рассматриваем. Проблема международного права Г. Кельзен уделял особое внимание (см.: например: *Kelsen H. Sovereignty and International Law // The Georgetown Law Journal. 1960*).

²¹ См.: *Kelsen H. General theory of law and state. P. 130.*

²² См.: *Kelsen H. General theory of law and state. P. 134.*

²³ *Kelsen H. General theory of law and state. P. 122.*

²⁴ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 196.

²⁵ См.: Кельзен Г. Судебная гарантия конституции. С. 3.

²⁶ Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 198–199.

²⁷ Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 201.

²⁸ См.: *Kelsen H. General theory of law and state. P. 133.*

²⁹ *Kelsen H. General theory of law and state. P. 133.*

³⁰ *Kelsen H. General theory of law and state. P. 134.*

³¹ *Kelsen H. General theory of law and state. P. 134–135.*

³² *Kelsen H. General theory of law and state. P. 134.*

носителем круга лиц. Он пишет, что «всякая общая норма устанавливает отношение между двумя фактическими составами, которое можно описать в суждении: “При определенных условиях должно наступить определенное последствие”»³³. Иными словами, общие нормы всегда имеют гипотетический характер. Индивидуальные же нормы почти всегда являются категорическими в том смысле, что «они предписывают... определенное поведение... не связывая его ни с каким определенным условием»³⁴.

Итак, любое решение суда есть источник права, т.к. суд создает нормы права. Однако эти нормы имеют индивидуальный характер, и они существенно отличаются от общих норм, содержащихся в нормативных актах (статутах, ордонаксах).

2. Содержание актов конституционного суда

Процесс создания права — это процесс конкретизации положений вышестоящих норм нормами нижестоящими. Данное утверждение верно для российской правовой системы. Многие общие нормы законов конкретизируют содержание норм Конституции РФ. Лучшим тому примером будет связь Конституции РФ и Федерального конституционного закона. Так, ст. 118, 125, 126 Конституции РФ устанавливает основы системы судебной власти. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», в свою очередь, конкретизирует норму; этот Закон выводится из нормы Основного закона как частное из общего. Так же действует Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»³⁵.

В этой связи проанализируем отношение между актами конституционного суда и конституцией. Почти во всех случаях увидим, что орган конституционной юстиции конкретизирует положения Основного закона³⁶. Норма конституции является причиной, акт же конституционного суда следствием — мы наблюдаем процесс выведения частного из общего.

Связь такого же типа можно определить и в процессе образования общей нормы закона. Конституция является причиной общей нормы, общая норма — следствием. Общая норма закона, выведенная из конституции как частное из общего, конкретизирует положение нормы конституции.

Итак, статические связи типа «конституция — акт конституционного суда» и «конституция — закон» с нормативистской точки зрения, видимо, идентичны.

Стоит обратить внимание, что в некоторых случаях содержание акта конституционного суда может конкретизироваться в содержании закона. Закон может быть вторичен по отношению к акту суда, т.е. закон будет только «дублировать» то, что уже закреплено.

Поясним. Принятие любого постановления конституционного суда, особенно постановления, признающего нормативный акт недействительным, дает нам конкретизацию конституции применительно к возникшему случаю. Считается, что законодатель должен восполнить норму, ликвидированную конституционным судом, путем принятия соответствующей нормы. Эта «новая» норма должна в той или иной степени воспроизводить позицию органа конституционного контроля. Законодатель, следовательно, создавая «новую» норму, т.е. конкретизируя норму конституции, ограничен теми рамками, которые ему дал конституционный суд³⁷.

В этой связи возникает вопрос, какого характера норму создает конституционный суд в процессе применения конституции: индивидуальную или общую?

Это весьма сложный вопрос, нельзя дать ответ на него, анализируя только содержание акта. Не всякая конкретизация высшей нормы есть процесс создания новой правовой нормы.

Необходимо учитывать, что в любой правовой системе статические и динамические связи между нормами иерархии переплетены, и первый тип связи отнюдь не является основным. В «Чистом учении о праве» Кельзен прямо указывает: «Правовая норма действительна не потому, что она имеет определенное содержа-

³³ Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 134.

³⁴ Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 135.

³⁵ СПС «Гарант».

³⁶ См.: Котов О. Ю. Влияние решений Конституционного Суда России ... С. 56.

³⁷ Примеры такого влияния решений КС на закон можно посмотреть в работе: Котов О. Ю. Влияние решений Конституционного Суда России...

³⁸ Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. С. 201.

ние, т.е. не потому, что ее содержание можно вывести логическим путем из содержания постулируемой основной нормы, а потому, что она создана определенным... способом»³⁸.

Это означает следующее: необходимо выяснить, определяется ли конституционный суд как орган, уполномоченный создавать общие нормы, а процедура его работы как процедура создания этих общих норм?

Иными словами, анализа исключительно связей статических недостаточно для оценки. Необходимо также проанализировать связи динамические.

3. Форма актов конституционного суда

Орган конституционного контроля действует в форме суда, т.е. итогом его работы является судебное решение. Решение суда выступает источником общих норм в двух основных случаях: во-первых, когда создается прецедент; во-вторых, когда путем многократного повторения закрепляется обычай. Последний случай для конституционного суда нехарактерен.

Итак, если предположить, что акты конституционного суда содержат общие нормы, значит, его решения имеют прецедентный характер. Следует выяснить, как нормативистская теория определяет прецедент.

Неверно представление о том, что нормативизм источником права считает только нормативный акт³⁹. Нормативистская теория рассматривает и прецедент как источник права, теория не признает лишь то, что до судебного решения права вообще не существовало. Кельзен пишет: «Наш анализ юридической функции (речь идет о правотворчестве. — Прим. О. К.) показывает, что точка зрения, согласно которой суд только применяет право, не основана на фактах. С другой стороны, тем не менее противоположная позиция, что до судебного решения никакого права не существует, что всё право создано только судами, также ложна»⁴⁰. Автор конста-

тирует: «Судебные решения могут также создавать общие нормы»⁴¹, «суды являются законотворческими органами... суды — создатели общих правовых норм»⁴². Под прецедентом он понимает решение суда, которое имеет силу не только для конкретного дела, но и для всех сходных дел, т.е. решением можно обосновывать решения по другим делам⁴³.

Кельзен утверждает: «Там, где суды уполномочены (!) не только применять вышестоящую материально-правовую норму в своих решениях, но также и создавать новое право в конкретном деле... решение суда приобретает характер прецедента»⁴⁴.

Итак, на создание прецедента суд необходимо уполномочить, т.е. должна быть норма, являющаяся источником прецедента. В иерархии нет места норме, которая не черпает свою действительность из вышестоящей нормы.

Кто же может уполномочить суд на создание прецедентов и каков характер этой связи? Именно в контексте ответа на этот вопрос и раскрывается динамический тип связи в иерархии правовой системы. Кельзен пишет: «Суд уполномочен законом... не только применять вышестоящие в иерархии общие нормы материального права, но также изменять их согласно сложившимся обстоятельствам», — и далее: «Вышестоящее в иерархии право должно уполномочивать суд идти дальше имеющихся предписаний материального закона»⁴⁵. Таким образом, закон или обычай (!) должны придавать судебному решению характер прецедента, т.е. они должны уполномочивать суд создавать право.

К сожалению, автор не приводит конкретных примеров закона или обычая, которые, с его точки зрения, давали бы суду полномочия «идти дальше писаного права». Видимо, можно вести речь о следующем общеизвестном случае: в силу ч. 2 ст. 1 Гражданского кодекса Швейцарии⁴⁶ при отсутствии применимого закона судья решает дело согласно обычному праву, за неимением обычая — согласно прави-

³⁹ См.: например: Бондарь Н. С. Указ. соч.

⁴⁰ Kelsen H. General theory of law and state. P. 150.

⁴¹ Kelsen H. General theory of law and state. P. 149.

⁴² Kelsen H. General theory of law and state. P. 150.

⁴³ См.: Kelsen H. General theory of law and state. P. 149.

⁴⁴ Kelsen H. General theory of law and state. P. 149–150.

⁴⁵ Kelsen H. General theory of law and state. P. 151.

⁴⁶ Статья 6 ГК РФ ориентирует суд не создавать новую норму в случае отсутствия общей материальной нормы, а искать существующую материальную норму, регулиющую сходные правоотношения, либо применять общие начала и смысл гражданского закона. Но в любом случае речь идет о том, что применяется некое существующее регулирование.

лам, которые он установил бы, если бы выступал в качестве законодателя⁴⁷.

В указанном примере можно предположить, что речь идет о способе преодоления пробелов в праве. Но, по Кельзену, никаких пробелов в правопорядке быть не может, т.к. единственная цель теории пробелов в праве — это ограничение законодательной власти суда⁴⁸.

Итак, связь рассматриваемой нормы с решением суда, столкнувшегося с отсутствием регулирования, надо рассматривать не со статической точки зрения, а с динамической⁴⁹. Исследуемая динамическая связь не раскрывает нам конкретного содержания прецедентного решения, т.е. прецедент нельзя вывести из ст. 1 ГК Швейцарии как частное из общего. Норма указывает только на орган, уполномоченный создавать право, — суд; ситуацию, при которой возможно создание права, — отсутствие закона или обычая, а также частично на процедуру создания права — судебный процесс.

Таким образом, чтобы определиться с прецедентным значением актов конституционного суда, необходимо найти конституционную норму, которая бы, как высшая, придавала действительность общей норме, содержащейся в судебном постановлении. Иными словами, на вопрос, почему мы должны считать решение конституционного суда прецедентом, нужно ответить, что есть общая норма или обычай, устанавливающая, что конституционный суд

может создавать прецеденты. Более того, норма должна уполномочивать конституционный суд создавать прецеденты только в том случае, если в конституции нет соответствующей нормы, на основе которой он мог бы дело разрешить. Ведь прецедентное значение решение суда приобретает тогда, когда нет применения существующей вышестоящей нормы. Такой ситуации не может быть в принципе, конституционный суд не может формулировать для себя новые конституционные нормы. Все нормы, которые он может применять, уже определены. Они и составляют объект его охраны, именно ради этих существующих норм он и был создан. И поскольку с нормативистской точки зрения акт конституционного суда прецедентом (источником общих норм права) считать нельзя⁵⁰, решение конституционного суда общую норму создавать не может.

Подытоживая вышеизложенное, несмотря на отдельные, по нашему мнению, нюансы высказываний Г. Кельзена, его точку зрения следует считать системным толкованием созданной им теории.

Анализ применимых положений нормативизма показывает, что, как и решение обычного суда, решение суда конституционного создает индивидуальную норму. Наделять его особенным значением в качестве аргумента в концептуальном споре о правотворческой функции судов нет оснований.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авакьян С. А. Конституция России: природа, эволюция, современность. — М., 1998.
2. Антонов М. В. Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2013. — № 1, январь — март.
3. Бондарь Н. С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // СПС «Гарант».

⁴⁷ Titre préliminaire. Livre premier. Art. 1. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (см.: URL: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/a1.html>).

⁴⁸ См.: Kelsen H. General theory of law and state. P. 149.

⁴⁹ Вообще, по теории Кельзена вопрос о «преодолении» пробелов и вопрос о допустимости прецедентов нельзя рассматривать в отрыве друг от друга, ведь прецедент появляется там, где нет другого источника материального права. Кельзен утверждает: «Если судья уполномочен разрешать дело как законодатель... он не преодолевает пробелы в действующем праве, он дополняет действующее право...» (Kelsen H. General theory of law and state. P. 147). Разумеется, решение поставленного вопроса во многом зависит от проблемы правопонимания. Подробнее о соотношении пробела и прецедента см., например: Котов О. Ю. Влияние решений Конституционного Суда России ... С. 51 ; Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. М., 2008. С. 123–145.

⁵⁰ Разумеется, можно сказать, что акт КС — не обычный прецедент, а конституционно-правовой, т.е. специфический. Наша задача в данном случае состоит в том, чтобы показать, как понимает прецедент Г. Кельзен. Ни о каких специфических прецедентах в изученных нами источниках автор не говорит.

4. Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции (основы теории). — М., 2009.
5. Гаджиев Г. А. Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации. — М., 1995.
6. Гаджиев Х. И. Проблемы толкования Конституции и законов Конституционным Судом. — М., 2001.
7. Дидикин А. Б. Философское и правовое наследие Ганса Кельзена : сборник статей и материалов. — М., 2018.
8. Ершов В. В. Судебное правоприменение: актуальные теоретические и практические проблемы // Российское правосудие. — 2006. — № 5.
9. Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2004. — № 12.
10. Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция) // Право и политика. — 2006. — № 8, 9 (перевод Д. В. Даниленко).
11. Котов О. Ю. Влияние решений Конституционного Суда России на гражданское судопроизводство. — М., 2002.
12. Крутоголовов М. А. Конституционный Совет Франции. Организация и правовые аспекты деятельности // URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=663> (дата обращения: 05.03.2021).
13. Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. — М., 1998.
14. Левчук С. В. Роль Верховного суда в развитии основ конституционного строя в США // Вестник РГГУ. Серия : Экономика. Управление. Право. — 2009. — № 11. — С. 97–106.
15. Лучин В. О., Доронина О. Н. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. — М., 1998.
16. Морщакова Т. Г. Разграничение компетенции между Конституционным Судом РФ и другими судами Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда РФ. — 1996. — № 6.
17. Нешвара Х. Кельзен — судья конституционного суда. Его роль в спорных вопросах о браках, заключенных с особого разрешения // СПС «КонсультантПлюс».
18. Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. — М., 2005.
19. Петров А. А. Решения Конституционного Суда РФ в механизме правового регулирования. — Иркутск, 2007.
20. Петрова Д. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по вопросам его деятельности и конституционного судопроизводства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008.
21. Теория государства и права / под общ. ред. проф. О. В. Мартышина. — М., 2007.
22. Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. — М., 2008.
23. Хабриева Т. Я. Толкование Конституции: теория и практика. — М., 1998.
24. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сборник переводов. — Вып. 1. — М. : АН СССР ИНИОН, 1987.
25. Эбзеев Б. С. Конституция. Правовое государство. Конституционный Суд. — М., 1997.
26. Kelsen H. General theory of law and state. — N. J., 2007.
27. Kelsen H. Sovereignty and International Law // The Georgetown Law Journal. — 1960.

Материал поступил в редакцию 10 апреля 2021 г.

REFERENCES

1. Avakyan SA. Konstitutsiya Rossii: priroda, evolyutsiya, sovremennost [The Constitution of Russia: Nature, evolution, modernity]. Moscow; 1998. (In Russ.).
2. Antonov MV. Gans Kelzen (1881–1973): osnovnye vekhi intellektualnogo puti [Hans Kelsen (1881–1973): The main milestones of the intellectual path]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* [Law. Journal of the Higher School of Economics]. 2013;1. (In Russ.).
3. Bondar NS. Normativno-doktrinalnaya priroda resheniy Konstitutsionnogo Suda RF kak istochnikov prava [Normative doctrinal nature of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation as sources of law]. Legal reference system "Garant". (In Russ.).
4. Vlasenko NA, Grineva AV. Sudebnye pravovye pozitsii (osnovy teorii) [Judicial legal positions (fundamentals of theory)]. Moscow; 2009. (In Russ.).
5. Gadzhiev GA. Zashchita osnovnykh ekonomicheskikh prav i svobod predprinimateley za rubezhom i v Rossiyskoy Federatsii [Protection of the basic economic rights and freedoms of entrepreneurs abroad and in the Russian Federation]. Moscow; 1995. (In Russ.).
6. Gadzhiev HI. Problemy tolkovaniya Konstitutsii i zakonov Konstitutsionnym Sudom [Problems of interpretation of the Constitution and laws by the Constitutional Court]. Moscow; 2001. (In Russ.).

7. Didikin AB. Filosofskoe i pravovoe nasledie Gansa Kelzena: sbornik statey i materialov [The philosophical and legal heritage of Hans Kelsen: Collected papers and materials]. Moscow; 2018. (In Russ.).
8. Ershov VV. Sudebnoe pravoprimerenie: aktualnye teoreticheskie i prakticheskie problemy [Judicial law enforcement: Topical theoretical and practical issues]. *Rossiyskoe pravosudie [Russian justice]*. 2006;5. (In Russ.).
9. Zorkin VD. Precedentnyy kharakter resheniy Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii [Precedent nature of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava [Journal of Russian Law]*. 2004;12:3-9. (In Russ.).
10. Kelsen G. Sudebnaya garantiya konstitutsii (konstitutsionnaya yustitsiya) [Judicial guarantee of the Constitution (constitutional justice)]. Transl. by Danilenko DV. *Pravo i politika [Law and politics]*. 2006;8-9. (In Russ.).
11. Kotov OYu. Vliyanie resheniy Konstitutsionnogo Suda Rossii na grazhdanskoe sudoproizvodstvo [The influence of the decisions of the Constitutional Court of Russia on civil procedure]. Moscow; 2002. (In Russ.).
12. Krutogolovov MA. Konstitutsionnyy Sovet Frantsii. Organizatsiya i pravovye aspekty deyatel'nosti [The Constitutional Council of France. Organization and legal aspects of activity]. Available from: <https://worldconstitutions.ru/?p=663> [cited 2021 March 05]. (In Russ.).
13. Kryazhkov VA, Lazarev LV. Konstitutsionnaya yustitsiya v Rossiyskoy Federatsii [Constitutional justice in the Russian Federation]. Moscow; 1998. (In Russ.).
14. Levchuk SV. Rol Verkhovnogo suda v razvitii osnov konstitutsionnogo stroya v SShA [The role of the Supreme Court in the development of the foundations of the constitutional system in the United States]. *Vestnik RGGU. Seriya: Ekonomika. Upravlenie. Pravo [RGGU Bulletin. Series: Economics. Upravlenie. Law]*. 2009;11:97-106. (In Russ.).
15. Luchin VO, Doronina ON. Zhaloby grazhdan v Konstitutsionnyy Sud Rossiyskoy Federatsii [Citizens' complaints to the Constitutional Court of the Russian Federation]. Moscow; 1998. (In Russ.).
16. Morshchakova TG. Razgranichenie kompetentsii mezhdru Konstitutsionnym Sudom RF i drugimi sudami Rossiyskoy Federatsii [Differentiation of competence between the Constitutional Court of the Russian Federation and other courts of the Russian Federation]. *Vestnik Konstitutsionnogo Suda RF*. 1996;6. (In Russ.).
17. Neshvara H. Kelzen — sudya konstitutsionnogo suda. Ego rol v spornykh voprosakh o brakakh, zaklyuchennykh s osobogo razresheniya [Kelsen is a judge of the Constitutional Court. His role in controversial issues about marriages concluded with special permission]. Legal reference system "Konsultant Plus" [Electronic resource]. (In Russ.).
18. Lazarev VV, editor. Obshchaya teoriya prava i gosudarstva [General theory of law and the state]. Moscow; 2005. (In Russ.).
19. Petrov AA. Resheniya Konstitutsionnogo Suda RF v mekhanizme pravovogo regulirovaniya [Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation in the mechanism of legal regulation]. Irkutsk; 2007. (In Russ.).
20. Petrova DV. Pravovye pozitsii Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii po voprosam ego deyatel'nosti i konstitutsionnogo sudoproizvodstva: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation on issues of its activity and constitutional legal proceedings. Author's abstract of Cand. Sci. (Law) Thesis]. Moscow; 2008. (In Russ.).
21. Martyshin OV, editor. Teoriya gosudarstva i prava [The theory of state and law]. Moscow; 2007. (In Russ.).
22. Tumanov DA. Probely v grazhdanskom protsessualnom prave [Gaps in civil procedural law]. Moscow; 2008. (In Russ.).
23. Khabrieva TYa. Tolkovanie Konstitutsii: teoriya i praktika [Interpretation of the Constitution: Theory and practice]. Moscow; 1998. (In Russ.).
24. Chistoe uchenie o prave Gansa Kelzena: sbornik perevodov [Hans Kelsen's pure doctrine of law: Collection of translations]. Issue 1. Moscow: USSR Academy of Sciences INION; 1987. (In Russ.).
25. Ebzeev BS. Konstitutsiya. Pravovoe gosudarstvo. Konstitutsionnyy Sud [The Constitution. Legal state. The Constitutional Court]. Moscow; 1997. (In Russ.).
26. Kelsen. H. General theory of law and state. N.J.; 2007. (In Eng.).
27. Kelsen H. Sovereignty and International Law. *The Georgetown Law Journal*. 1960. (In Eng.).