

14. Бланкенагель А. В поисках исчезнувших исключительных полномочий субъектов Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. №1. С.153-162.
15. Постановление Конституционного Суда РФ от 9 января 1998 г. №1-П по делу о проверке конституционности Лесного кодекса Российской Федерации // ВКС РФ. 1998. №2.
16. Гриценко Е.В. Разграничение и передача полномочий в системе публично-властных отношений // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 2. С.72-91.
17. Постановления КС РФ от 30 июня 2006 г. № 8-П по делу о проверке конституционности ряда положений части 11 статьи 154 Федерального закона от 22 августа 2004 года № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с запросом Правительства Москвы // ВКС РФ. 2006. № 4.
18. Постановление Конституционного Суда РФ от 24 января 1997 г. №1-П по делу о проверке конституционности Закона Удмуртской Республики от 17 апреля 1996 г. «О системе органов государственной власти в Удмуртской Республике» // ВКС РФ. 1997. №2.
19. Федеральный закон от 6 октября 2003 г. №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в РФ» // СЗ РФ. 2003. №40. Ст. 3832.
20. Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 1997 г. №12-П по делу о толковании содержащегося в части 4 статьи 66 Конституции РФ положения о вхождении автономного округа в состав края, области // ВКС РФ. 1997. № 5

УДК 342.7

342.41

342.56

И.А. Кравец,
доктор юридических наук, профессор,
Заведующий кафедрой теории и истории государства и права,
конституционного права ФГАОУ ВО «Новосибирский национальный
исследовательский государственный университет», г. Новосибирск

I.A. Kravets,
Doctor of Juridical Sciences, Professor,
Head of the Chair of Theory and History of State and Law
and Constitutional Law of Novosibirsk State University, Novosibirsk
e-mail: kravigor@gmail.com

**Господство права, границы конституционного судебного
правотворчества и принцип соразмерности (российский опыт и практика
ЕСПЧ)**

The rule of law, the boundaries of constitutional judicial law-making and the proportionality principle (Russian experience and practice of the ECHR)

Аннотация: В статье рассматриваются теоретические, нормативные и процессуальные основы конституционного судебного правотворчества как части господства права, обсуждаются границы правотворчества в конституционном судебном процессе, роль принципа соразмерности в контексте опыта российского конституционализма и практики ЕСПЧ, научные взгляды на природу принципа соразмерности и балансирующее предназначение в защите и обеспечении основных прав и свобод в практике Конституционного Суда РФ.

Ключевые слова: господство права, конституционное правотворчество, судебный правотворческий конституционализм, принцип соразмерности, границы балансирования, конституционная телеология

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-00761 А

Abstract: The article reveals the theoretical, legal and procedural foundations of constitutional judicial law-making as part of the rule of law, discusses the boundaries of law-making in constitutional litigation, the vector of using the principle of proportionality in the context of the experience of Russian constitutionalism and the practice of the ECHR, scientific positions on the nature the proportionality principle and a balancing mission in the protection and safeguarding of human rights in the practice of the Constitutional Court of the Russian Federation (CCRF).

Keywords: rule of law, constitutional law-making, constitutional teleology, judicial law-making constitutionalism, proportionality principle, balancing boundaries, constitutional teleology.

The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-011-00761 А

Введение. Цель исследования – показать взаимосвязь между поддержанием и осуществлением господства права и эффективностью конституционного судебного правотворчества в практике современного российского конституционализма, выявить границы балансирования и судебного правотворчества в конституционном судебном процессе, значение принципа соразмерности в контексте опыта российского конституционализма и практики ЕСПЧ, раскрыть научные взгляды на природу принципа соразмерности в теории и практике защиты и обеспечения основных прав и свобод Конституционным Судом РФ.

Объект исследования – общественные отношения в сфере осуществления господства права, конституционного балансирования в теории и практике конституционного судебного правотворчества, судебного конституционализма и использования принципа соразмерности.

Предмет исследования – теоретические, нормативные и процессуальные основы, практика конституционного судебного правотворчества в контексте обеспечения господства права, научные позиции на природу конституционного

балансирования и принципа соразмерности в практике обеспечения прав и свобод органом конституционного правосудия и ЕСПЧ.

Основная часть. Господство права и границы конституционного судебного правотворчества. Существует давняя дискуссия о взаимных отношениях концепций «господство права» и «правовое государство», которые отражают как традиции юридического языка в рамках различных правовых систем, так и различия в происхождении доктрин и составляющих их принципов и правил, реализующихся через конституционные и иные правовые институты. В данной работе английское выражение «the Rule of Law» переводится как «господство права». Эта юридическая формула лексически наиболее богата правовыми смыслами, притом в значительно большей степени, чем более распространенное выражение «верховенство права». Во-первых, в правовой конструкции «господство права» заложен не только статус в иерархии источников права и правовых норм, о чем как правило символизирует слово «верховенство», но и набор правовых принципов, ценностей и правил, которые не могут охватываться их статусным положением. Во-вторых, господство права – это юридическая матрица правовых принципов, ценностей и правил, которые задействуют работу многих публично-правовых и частноправовых институтов. Следовательно, такая матрица сама претендует на господствующее или верховное положение в правовой системе страны или в регулировании международных отношений. В-третьих, Российская Конституция не оперирует термином «господство права», хотя закрепляет правовое государство как основу конституционного строя, в рамках которого обеспечивается и верховенство конституции и федеральных законов. В-четвертых, принцип соразмерности по своему предназначению выходит далеко за пределы концепции правового государства и может рассматриваться как важнейших элемент доктрины господство права в части обеспечения конституционного балансирования интересов личности, общества и государства.

В исследованиях концепции «the Rule of Law» значительное место занимают вопросы аналитической юриспруденции, в рамках которой рассматриваются спорные содержательные и процедурные особенности и элементы доктрины. Одни исследователи отмечают, что значение фразы «господство права», которая должна называться «идеалом господства права», всегда оспаривалось [1, р.1]. Другие рассматривают господство права как существенный элемент конституционного правления в целом и представительной демократии в частности [2, р.16]. Господство права имеет ключевое значение как для концепции современного государства, так и для изучения международного права и международной политики. Две версии господства права (внутренняя – для национальной юрисдикции и международная – для регулирования наднациональных и межгосударственных отношений) были изобретены в качестве решения самых разных проблем [3,

р.365]. Израильский философ права Джозеф (Йозеф) Раз прокомментировал тенденцию использовать господства права в качестве краткого описания позитивных аспектов той или иной политической и правовой системы. По его мнению, господство права является лишь одним из достоинств, которыми может обладать правовая система, и по которому о ней следует судить. Господство права не следует путать с демократией, справедливостью, равенством (перед законом или иным образом), правами человека любого рода, уважением к людям или достоинством человека [4, р. 210–211]. Такое утверждение вполне оправданно. Однако из него не следует, что юридическое содержание принципа господства права не может иметь конкретные параметры по отношению к демократическим процедурам избрания должностных лиц (включая глав государств в республиках), или в отношении процедуры судебной защиты основных прав и свобод, включая правила конституционного контроля в случае нарушения законом или иным правовым актом основных прав и свобод; или в отношении принципа уважения, защиты и охраны достоинства личности; или в отношении работы принципа соразмерности в практике конституционного балансирования. Особенно важно подчеркнуть, что наряду с *общеправовым содержанием принципа господства права* в доктрине разработаны и в практике конституционного правосудия применяются многие *отраслевые аспекты* принципа господства права. В случае с достоинством личности следует отметить, что правовые системы различных государств и международно-правовые регуляторы устанавливают важные, хотя и неоднозначно понимаемые границы действия господства права, когда необходимо уважать, охранять и защищать человеческое достоинство как в рамках национальной, так и международной юрисдикции. По мнению А. Барака, господство права («the rule of law») или, вернее, господство справедливости — это сложный, многозначный, неоднозначно понимаемый термин [5, р.1–2]. Терминологическая путаница существует в понимании и обозначении господства права благодаря традиции словоупотребления в различных правовых языках. Различия в терминологии также способствуют этому. А. Барак отмечает, что англичане говорят о господстве права («Rule of Law»), выражении, чуждом американцам, которые предпочитают термин «правление на основе права» («Government under Law»). Немцы используют термин «правовое государство» («Rechtsstaat»), а французы ссылаются на принцип легалитета («le principe de légalité»). За этими различными терминами лежат разные историко-правовые и этические коннотации. Термин «господство права» порождает проблемы восприятия и этической оценки. Действительно ли закон или иные правовые акты правят человеком? Разве закон и иные акты не являются продуктом деятельности и творением человека? Применяя принцип соразмерности как элемент господства права судьи Конституционного Суда РФ разве не участвуют в конституционном правотворчестве?

Американская конституционная система опирается не только на писаную конституцию как высший закон страны, судебный надзор за конституционностью актов с возможностью признания определенных вопросов политическими и не входящими в предмет такого надзора, но и «живой конституционализм». По мнению Джека М. Балкина [6, р.614], «созданная нами система живого конституционализма создала новые сдержки и противовесы, чтобы поддержать те, которые предусмотрены в нашей первоначальной Конституции». Многие факторы определяют жизнь конституции, не только президент, парламент, суды, но и народ. «Живой конституционализм» – явление многомерное, оно отнюдь не только в деятельности судов. Как отмечает исследователь, «тот факт, что Конституция находится во всех наших руках, а не просто в руках судей, является причиной того, что у нас есть живая Конституция».

В российской конституционной юриспруденции для объяснения и понимания судебного конституционного правотворчества используется концепция «живая конституция» и «живой конституционализм». Данные выражения отражают процесс интеллектуального заимствования скорее не концептов, вырванных из американской политической и правовой культуры, а образных лингвистических формул, призванных влиять на доктрину и, возможно, практику российского конституционализма и конституционного правосудия. Концепции «живой конституции» и «живого конституционализма» пока не имеют ясно понимаемого отечественного правового лица и, следовательно, не сложились как таковые. Они играют побуждающую к научным изысканиям роль «конституционных метафор», но пока не оказывают какого-либо влияния на систему российского конституционализма, балансирование интересов и систему сдержек и противовесов в организации и деятельности публичной власти в стране. В правовой концепции конституционализма принципы господства права, соразмерности, уважения, охраны и защиты достоинства личности выступают интегральными элементами, которые имеют как судебно-процессуальное (в том числе конституционно-процессуальное), так и законодательное измерение. Через эти принципы осуществляется и контроль деятельности государства, и поиск баланса интересов между гражданами и государством, и согласование конституционных ценностей, которыми оперируют основные права и свободы личности, основы конституционного строя или принципы конституционализма. Традиционное представление о конституционализме как ограниченном правлении, благодаря данным принципам в определенной степени пересматривается (в первую очередь конституционное целеполагание) и дополняется взглядом на конституционализм как систему контроля за государством, систему координации и балансирования между различными интересами и ценностями. Контролируя государство, конституционализм

создаёт правовые и политические условия для постоянного поиска эффективного осуществления господства права, реализации основных прав и свобод. По мнению Скотта Гордона, исследующего контроль за государством от античных Афин до современности как теорию и практику конституционализма, последний определяется как политическая система, в которой принудительная власть государства контролируется посредством плюралистического распределения политической власти [7, р.1–2]. С позиции времени возникновения следует отметить, что конституционализм появился позже господства права как идеи. Еще до появления писаных конституций вслед за американской и французской революциями идея господства права (которая толковалась как гарантия подчинения правовым актам, не только закону) существовала в и в античный, и в средневековый период. Определение «господство права» является английским переводом латинских слов «*imperium legum*»; в буквальном смысле «империя законов, а не людей». Идея господства права рассматривалась как подчинение действий политического суверена правовым предписаниям, соответствие закону и иным правовым актам [8, р.229–230]. В широком смысле господство права (по мнению М.Н.С. Селлерса, в его «первоначальном и наиболее естественном смысле») является «чистым общественным благом, в котором легализм правового государства (*Rechtsstaat*) играет только частичную и вспомогательную роль» [9, р.4]. Господство права облагораживает современные общества; общества, в которых востребовано господство права, значительно лучше, чем те, в которых этого нет. Реальное господство права (или его отсутствие) отличает хорошее и справедливое правление от плохого и авторитарного с жесткой иерархической справедливостью. Большинство юридических и политических институтов могут и должны быть оценены с позиций господства права: в какой степени эта идея работает и осуществляется благодаря им. Нельзя игнорировать тот факт, что «империя законов, а не людей» или «правление законов, а не людей», как смысловые концепты, не принимают во внимание, что конкретным применением правовых норм к людям, юридическим лицам, органам и их должностным лицам занимаются люди; следовательно, человеческий фактор полностью не исключается из концепции господства права, которая предъявляет (и должна это делать) специальные требования к профессионализму, компетентности, честности, моральной устойчивости лицам, которые применяют право. Главная задача господства права – отделять право от произвола власти при помощи правоприменителей и граждан, стоящих на страже своих собственных интересов, интересов общества и государства. Юридическая практика может исказить основные компоненты принципа господства права, а законодательство содержать неточные или расплывчатые положения (нормы); неодинаковая практика применения одних и тех же положений законов и иных актов будет препятствовать достижению господства

права; административное и судебское усмотрение могут быть использованы как для продвижения элементов господства права, так и для их нивелировки и существенного искажения из-за целенаправленной государственной политики в той или иной области правового регулирования. Конституционное правосудие по отношению к господству права выполняет обеспечительную и судебно-охранительную роль. Имеющийся «дефицит» господства права в судебной и административной практике может восполняться благодаря эффективной функции конституционного контроля, которая обеспечивает и оценку *нормативности* актов органов законодательной и исполнительной власти, и защиту основных прав и свобод (и генетически связанных с ними) личности, объединений граждан. Но даже и конституционное правосудие не может в полной мере обеспечить всемерное поддержание принципа господства права, т.к. на конституционные суды могут оказывать политическое давление органы государства, решения конституционных судов могут не исполняться надлежащим образом или иметь неэффективный механизм собственного исполнения. Поэтому поддержание господства права средствами конституционного правосудия в стране не является достаточным; правовая политика, осуществляемая конституционным судом, как правило вписывается в систему гарантий, но редко выходит за пределы вектора государственной политики, которую осуществляют политические органы государства. Тем не менее пути, которые ведут к господству права, особенно в такой стране как Россия с *авторитарной неправовой традицией в сфере публичной власти*, включают «дорожную карту живого конституционализма» и практику *конституционного судебного процесса*, позволяя укореняться в доктрине и практике конституционализма таким принципам, как соразмерность, уважение, охрана и защита достоинства личности, тем самым увеличивая шанс противостоять административному и государственному произволу, а также законодательной нормативной политике неправомерного ограничения прав под влиянием как внешних, так и внутренних факторов (несогласованность европейских конвенционных ценностей и государственно-правовых традиций России, централизации власти, предпочтение национальных интересов перед интересами личности, укрепление несменяемости власти и др.).

Границы конституционного балансирования: господство права и принцип соразмерности. Проникновение принципа господства права в российскую науку и практику (юрисдикционную и конституционное правосудие) имеет в основе своей представление о том, что в своем более узком значении (верховенство права) господство права только часть концепции правового государства, один из принципов правового государства, которыми руководствуются Конституционный Суд РФ и его судьи. Как отмечает Г.А. Гаджиев, в России верховенство права обычно рассматривается как элемент более широкой правовой концепции – концепции правового

государства; и такое восприятие можно найти в учебниках по конституционному праву, в правовой доктрине и в судебных решениях [10, р.209]. В более ранней работе были показаны связь между конституционной телеологией и принципом пропорциональности, а также значение принципа охраны и защиты достоинства личности как балансирующего принципа [11, с.25–32]. Когда мы говорим о таких категориях конституционной теории, как господство права, принцип соразмерности, достоинство личности, то на первый взгляд они связывают границы конституционализма с возможными ограничениями основных прав и свобод личности и принципом уважения, охраны и защиты достоинства личности в одну правовую парадигму. Конституционная судебная практика через юрисдикционную процедуру оценивает демократическую волю парламентского большинства, выраженную в федеральных конституционных законах и федеральных законах, тем самым ставя под сомнение конституционность выраженного мнения и ограничивая действия принципа демократического мажоритаризма. В современной науке конституционного правосудия принцип соразмерности и принцип уважения, защиты и охраны достоинства личности следует рассматривать как элементы доктрины господства права.

В понимании достоинства и пропорциональности играет важную роль философия *когнитивного* и *дискурсивного конституционализма*. Р. Алекси предлагает рассматривать дискурсивный конституционализм в качестве теории, которая вытекает из связи между пятью различными понятиями: (а) конституционные права, (б) сбалансированность, (в) дискурс, (г) конституционный контроль и (е) представительство. Система, сформированная этими пятью понятиями, очень сложна, поэтому представляемая им картина исследования концентрируется на концепциях сбалансированности, конституционного контроля и представительства [12, р. 572]. Балансирование является одним из основных вопросов в нынешних дебатах о толковании конституционных прав. Многочисленные авторы выдвинули возражение, что балансирование является иррациональным и субъективным. В своей работе Р. Алекси утверждает, что это возражение неоправданно. Ведь балансирование основано на теории дискурсивного конституционализма, которая связывает концепцию балансирования с концепциями конституционных прав, дискурса, конституционного контроля и представительства. Основные тезисы таковы: во-первых, балансирование основывается на рациональной форме аргумента, которая может быть выражена с помощью «формулы веса», и, во-вторых, конституционный надзор (контроль) соответствует требованиям демократической легитимации в той степени, в какой аргументы связывают представления людей с обеспечением рациональных доводов в ходе балансирования.

Выводы. Принцип соразмерности (пропорциональности) работает с философско-правовыми, моральными и конституционно-правовыми категориями. Он связан и с достоинством личности как моральной, экзистенциальной и правовой категорией. Закреплённые в Конституции РФ цели ограничения прав и свобод приобретают конституционно значимый характер и выступают телеологическими ориентирами в доктрине и практике «освоения правового пространства» принципом соразмерности (или пропорциональности), который призван обеспечивать сбалансированность интересов конкретной личности, общества и государства. В российской доктрине и практике конституционной юриспруденции принцип соразмерности, а в европейской конвенциональной судебной-практической юриспруденции принцип пропорциональности основаны на сходных критериях (тестах) и имеют дискуссионную палитру вовлечения философских, моральных и правовых доктрин. Размышляя над взаимосвязью человеческого достоинства и соразмерностью, над их сопричастностью к формированию когнитивного и дискурсивного конституционализма, следует учитывать, что Россия вовлечена в процесс освоения европейских конвенциональных ценностей и философско-мировоззренческих доктрин, применяемых в практике Европейского Суда по правам человека. Российский *правовой модус соразмерности* в качестве конституционного принципа в области прав человека активно взаимодействует через доктрину и практику конституционного правосудия с конвенциональной практикой европейской юриспруденции прав человека. Соразмерность как философская и правовая категория одновременно, вовлекая рациональное балансирование в понимание границ прав и свобод, их ограничений, соприкасается с проблемой охраны и обеспечения человеческого достоинства, в том числе, когда речь заходит об обеспечении *равного достоинства*.

Список литературы

1. Fallon R. H., Jr. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse // Columbia Law Review. 1997. Vol. 97, no 1.
2. Shklar J. N. Political Theory and the Rule of Law // The Rule of Law. Ideal or Ideology. Allan C. Hutchinson and Patrick Monahan (eds.). Toronto: Carswell, 1987.
3. Hurd I. The international rule of law and the domestic analogy. // Global Constitutionalism. 2015. Vol.4, Issue 3, pp.365-395. doi:10.1017/S2045381715000131
4. Raz J. The Rule of Law and its Virtue // The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford, 1979.
5. Barak A. Begin and the Rule of Law // Israel Studies. 2005. Vol. 10, no. 3, pp. 1-28.
6. Balkin J.M. Framework Originalism and the Living Constitution // Northwestern University Law Review. 2009. Vol. 103, no 2, pp. 549-614.
7. Gordon S. Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

8. Dyzenhaus D. Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power // Global Constitutionalism. 2012. Vol.1, no 2, pp. 229– 260.
9. Sellers M. N. S. What Is the Rule of Law and Why Is It So Important? // J.R. Silkenat et al. (eds.), The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat). Springer International Publishing, 2014, pp.3–13. DOI 10.1007/978-3-319-05585-5_1
10. Gadzhiev G.A. The Russian Judicial Doctrine of the Rule of Law: Twenty Years After // J.R. Silkenat et al. (eds.), The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat). Springer International Publishing, 2014, pp.209–228. DOI 10.1007/978-3-319-05585-5_14
11. Кравец И.А. Конституционная телеология и принцип пропорциональности (в российском конституционализме и практике ЕСПЧ) // Толкование правовых актов. Право и суд (теоретико-правовой, конституционно-правовой, гражданско-правовой, трудо-правовой аспекты): материалы II Всероссийской научно-практической конференции. Симферополь, 2019. С.25–32.
12. Alexy R. Balancing, constitutional review, and representation // International Journal of Constitutional Law. 2005. Vol.3, Issue 4, pp. 572–581. doi:10.1093/icon/moi040

УДК – 34.03

В.П. Камышанский,
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой
гражданского права ФГБОУ ВО «Кубанский государственный аграрный
университет имени И.Т. Трубилина»
V.P. Kamyshansky,
Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Law FSBEI HE
«Kuban State Agrarian University named after I.T. Trubilina»
e-mail:vpkam@rambler.ru

Толкование категории «искусственный интеллект» в науке гражданского права

Interpretation of the category of “artificial intelligence” in the science of civil law

Аннотация. В статье рассматривается искусственный интеллект как объект гражданско-правового регулирования. Сформулированы выводы относительно дальнейших путей законодательного обеспечения использования и развития технологий искусственного интеллекта в сфере экономики. Необходимо учитывать специфику конкретных сфер его применения, а также обеспечения баланса интересов отдельно взятой личности, общества и государства, как участников гражданского оборота. Развитие технологий искусственного интеллекта приведет к тому, что роботы с искусственным интеллектом и