

# Независимость судебной власти в условиях современного понимания разделения властей



**Рузанов Илья Владиславович,**

директор Центра исследования проблем взаимодействия  
государства, общества и личности  
443010, г. Самара, ул. Куйбышева 149, кв. 5  
E-mail: [iruzanov@yandex.ru](mailto:iruzanov@yandex.ru)

**Аннотация.** В данной статье проблемы независимости судебной власти исследуются с позиций естественно-правового подхода. Показано, что принцип разделения властей не статичен и его содержание меняется под воздействием времени.

Современный этап общественно-политического развития характеризуется резким усилением роли исполнительной власти над всеми иными. Это обеспечивается, главным образом, за счет так называемого делегированного нормотворчества. В статье показано, что сам по себе этот феномен закономерен и неизбежен. Однако в рамках описанной модели исполнительная власть фактически осуществляет как нормотворческую функцию, так и правоприменительную, что создает риски злоупотребления полномочиями, которых так боялись создатели принципа разделения властей.

В этой связи перед конституционно-правовой наукой встает задача выявить политико-правовые механизмы, которые смогут обеспечить сохранение ядра разделения властей — недопустимость концентрации всей полноты власти в одном центре. В статье предложены две инновации в устройстве государственной власти, которые могут помочь в решении поставленной задачи.

Одна из них связана с расширением видов непосредственного народовластия. С опорой на американский опыт показано, что наделение граждан и институтов гражданского общества возможностью прямого участия в нормотворчестве (путем выдвижения обязательных к рассмотрению предложений, замечаний и поправок к проектам нормативных актов) может сдерживать свободу усмотрения исполнительной власти и тем самым служить страховкой от узурпации власти.

Принципиально меняется и содержание деятельности судебной власти, которая при проверке законности нормативных актов должна перейти от формального контроля соблюдения административных процедур к анализу существа нормотворческих решений.

**Ключевые слова:** разделение властей, делегированное нормотворчество, непосредственное народовластие, общественная инициатива, нормоконтроль.

Разговор о независимости институтов правосудия (да и о правосудии вообще) немалым образом отсылает к принципу разделения властей. Казалось бы, за три с лишним столетия об этом принципе сказано все мыслимое и немалое. Однако и сегодня, в конце второго десятилетия XXI в., в теории государства и права, а также в теории конституционного права остается немало проблемных вопросов, связанных с разделением властей. Чего стоит хотя бы замечание В.Е. Чиркина: «Понятие “ветвь государственной власти” используется в науке более трех столетий, но до настоящего времени не существует строгого определения этого понятия»<sup>1</sup>. Спорят также и о количестве ветвей власти. Так, например, В.С. Нерсисянц

занимал жесткую позицию по этому поводу: «Ветвей власти может быть только три — законодательная, исполнительная и судебная — и никаких больше»<sup>2</sup>. С другой стороны, можно привести позицию С.А. Авакьяна, который говорит о наличии десяти ветвей власти<sup>3</sup>.

Таким образом, исследователь, анализирующий проблему независимости судебной власти, сталкивается с фундаментальными проблемами на самом старте своей работы: нет ясности ни по поводу того, что такое судебная ветвь власти, ни по поводу того, с какими иными ветвями власти она должна взаимодействовать.

<sup>2</sup> Общая теория права и государства / Отв. ред. В.С. Нерсисянц. М.: Норма-ИНФРА, 1999. С. 43.

<sup>3</sup> Авакьян С.А. Конституционное право России: учебный курс. 2-е изд. В 2 т. Т. 1. М.: Юристъ, 2007. С. 356.

<sup>1</sup> Чиркин В.Е. Публичная власть. М., 2005. С. 85.

Ситуация может показаться парадоксальной. В самом деле, как же может функционировать отечественное государство (как, впрочем, и все иные развитые государства мира) в условиях отсутствия понимания одного из основополагающих принципов своего устройства?

Полагаем, что в рамках позитивистской парадигмы юридического мышления указанный парадокс принципиально не разрешим. Для позитивиста право представляет собой систему формализованных общеобязательных правил поведения, которые должны быть недвусмысленно понятны всем участникам правоотношений. В ситуации, когда даже ведущие ученые не могут прийти к консенсусу о количестве ветвей власти, говорить о разделении властей как о правовой норме не приходится. Соответственно, и вопрос о независимости судебной власти также не имеет какого-либо содержания.

В этой связи единственным методологически оправданным приемом исследования заявленной темы является использование естественно-правового подхода. Как убедительно показывает В.В. Лазарев, право объективно создается человеком (не государством!) в ходе взаимоотношений с другими людьми. В свою очередь, право воздействует на государство, которое рождает закон<sup>4</sup>.

В приведенной концепции ценно, что абсолютно в духе естественно-правовой традиции она разграничивает право (как объективно создаваемый человеком феномен) и закон (как субъективно оформленное государством общеобязательное правило поведения). С этой точки зрения разделение властей существует не потому, что так решили авторы Конституции России 1993 г., а потому что это результат некой договоренности народа, населяющего территорию нашей страны.

Также в целях настоящего исследования методологически необходимо понимать механизм действия конституционных принципов. Профессор А.А. Ливеровский разграничивает обычные правовые нормы и нормы-принципы, отмечая, что правовой принцип воздействует на общественные отношения в определенной мере своего содержания<sup>5</sup>.

Обобщая сказанное, отметим, что с точки зрения естественно-правового подхода, разделение властей, будучи конституционно-правовым принципом, во-первых, является продуктом

взаимодействия людей, а во-вторых, действует на политико-правовую реальность лишь в определенной мере.

Исходя из этого, можно предположить, что разделение властей — это конституционно-правовой принцип, который на разных этапах исторического развития имеет разное содержание. Применительно к заявленной теме это означает, что независимость судебной власти в разные исторические периоды проявляется по-разному. Например, США, пользуясь одной и той же конституцией более 2 веков, тем не менее, на разных исторических этапах своего развития устанавливали различное распределение влияния между разными ветвями власти. И такое положение вещей не противоречит естественно-правовому пониманию конституционализма.

Справедливости ради, необходимо отметить, что в науке имеются и иные подходы к оценке содержания конституционных норм. Так, в тех же США довольно сильны позиции так называемого текстуализма. Сторонники данной школы полагают, что естественно-правовой подход к праву грешит субъективизмом. Поэтому судьи в своей практической деятельности должны концентрироваться на семантическом значении слов и выражений, содержащихся в позитивном праве<sup>6</sup>.

Безусловно, такой подход, освобождающий право от произвола, риска ошибок выглядит весьма привлекательно. Однако реалистичен ли он? Как убедительно показывает уже упомянутый А.А. Ливеровский, логическая методология юриспруденции уходит своими корнями в математику и основывается на абстрактных методах формализации научных рассуждений<sup>7</sup>.

Это означает, что юридические принципы являются абстракциями, призванными упростить повседневную правовую жизнь. Подобно тому как цифра в математике символизирует количественные свойства предметов, правовые термины в юриспруденции символизируют качественные свойства социальных явлений. Поэтому в конституции не нужно переписывать многотомные труды, раскрывающие содержание понятия «правовое государство», достаточно использовать лишь это словосочетание. Однако это же означает, что, когда судья в конкретном деле применяет конституционную норму о Российской Федерации как о правовом государстве, он волей или неволей занимается естественно-правовой, а не текстуальной интерпретацией права.

<sup>4</sup> Лазарев В.В. История и методология юридической науки. М., 2016. С. 60.

<sup>5</sup> Ливеровский А.А. Европейская идентичность: конституционное измерение // Формирование современной европейской идентичности в рамках интеграции ЕС: социальное и культурное измерения. Сборник научных статей. СПб., 2018. С. 114.

<sup>6</sup> Nou J. Regulatory textualism // Duke Law Journal. Vol. 65:81 (2015). P. 106.

<sup>7</sup> Ливеровский А.А. Рациональная модель конституционного нормоконтроля // Право и государство. 2016. № 4(73). С. 45-46.

То же самое касается и принципа разделения властей и вообще большей части конституционных положений. Вряд ли норма о свободе слова в эпоху Facebook может действовать так, как она действовала во времена отцов-основателей американской Конституции.

Таким образом, судья, занимаясь текстуальной интерпретацией конституционного текста, неизбежно прибегнет к естественно-правовому подходу, пытаясь выявить содержание конкретного термина в современных условиях.

Но что же все-таки делает конституционные принципы правовой нормой (да, действующей, как пишет А.А. Ливеровский, в определенной мере, но все же действующей!)? И что позволяет нам говорить о тех или иных правовых документах как о самостоятельных, непрерывно действующих источниках права, несмотря на их изменяющееся фактическое содержание?

С нашей точки зрения таким свойством конституционные принципы наделены имеющимся в них ядром, основным содержанием, которое остается неизменным несмотря ни на что. Здесь уместна аналогия с теми подходами, которые выработаны применительно к оценке конституционности ограничения прав человека. Российский Конституционный Суд исходит из того, что каждое право человека имеет некое ядро, посягательство на которое означает умаление, отмену права, и потому недопустимо, тогда как ограничение права, не затрагивающее основного содержания права, при наличии убедительных и легитимных целей допускается<sup>8</sup>.

Каждый конституционный принцип также имеет свое основное содержание. Применительно к принципу разделения властей таким ядром, безусловно, выступает стремление не допустить узурпации власти в одних руках. Это желание явно прослеживается у авторов всех современных нам конституций. Например, отцы-основатели американского государства открыто писали о том, что разделение властей — это попытка «уравновесить одни амбиции другими»<sup>9</sup>.

В этом ракурсе несколько иначе смотрятся те дискуссии, которые ведутся в науке по вопросу о количестве ветвей власти, о сущности ветви власти и пр. Наиболее важным, концептуально значимым аспектом этого конституционного принципа является стремление

многонационального народа Российской Федерации не допустить концентрацию всей полноты власти в одних руках или у одной структуры.

В каком состоянии принцип разделения властей находится сегодня? Всем исследователям этого вопроса абсолютно очевидно, что в последние полвека произошло резкое усиление исполнительной ветви власти. Ее возвышение над иными ветвями властей обеспечивается, главным образом, за счет так называемого делегированного нормотворчества. Интересно отметить, что такой феномен наблюдается в самых разных странах мира, отличающихся друг от друга по устройству политических систем, а также национально-культурным традициям государственного устройства. Здесь стоит уточнить, что частые отсылки к американскому опыту и литературе в данной статье обусловлены не каким-то особым отношением автора к США. С нашей точки зрения, выявление идентичных процессов в России и в США очень показательно. Если две страны, сознательно реализовывавшие в XX столетии диаметрально противоположные государственно-правовые проекты (отличавшиеся, в том числе, и по вопросу принципа разделения властей, который, как известно, не признавался советской властью), в конечном итоге пришли к одинаковым проблемам, по-видимому, следует констатировать, что эти проблемы не являются делом случая. Напротив, их возникновение обусловлено объективными закономерностями правового развития общества.

Институт делегирования нормотворческих полномочий — не прихоть законодателя. Дело в том, что управление современным обществом требует наличия высококачественных экспертных знаний в самых разных сферах науки, техники, финансов. Экологические, экономические, техногенные вызовы, с которыми сталкивается человечество в XX–XXI вв., беспрецедентны по своей сложности. Создать адекватный масштаб проблем центр экспертизы на базе законодательного органа объективно невозможно. Приведем лишь несколько примеров.

Важнейшая для нашего времени проблема — проблема экологии и доступа граждан к рекреационным ресурсам. Часть 1 ст. 45 Водного кодекса РФ устанавливает, что использование водохранилищ осуществляется в соответствии с правилами использования водохранилищ, включающими в себя правила использования водных ресурсов водохранилищ и правила технической эксплуатации и благоустройства водохранилищ. При этом сами правила использования водохранилищ принимаются органами исполнительной власти (см., например: постановление Правительства РФ от 22.04.2009 № 349 «Об утверждении Положения о разработке,

<sup>8</sup> См., например: постановление КС РФ от 30.10.2003 № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова».

<sup>9</sup> Candeub D.A. Tyranny and administrative law // Arizona law review. Vol. 59:49. (2017). P. 74.

согласовании и утверждении правил использования водохранилищ, в том числе типовых правил использования водохранилищ» и др.).

Таким образом, реализация важнейшего конституционного права человека — права на благоприятную окружающую среду — фактически отдано законодателем на откуп исполнительным органам власти. При этом, мы не можем назвать это необоснованным решением — вряд ли можно себе представить, чтобы в парламенте страны принимались правила использования водохранилищ.

Не менее яркий пример — жилищная сфера. Часть 1 ст. 161 Жилищного кодекса РФ рамочно фиксирует, что управление многоквартирным домом должно обеспечивать благоприятные и безопасные условия проживания граждан. При этом установление правил и стандартов управления многоквартирными домами передано в компетенцию Правительства РФ, которое в связи с этим приняло постановление № 416 «О порядке осуществления деятельности по управлению многоквартирными домами».

Список примеров можно продолжать, но и два приведенных примера весьма наглядно иллюстрируют расширение полномочий исполнительной ветви власти за счет делегированного нормотворчества. При этом происходит не просто количественное расширение объема полномочий исполнительной ветви власти. Правомерно говорить о качественных изменениях баланса между различными ветвями власти. Традиционно считалось, что законодательная власть регулирует общественные отношения путем принятия общеобязательных правил поведения, а исполнительная власть применяет эти правила. Однако в рамках описанной модели исполнительная власть фактически осуществляет как нормотворческую функцию (путем принятия соответствующих стандартов и правил), так и правоприменительную (путем выдачи различных лицензий, разрешений, предписаний об исполнении правил и стандартов). То есть мы можем говорить о том, что в той или иной мере современная исполнительная ветвь власти реализует те риски, которых так боялись создатели доктрины разделения властей.

Американская юридическая литература и периодика полны алармистских текстов по этому поводу. Многие видные американские ученые полагают, что практика наделения федеральных агентств нормотворческими полномочиями фундаментально противоречит Конституции США<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Lawson G. The Rise and Rise of the Administrative State, 107 HARV. L. REV. 1231, 1237—49 (1994); Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law, 2015 SUP. CT. REV.

Сильны такие настроения и в политических кругах. Собственно, одним из лозунгов избирательной кампании Дональда Трампа был призыв к «сворачиванию административского государства» (в оригинале — *deconstruction of administrative state*)<sup>11</sup>.

Вместе с тем, в американской правовой науке показано, что существующее сегодня положение вещей неизбежно. Частично причины такого вывода описаны выше — техническая, экологическая, экономическая сложность общественных процессов требует высокого уровня экспертизы от регуляторов. В должной мере этот уровень может быть обеспечен лишь исполнительными органами власти. Однако есть и еще один немаловажный момент. В США формирование «административского государства» произошло во времена нового курса Ф. Рузвельта с его первой в американской истории попыткой масштабного перераспределения общественных благ в пользу социально незащищенных категорий населения. Учреждение социальных программ поддержки требовало профессионального управления на ежедневной основе, и именно в этот момент и по этой причине началось расширение полномочий исполнительных органов власти. Исходя из сказанного, можно сделать вывод о том, что борьба с неравенством на современном этапе невозможна без функционирования институтов административского государства<sup>12</sup>. Для России этот вывод является крайне важным, поскольку принцип социального государства закреплён у нас на конституционном уровне. Механизм реализации этого принципа еще требует внимательного изучения, однако, по-видимому, сильная исполнительная власть с нормотворческими функциями является одним из элементов этого механизма, поэтому резкое сужение полномочий исполнительной власти конституционно неприемлемо.

Само по себе изменение роли и места исполнительной власти в системе разделения властей не является принципиально неразрешимой проблемой. Как было сказано в самом начале этой статьи, интерпретация и содержание конституционных принципов неизбежно меняется

41, 42—43; Douglas H. Ginsburg & Steven Menashi, Our Illiberal Administrative Law, 10. N.Y.U. J.L. & LIBERTY 475, 491—93 (2016); Lawson G. Delegation and Original Meaning, 88 VA. L. REV. 327, 353—77 (2002).

<sup>11</sup> Philip Rucker & Robert Costa, Bannon Vows a Daily Fight for “Deconstruction of the Administrative State” WASH. POST (Feb. 23, 2017) // [https://www.washingtonpost.com/politics/topwh-strategist-vows-a-daily-fight-for-deconstruction-of-the-administrative-state/2017/02/23/03f6b8da-f9ea-11e6-bf01-d47f8cf9b643\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/politics/topwh-strategist-vows-a-daily-fight-for-deconstruction-of-the-administrative-state/2017/02/23/03f6b8da-f9ea-11e6-bf01-d47f8cf9b643_story.html).

<sup>12</sup> Sabeek Rahman K. Book review. Reconstructing the administrative state in an era of economic and democratic crisis, Harvard Law Review, Vol. 131 (2018). P. 1683.

с течением времени. Однако важно найти такое истолкование принципа и предложить такие механизмы, которые позволят сохранить ядро рассматриваемого принципа.

Иными словами, в современных условиях развития общества речь идет о необходимости нового смыслового наполнения принципа разделения властей и уточнении роли каждой из ветвей власти. Мы полагаем, что новое прочтение принципа разделения властей предполагает, как минимум, две инновации в устройстве государственной власти, и одна из них связана непосредственно с судебной властью. Однако начнем мы с изменений непосредственно внутри самой исполнительной власти.

Как показывает опыт американских коллег, сохранение ядра принципа разделения властей может быть достигнуто за счет создания механизмов внутреннего разделения внутри исполнительной ветви власти. Отвечая на те вызовы, которые описаны в этой статье, американские политики добились принятия в 1946 г. Закона об административных процедурах (*Administrative Procedure Act*), в котором установлены правила введения в силу нормативных актов органов исполнительной власти. Философия этого закона направлена на обеспечение максимальной прозрачности процедуры принятия нормативных актов. Ключевым механизмом, помогающим достичь этого, является институт публичного обсуждения проектов нормативных актов (*notice and comment*). Он предполагает обязательное предварительное опубликование соответствующего проекта, после чего любые заинтересованные лица имеют, как минимум, 30 дней на то, чтобы направить свои замечания, предложения и поправки к проекту. По закону федеральный орган, опубликовавший проект, обязан рассмотреть все поступившие замечания, сколько бы их не было<sup>13</sup>. Американские юристы подчеркивают, что рассматриваемый институт служит средством против неограниченной власти федеральных агентств<sup>14</sup>.

Полагаем, что такой институт может быть использован и в России, действующая Конституция имеет предпосылки для этого. Более того, частично он уже применяется. Например, Указом Президента РФ от 04.03.2013 № 183 установлено обязательное рассмотрение общественных инициатив, которые набрали в свою поддержку не менее 100 тысяч голосов.

Постановлением Правительства РФ от 30.01.2015 № 83 установлена процедура оценки фактического воздействия нормативных актов

на предпринимательскую и экономическую деятельность: определены инициаторы процедуры, установлены правила публичного обсуждения нормативных актов, подготовки отчетов и их рассмотрения.

Таким образом, в настоящее время уже существуют юридически закрепленные способы воздействия граждан и институтов гражданского общества на содержание нормативно-правовых актов.

По своей правовой природе такая деятельность является одной из форм народовластия. Как известно, в соответствии с ч. 2 ст. 3 Конституции РФ народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления. Среди непосредственных видов народовластия особо выделяют выборы и референдум, однако перечень видов непосредственного народовластия не закрыт.

Следует отметить, что вопрос о видах непосредственного народовластия в российской науке проработан не вполне. Так, С.А. Авакьян отмечает, что конституционная формулировка «высшим непосредственным выражением власти народа являются референдум и свободные выборы» читается некоторыми учеными и практиками как «единственным выражением», что в корне неверно<sup>15</sup>. В этой связи сложно предложить законченный каталог видов непосредственного народовластия. Тем не менее, введение в российскую общественную жизнь упомянутых выше институтов (общественной инициативы) подталкивает ученых к исследованию этого вопроса. В настоящее время в дополнение к референдуму и выборам к системе непосредственного народовластия эксперты относят институты опроса граждан, всенародного обсуждения законопроектов, публичные слушания, обращения граждан, законодательные предложения, народную правотворческую инициативу (о которой уже говорилось выше), наказы избирателей<sup>16</sup>.

Подчеркнем еще раз, что формулировка норм ст. 3 Конституции предполагает открытый характер перечня видов непосредственного народовластия. В связи с этим институт публичного обсуждения проектов нормативных актов (то, что в США называется *notice and comment*) с возможностью граждан выдвигать замечания и предложения по проектам и с обязанностью

<sup>13</sup> Notice and comment... [Электронный ресурс] URL: <https://lawi.us/notice-and-comment/> (дата обращения: 09.02.2019).

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> Авакьян С.А. Народовластие как совокупность институтов непосредственной и представительной демократии: проблемы эффективности // Российское государственное управление. 2014. № 2. С. 7.

<sup>16</sup> Тюнина И.И., Тюнин Е.А. Развитие консультативных институтов непосредственной демократии в субъектах Российской Федерации // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2010. № 1. С. 29-37.

властей анализировать их не противоречит конституционным нормам.

Более того, такой подход к нормотворчеству, с нашей точки зрения, максимально отвечает принципу правового государства. Содержание данного конституционного принципа не в достаточной мере исследовано в нашей науке. Чаще всего авторы учебных пособий ограничиваются указанием на то, что правовое государство — это такое состояние общественной жизни, когда деятельность всех органов власти связана правовыми нормами. Представляется, что такая дефиниция, во-первых, несколько тавтологична (правовое раскрывается через термин право), а во-вторых, не дает понимания конкретных требований к действиям органов власти.

Интересен подход профессора Лон Фуллера (Lon Fuller), который описал свои знаменитые «8 провалов законодателя». Полагаем, что фактически это описание правового государства методом «от противного»: что нельзя делать, чтобы быть правовым государством. Л. Фуллер называет следующие провалы:

- 1) недостаточность нормативного регулирования, что приводит к решению судебных дел на произвольной основе;
- 2) недостаточность открытости нормотворческого процесса, приводящая к тому, что участники общественных отношений не знают о нормах, с которыми они обязаны согласовывать свои действия;
- 3) ретроактивное действие правовых норм (в российской традиции это называется обратным действием правовых норм);
- 4) неясность норм;
- 5) противоречивость норм;
- 6) принятие норм, которые требуют от людей делать то, что они делать не в состоянии;
- 7) слишком частое изменение норм, в результате чего люди не могут планировать свои действия;
- 8) противоречие между содержанием норм и практикой их применения<sup>17</sup>.

Институт обсуждения нормативных актов позволяет обеспечить соблюдение требования открытости правотворческого процесса. Частично он также работает на предотвращение неясности норм, так как открытое широкое публичное обсуждение проекта позволяет понимать логику регулятора. Кроме того, поскольку процедура обсуждения требует времени, можно также утверждать, что она страхует от слишком частого изменения нормативных актов.

Таким образом, институт публичного обсуждения нормативных актов, являясь видом

непосредственного народовластия, позволяет обеспечить реализацию некоторых признаков правового государства.

Важный вопрос, возникающий в процессе анализа этого института, заключается в том, какие последствия влечет внесение того или иного замечания или предложения к нормативному акту.

Например, Л.А. Нудненко полагает необходимым установить правило, согласно которому если не менее 50% участников обсуждения высказались за определенные предложения, они должны быть обязательно учтены в окончательном тексте законопроекта<sup>18</sup>.

Нам такой подход представляется чрезмерно радикальным. Тем не менее, делать результаты общественного обсуждения рекомендательными действительно неправильно. И вот здесь мы подходим ко второму пункту изменений, требующихся в условиях трансформации ветвей власти. Речь пойдет о роли судебной власти.

В описанных условиях независимость судебной власти это не просто ее структурное обособление от администрации, это еще и определенное качественное наполнение деятельности. Задача «уравновешивания амбиций» исполнительной власти требует активной роли суда. В части судебного контроля правоприменительных действий исполнительных органов власти новая конфигурация разделения властей не требует каких-либо изменений. В то же время проверка законности нормативных актов, принимаемых органами исполнительной власти в порядке делегированного нормотворчества, требует более жестких подходов.

В настоящее время российские суды последовательно декларируют правовую позицию, согласно которой они не вправе оценивать целесообразность проверяемых ими нормативных актов. Очень ярко и недвусмысленно эта идея выражена в пп. «а» п. 28 постановления Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 50: суды не вправе обсуждать вопрос о целесообразности принятия органом или должностным лицом оспариваемого акта, поскольку это относится к исключительной компетенции органов государственной власти Российской Федерации, ее субъектов, органов местного самоуправления и их должностных лиц.

Эта позиция основана именно на классическом понимании принципа разделения властей: принятие соответствующего нормативного акта относится к компетенции органа исполнительной власти, и суд не должен вмешиваться в нее.

<sup>18</sup> Нудненко Л.А. К вопросу о правовом регулировании народовластия в России // Государство и право. 2012. № 7. С. 20.

<sup>17</sup> Fuller Lon L. The morality of law (rev. ed. 1969). P. 39.

Однако, как было показано выше, в современных условиях сами органы исполнительной власти нередко принимают нормативные акты в порядке делегированного нормотворчества, тем самым, выходя за пределы своей традиционно понимаемой роли в системе разделения властей. Очевидно, что в таком случае и роль суда может и должна меняться.

Отметим, что суды также понимают эту проблему. Так, в п. 35 того же постановления Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 50 указано, что если оспариваемый акт или его часть вызывают неоднозначное толкование, оспариваемый акт в такой редакции признается не действующим полностью или в части с указанием мотивов принятого решения.

Такой подход уже не соответствует жесткому пониманию разделения властей и очень созвучен одному из требований к правовому государству, сформулированному Л. Фуллером.

В еще более ярко выраженной форме эта идея проводится Конституционным Судом. Примечательно, что один из его судей, профессор Г.А. Гаджиев пишет: «Идея оценки последствий принятия нормативных актов и судебных решений высших судов — идея юридического конвенционализма — не случайно приобрела масштаб философско-правовой проблемы. И хотя юристы продолжают дискуссию о необходимости оценки и этих последствий, жизнь движется вперед, а это означает, что в министерствах создаются подразделения по оценке экономических последствий принимаемых юридических нормативных стратегических решений, а судьи поневоле, а порой и интуитивно, принимают экономически рациональные и эффективные решения»<sup>19</sup>.

Приведенная цитата прямо показывает понимание российскими судьями необходимости не только формального контроля соблюдения процедуры принятия нормативного акта, но и исследования его содержания.

Однако на пути внедрения такой идеологии есть некоторые проблемы. Как говорилось выше, феномен делегированного нормотворчества возник потому, что современные правоотношения крайне сложны и задача их регулирования требует высокопрофессиональной экспертизы. Такая экспертиза отсутствует у законодательных органов власти, в связи с чем соответствующие полномочия и передаются исполнительным органом. Однако судебные органы власти испытывают дефицит специальных знаний в еще большей степени, чем законодательные. В этой связи качественный контроль адекватности

создаваемого исполнительными органами регулирования со стороны судебных органов выглядит довольно проблематично.

Американские юристы разграничивают две модели судебного контроля нормотворчества исполнительных органов власти: с повышенным стандартом доказывания правомерности действий органов власти и с обычным стандартом<sup>20</sup>. Действуя при повышенном стандарте, орган власти должен доказать, что оспариваемый акт максимально рационален, т.е. им избран оптимальный способ регулирования. В рамках обычного стандарта необходимо лишь обосновать, что при принятии нормативного акта были учтены все важные факторы, касающиеся регулируемой сферы, и исключены очевидные ошибки<sup>21</sup>.

То есть, по существу, от органа исполнительной власти не требуется обосновывать целесообразность или техническую корректность принятого им решения. Требуется лишь продемонстрировать, что решение не является произвольным или, что хуже, принятым специально во вред тем или иным лицам.

С нашей точки зрения, такой подход является крайне удачным в контексте показанной в данной статье проблемы. Как отмечено выше, сегодня российские суды нередко ограничиваются лишь проверкой соблюдения формальных процедур: принят ли оспариваемый нормативный акт уполномоченным лицом, соблюдено ли требование о его публикации, сроках вступления в действие и т.д. Строго говоря, такой тест выдержит любой, самый безумный нормативный акт, принятый уполномоченным лицом с соблюдением формальных процедур. Такой способ судебного контроля не пугает общество от рисков, которых боялись авторы принципа разделения властей: узурпации власти. В том случае, когда орган власти будет вынужден доказывать суду, что при принятии оспариваемого акта он рассматривал разные варианты регулирования и остановился на принятом не в силу субъективного усмотрения, а по тем или иным причинам такой риск снижается.

Еще больший эффект данный подход получит в связи с внедрением в деятельность органов исполнительной власти описанного выше обязательного общественного обсуждения проектов нормативных актов. Возвращаясь к вопросу о последствиях той или иной общественной инициативы, отметим, что мы против

<sup>20</sup> В оригинале это звучит как *hard look review* и *thin look review*, что дословно можно перевести как жесткая и слабая проверка. Однако мы полагаем, что с учетом норм русского языка и юридической терминологии более приемлем предложенный нами вариант перевода.

<sup>21</sup> Gersen J. & Vermeule A. *Thin Rationality Review*, 114 Mich. L. Rev. 1355(2016). P. 3-18.

<sup>19</sup> Гаджиев Г.А. Конституционная экономика и рациональность в конституционном праве // Ежегодник конституционной экономики 2018. М.: ЛУМ, 2018. С. 20.

придания обязательного характера тем проектам, которые наберут определенный процент поддержки, как это предлагает профессор Л.А. Нудненко. Однако орган власти обязан мотивировать свой отказ в реализации каждого предложения, предоставив суду доказательства того, что соответствующая общественная инициатива действительно была рассмотрена по существу, а не формально.

Таким образом, принцип разделения властей (как, впрочем, и любой иной правовой принцип) не является раз и навсегда застывшей конструкцией с неизменным содержанием. Изменения, произошедшие с обществом после того как данный принцип был сформулирован, требуют его новой интерпретации. Фундаментально важным является сохранение ядра разделения властей — предотвращение концентрации всей полноты власти в одних руках. Чтобы решить эту задачу, необходимо осмыслить роль каждой из ветвей власти по-новому. Исполнительная власть должна приобрести новые способы функционирования, которые юридически могут быть закреплены через правила принятия нормативных актов (принцип непосредственного народовластия, реализуемый посредством института общественной инициативы и публичного обсуждения проектов нормативных актов). Новыми смыслами должна наполниться и работа судебной власти: ее независимость, место в системе разделения властей на современном этапе развития государства и общества приобретают новое содержание. В условиях концентрации огромного количества полномочий в руках исполнительной власти (полномочий по нормотворчеству, нормоприменению, а иногда и по разрешению правовых конфликтов) именно судебная власть должна выступать тем бастионом, который защитит общество от узурпаторства и тирании. От формального контроля соблюдения административных процедур она должна перейти к анализу существа нормотворческих решений. Методология судебного контроля законности нормативных актов, принимаемых исполнительными органами власти, — это тема для отдельного исследования. В обильно цитируемой здесь американской периодике предложен целый ряд подходов: анализ издержек и выгод; анализ нормативного акта с точки зрения его исполнимости; специальные методы анализа для различных отраслей регулирования; анализ безубыточности; ad-hoc анализ; анализ участия (анализ с точки зрения того, была ли обеспечена возможность участия в создании нормативного акта общественности)<sup>22</sup>. Полагаем,

что отечественной науке еще только предстоит изучить эти и иные виды методов судебного контроля и дать им оценку с точки зрения соответствия российской Конституции и доктрине. Однако уже сейчас понятно, что деятельность судебной власти должна наполниться новым содержанием, а ее отношение к исполнительной власти должно существенно измениться. В предложенной статье предпринята попытка концептуально очертить вектор этих изменений.

#### Список литературы

1. Авакьян С.А. Конституционное право России: учебный курс. 2-е изд., перераб. и доп. В 2 т. Т. 1. М., 2007. 719 с.
2. Авакьян С.А. Народовластие как совокупность институтов непосредственной и представительной демократии: проблемы эффективности // Российское государственное управление. 2014. № 2. С. 4-13.
3. Гаджиев Г.А. Конституционная экономика и рациональность в конституционном праве // Ежегодник конституционной экономики 2018. М., 2018. С. 18-43.
4. Лазарев В.В. История и методология юридической науки. М., 2016. 496 с.
5. Ливеровский А.А. Европейская идентичность: конституционное измерение // Формирование современной европейской идентичности в рамках интеграции ЕС: социальное и культурное измерения. Сборник научных статей. СПб., 2018. С. 113-117.
6. Ливеровский А.А. Рациональная модель конституционного нормоконтроля // Право и государство. 2016. № 4(73). С. 43-47.
7. Нудненко Л.А. К вопросу о правовом регулировании народовластия в России // Государство и право. 2012. № 7. С. 13-21.
8. Общая теория права и государства / Под ред. Нерсесянца В.С. М., 1999. 552 с.
9. Тюнина И.И., Тюнин Е.А. Развитие консультативных институтов непосредственной демократии в субъектах Российской Федерации // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2010. № 1. С. 27-38.
10. Чиркин В.Е. Публичная власть. М., 2005. 174 с.
11. Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law 2015 SUP. CT. REV. 41, 42—43.
12. Candeb D.A. Tyranny and administrative law // Arizona law review. Vol. 59:49. (2017).
13. Fuller Lon L. The morality of law (rev. ed. 1969).
14. Gersen J. & Vermeule A. Thin Rationality Review, 114 Mich. L. Rev. 1355 (2016).
15. Jonathan S. Masur & Eric A. Posner, Norming in administrative law // Coase-Sandor institute for law and economics working paper № 840.
16. Lawson G. The Rise and Rise of the Administrative State, 107 HARV. L. REV. 1231, 1237—49 (1994).
17. Nou J. Regulatory textualism // Duke Law Journal. Vol. 65:81 (2015).

<sup>22</sup> Jonathan S. Masur & Eric A. Posner, Norming in administrative law. Coase-Sandor institute for law and economics working paper № 840. P. 5-9.

## Independence of the Judiciary in the Modern Understanding of the Separation of Powers

Ruzanov Ilya,

Director of Research Center of Problems of Interrelations  
between State, Society and Person

**Abstract.** *The independence of judicial power is researched from the natural law viewpoint. It is shown that the principle of separation of powers is not static, it is changing under the influence of time.*

*The sharp increase of executive branch of power's role marks the contemporary stage of social-political development. It is shown that such a situation is inevitable. However, the problem is that executive branch fulfills both rulemaking function and law-enforcement one. It causes the risks of abuse of power, which scared the creators of separation of powers principle.*

*In this light the constitutional law faces the aim to reveal legal and political tools which can provide the very essence of separations of powers — to avoid the complete concentration of power in one center. The two innovations which can help to solve this problem are suggested in the article.*

*One of them is to broad the types of direct popular sovereignty. It is demonstrated, based on American experience that notice and comment requirement can restrain the arbitrariness of executive branch and therefore to be a bulwark against usurpation.*

*The nature of judicial power activity also changes. It must turn from formal control over the executive power to the analysis of the essence of its decisions.*

**Key words:** *separation of powers, delegated rulemaking, direct sovereignty, public initiative, rule control.*

### References

1. Avak'ian S.A. Konstitutsionnoe pravo Rossii: uchebnyi kurs [Constitutional law of Russia: training course]. 2-e izd., pererab. i dop. V 2 t. T. 1. Moscow, 2007. 719 s.
2. Avak'ian S.A. Narodovlastie kak sovokupnost' institutov neposredstvennoi i predstavitel'noi demokratii: problemy effektivnosti [Democracy as a collection of institutions of direct and representative democracy: problems of efficiency]. *Rossiiskoe gosudarstvovedenie [Russian State Studies]*. 2014. No. 2. S. 4-13.
3. Gadzhiev G.A. Konstitutsionnaia ekonomika i ratsionalnost' v konstitutsionnom prave [Constitutional economics and rationality in constitutional law]. *Ezhegodnik konstitutsionnoi ekonomiki 2018 [Yearbook of constitutional economics 2018]*. Moscow, 2018. S. 18-43.
4. Lazarev V.V. Istoriia i metodologiiia iuridicheskoi nauki [History and methodology of legal science]. Moscow, 2016. 496 s.
5. Liverovskii A.A. Evropeiskaia identichnost': konstitutsionnoe izmerenie [European Identity: Constitutional Dimension]. *Formirovanie sovremennoi evropeiskoi identichnosti v ramkakh integratsii ES: sotsial'noe i kul'turnoe izmereniia. Sbornik nauchnykh statei [Forming a Modern European Identity in the Framework of EU Integration: Social and Cultural Dimensions. Collection of scientific articles]*. Saint-Petersburg, 2018. S. 113-117.
6. Liverovskii A.A. Ratsional'naia model' konstitutsionnogo normokontrolia [Rational model of constitutional monitoring]. *Pravo i gosudarstvo [Law and the State]*. 2016. No. 4(73). S. 43-47.
7. Nudnenko L.A. K voprosu o pravovom regulirovanii narodovlastiia v Rossii [On the issue of legal regulation of democracy in Russia]. *Gosudarstvo i pravo [State and law]*. 2012. No. 7. S. 13-21.
8. Obshchaia teoriia prava i gosudarstva [General theory of law and state] / Pod red. Nersesiantsa V.S. Moscow, 1999. 552 s.
9. Tiunina I.I., Tiunin E.A. Razvitie konsul'tativnykh institutov neposredstvennoi demokratii v sub'ektakh Rossiiskoi Federatsii [The development of consultative institutions of direct democracy in the regions of the Russian Federation]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriiia «Pravo» [Bulletin of the Voronezh State University. Series "Law"]*. 2010. No. 1. S. 27-38.
10. Chirkin V.E. Publitchnaia vlast' [Public authority]. Moscow, 2005. 174 s.
11. Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law 2015 SUP. CT. REV. 41, 42—43.
12. Candeub D.A. Tyranny and administrative law. *Arizona law review*. Vol. 59:49. (2017).
13. Fuller Lon L. The morality of law (rev. ed. 1969).
14. Gersen J. & Vermeule A. Thin Rationality Review, 114 Mich. L. Rev. 1355 (2016).
15. Jonathan S. Masur & Eric A. Posner, Norming in administrative law. *Coase-Sandor institute for law and economics working paper*. № 840.
16. Lawson G. The Rise and Rise of the Administrative State, 107 HARV. L. REV. 1231, 1237—49 (1994).
17. Nou J. Regulatory textualism. *Duke Law Journal*. Vol. 65:81 (2015).