

© Д. И. ШАНДУРСКИЙ

Тюменский государственный университет
shandurskiy72@gmail.com

УДК 340.142

**СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО
В СИСТЕМЕ НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫХ АКТОВ**

**JUDICIAL LAW-MAKING
IN THE SYSTEM OF REGULATORY LEGAL ACTS**

В настоящее время можно констатировать, что судебное правотворчество в российском праве существует как особый вид правотворчества. Основной особенностью судебного правотворчества является его вторичный характер, обусловленный, прежде всего, тем, что основная функция суда — отправление правосудия, в рамках которого правоприменение преобладает над любым другим видом деятельности.

Поскольку судебное правотворчество существует, результаты судебного правотворчества являются источниками права. Источники права, явившиеся результатом судебного правотворчества, — это источники особого рода: с одной стороны, они носят подзаконный характер, с другой — могут изменять или даже отменить закон.

Вместе с тем существующая в Российской Федерации система судостроительства привела к тому, что реализация судами общей юрисдикции и арбитражными судами одних и тех же норм права часто существенно различается. Это не служит делу единообразного применения норм права на территории Российской Федерации и в конечном счете подрывает основы законности и авторитет государственной власти, формирует нигилистическое отношение к закону и праву в целом.

At the moment the judicial law-making in the Russian law there is a special form of lawmaking. The main feature of judicial law-making is its secondary character, due primarily to the fact that the main function of the court — the administration of justice in which law enforcement prevails over any other activity.

Since there is a judicial law-making, law-making trial results are sources of law. There is a source of a special kind: on the one hand, they are by-law character, and on the other — can modify or even repeal the law.

However, the current judicial system in the Russian Federation has led to the realization that courts rule the law often differently. This does not serve the cause of the uniform application of the law on the territory of the Russian Federation and ultimately undermines the legitimacy and authority of the state, also that forms a nihilistic attitude to the law in general.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА. Судебное правотворчество, судебный акт, судоустройство.

KEY WORDS. Judicial law-making, judicial act, judicial system.

В начале XX в. известный российский цивилист Н. А. Покровский говорил: «Закон и суд не две противоборствующие силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют одну и ту же цель — достижение материально справедливого; закон для этого достижения нуждается в живом дополнении и сотрудничестве судьи. Не следует бояться этой творческой деятельности судьи: судья не в меньшей степени, чем законодатель, ... носитель того же общественного правосознания» [4, с. 94-95].

Сегодня по проблеме судебного правотворчества в России российские ученые занимают неоднозначную позицию. Можно выделить три позиции, которых придерживаются ученые, — позиция полного отрицания судебного правотворчества в какой-либо форме, оставляющая за судами только функции толкования и правоприменения (С. С. Алексеев, А. Безина, С. Л. Зивс, В. В. Лазарев, А. Ф. Черданцев, А. Ф. Шебанов и др.); позиция признания судебного правотворчества (А. А. Белкин, В. Э. Краснянский, А. Н. Медушевский, Л. С. Явич и некоторые другие авторы), и, наконец, позиция, исключающая судебное правотворчество, но при этом предлагающая необходимость учета форм и видов судебной практики при принятии актов применения права (С. В. Боботов, С. Н. Братусь, А. Б. Венгеров, А. В. Мицкевич и т. д.). Следует отметить, что на современном этапе развития правовой науки ни один из этих подходов не может расцениваться как общепризнанный.

Отмечаем, что почти повсеместно признается роль судебной власти в устранении пробелов в правовом регулировании общественных отношений, в наполнении новым смысловым содержанием уже существующих норм права. Кроме того, в последние годы наблюдается тенденция к сближению различных подходов к роли и месту судебной практики в правотворческом процессе, следствием которого является более лояльное отношение в странах континентальной правовой системы к результатам судебной деятельности как источника права.

Существующая до объединения судов в Российской Федерации система судоустройства привела к тому, что реализация судами общей юрисдикции и арбитражными судами одних и тех же норм права часто существенно различается. Это не служило делу единообразного применения норм права на территории Российской Федерации и в конечном счете подрывало основы законности и авторитет государственной власти, формировало нигилистическое отношение к закону и праву в целом.

Проводимые в современной России преобразования показывают, что назрела необходимость разработки новых подходов к уяснению места судебной практики в системе правотворчества.

В настоящее время не подвергается сомнению тот факт, что движущей силой для развития судебного правотворчества являются неспособность законодателя своевременно отслеживать меняющуюся действительность путем принятия абсолютно определенных норм, наличие пробелов в существующем праве, изменяющийся подход к праву как исключительно позитивному праву, а также

неспособность и невозможность применения закона без однообразной, устойчивой судебной практики.

В свою очередь, вполне очевидно, что законодательная техника далеко не совершенна, в связи с чем на практике при применении нормативно-правовых актов у субъектов, причем как у органов исполнительной, судебной власти, так и у иных субъектов, возникает масса вопросов, требующих четкого разрешения. В связи с чем неоднозначность, пробельность и противоречивость нормативных актов требуют активной роли суда, который иначе и не сможет выполнить свои обязанности в полном объеме.

Когда суд действует в условиях пробельности права, отсутствия законодательно установленного разумного баланса публичных и частных интересов, он вынужден заполнять юридический вакуум путем создания правовых норм [2].

Во-первых, часто законодатель употребляет общие (оценочные) понятия, объективно не имея возможности проявить свою волю во всей полноте. Он рассчитывает на естественное развитие нормы в ходе правоприменительной практики. Фактически суд по указанию законодателя (прямого или косвенному) вынужден конкретизировать норму в ходе ее применения. Это происходит при прохождении дела в первой инстанции и отражается в вынесенном решении. Если правовая основа решения подвергается обжалованию в вышестоящей инстанции, не обойтись без развернутого обоснования проведенной конкретизации нормы. Суд таким образом формулирует правоконкретизирующие положения, которые могут составить содержание прецедента конкретизации права. Если он будет соответствовать неким формальным условиям, следование ему будет обязательным. Однако это правоположение не входит в содержание нормы и может действовать только применительно к той разновидности обстоятельств, по отношению к которым эта конкретизация проведена. Другими словами, он неразрывно связан с нормой опосредованно и с обстоятельствами — напрямую.

Решение суда, основанное на общем (оценочном) понятии, устанавливает новое толкование нормы и в силу этого приобретает новые свойства, а именно — выступает в качестве основы для разрешения аналогичных дел. В результате решение суда нельзя назвать только правоприменительным индивидуальным актом: здесь происходит развертывание содержания нормы, неизбежно сопряженное с формулированием определенных правил, тем самым вырабатываются новые положения, сформировавшиеся в процессе правоприменительной деятельности. Излагаемая в судебном акте позиция суда по вопросу о содержании оценочного понятия создается на новом логическом уровне, наполняет живым смыслом положения закона. Тем самым, суды дополняют нормативное регулирование, выводят новый подход, новое понимание [3, с. 209].

Как справедливо отмечается в литературе, «позитивное правотворчество связано с принятием судебного решения <...> на основании оценочных понятий, содержание которых не регламентировано в источниках права. Во всех указанных случаях судья создает новую норму права...» [1, с. 4].

Во-вторых, в праве имеются пробелы. Это тот случай, когда право молчит, хотя, исходя из разных обстоятельств, должно было бы содержать регулирование. Воля законодателя по разным причинам не проявлена. Это тот случай, когда в правосудии отказать нельзя и надо создавать правовую

основу для решения дела, преодолевать своего рода преграду на пути реализации права. Законодатель разрешил себе в некоторых сферах общественной жизни при определенных обстоятельствах искать пути для преодоления пробелов закона. В России суд может использовать в создании правовой основы решения дела ряд логических приемов, прежде всего аналогию закона и аналогию права, а также ряд содержательных принципов — прежде всего принцип справедливости. Швейцарский законодатель, например, решил проблему более радикально: он обязывает судью занять позицию законодателя и решить вопрос (создать норму), как если бы он был законодателем.

В-третьих, в праве имеются противоречия, и правоприменителю приходится их преодолевать. Есть правила, по которым осуществляется выбор в случае противоречия двух или более норм. Суд первой инстанции выносит решение, ссылаясь на выбранную норму без каких-либо обоснований. Но вышестоящему суду приходится обосновывать выбор нормы, формулируя соответствующее положение. Эта работа не является толкованием норм, поскольку воля законодателя выявлена и противоречива. В то же время отсутствует пробел, и даже наоборот — имеет место множественность регулирования. Пробел можно констатировать только при радикальной противоречивости норм, когда одна из них уничтожает другую. Так или иначе, но обоснование решения суда в части выбора применимой нормы будет иметь нормативный характер. В противном случае рухнет единство законности.

В решении вопроса о том, кто должен формировать прецедентные правовые положения, следует «идти от противного». Кто первым сталкивается с определенной ситуацией, тот и начинает соответствующее формирование. Определиться нужно только с тем, на каком этапе прецедент создается окончательно, акт какой инстанции является (признается) общеобязательным.

Разумеется, снижение качества нормативного материала предопределяет вынужденную активность судей, а снижение качества юридического образования, что является очевидной российской реалией, сказывается и на качестве судебных решений. Никогда не будет создано законодательство, не требующее толкования или дополнения.

В подобных условиях судья свободен в приемах для изъяснения (толкования) истинного смысла закона; однако в любом случае основным принципом является правило, что только закон может быть источником судебного решения. Только из закона, из его прямых постановлений или из его общего духа суд должен черпать нормы для своих решений, а отнюдь не из каких-либо вне закона лежащих инстанций.

Изучение взаимодействия двух важнейших социальных институтов — государства и права — позволяет утверждать, что правотворческая функция (в широком смысле понимания права) должна наличествовать у высших государственных органов в соответствии с их компетенцией в рамках системы разделения властей. Такой подход приводит к необходимости проанализировать положение высших судебных инстанций в России именно с позиции их статуса как государственного судебного органа, возглавляющего многоступенчатую систему учреждений правосудия. В результате такого анализа можно утверждать

наличие возможности и необходимости существования особых форм судебной деятельности.

Историческая практика (в частности, классическое античное частное право) указывает на существование права судебных органов создавать внутригосударственные правила поведения, следующее из приближенности указанных органов к определенной части общественной и публичной жизни и специализации на анализе имеющихся в ней дефектов правового регулирования.

Международная практика как следствие намечающихся процессов глобализации формирует особого рода судебные учреждения надгосударственной юрисдикции (например, Европейский суд по правам человека, Международный Суд, учрежденный Уставом Объединенных Наций в качестве главного судебного органа Объединенных Наций, международные и международные военные трибуналы и т. д.), в деятельности которых вообще не может идти речь о правоприменении в обыденном его понимании, т. к. правовая система должна подкрепляться внутригосударственным механизмом поддержки принятых решений.

В настоящее время можно констатировать, что судебное правотворчество в российском праве существует как особый вид правотворчества.

Правотворчество в самом узком смысле, безусловно, предполагается лишь как основная функция законодательной власти, понимаемой как система законодательных/законотворческих органов. Однако, как это удалось установить в рамках данного исследования, правотворческая функция присуща и судебным органам.

Основной особенностью судебного правотворчества является его вторичный характер, обусловленный прежде всего тем, что основная функция суда — отправление правосудия, в рамках которого правоприменение преобладает над любым другим видом деятельности.

Поскольку судебное правотворчество существует, результаты судебного правотворчества являются источниками права.

Источники права, явившиеся результатом судебного правотворчества, — это источники особого рода: с одной стороны, они носят подзаконный характер, а с другой — могут изменять или даже отменить закон.

К числу субъектов судебного правотворчества следует относить Конституционный Суд РФ; конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации, а также суды системы арбитражных судов и судов общей юрисдикции; мировую юстицию.

Судебное правотворчество можно классифицировать по различным основаниям: по виду принимающего соответствующий акт суда и его места в судебной системе, по юрисдикции (компетенции), по уровню суда в судебной системе и т. д. Наиболее адекватно отражающей специфику судебного правотворчества в России, по мнению автора, является классификация в зависимости от особенностей формы и содержания принимаемого акта:

1) принятие судами нормативно-правовых актов, обеспечивающих их функционирование и взаимодействие с другими органами (например, разного рода регламенты Конституционного Верховного и Высшего Арбитражного Судов РФ);

2) нормативное толкование Конституции (устава) Конституционным или уставным судом. Постановления Конституционного суда Российской Федерации имеют особый статус среди актов судебного правотворчества в силу того, что они рассматривают вопросы отмены нормативно-правовых актов в части или в целом (созидательное начало отсутствует);

3) разъяснения, содержащиеся в постановлениях Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации;

4) принятие судами решений нормативного характера, не являющихся прецедентами, поскольку они принимаются при отсутствии пробелов в позитивном праве и изначально нормативны, например, решения, содержащие нормы о признании недействующими нормативных правовых актов, противоречащих закону или Конституции.

В России нет судебного прецедента в классическом понимании англосаксонского права. Это, однако, не означает отсутствие судебного правотворчества в России и таких явлений, как нормативное решение, являющееся прецедентом и не являющееся прецедентом. Существование судебного правотворчества в форме судебного прецедента в российском праве в классическом понимании англосаксонского права невозможно, т. к. система судоустройства в России не позволяет сформироваться судебному прецеденту в классическом его понимании — для этого требуется иная система судоустройства, качественно иные принципы определения компетенции каждой судебной инстанции.

В целях недопущения проявления фактов судебного произвола при легализации судебного правотворчества в России и соблюдения режима законности необходимо дальнейшее совершенствование российской судебной системы и системы российского законодательства.

Прежде всего, требует изменения процессуальное законодательство Российской Федерации. На законодательном уровне должно быть установлено правило, согласно которому суды при вынесении решений должны руководствоваться не только постановлениями Пленумов, но и иными источниками права — результатами судебного правотворчества.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Зуев О. М. О роли суда в правотворческом процессе / О. М. Зуев // Российский судья. 2007. № 12. С. 4.
2. Интернет-пресс-конференция Председателя ВАС РФ А. А. Иванова от 05.12.2008. Основные итоги Всероссийского Съезда Судей. URL: www.arbitr.ru/press-centr/smi/20290.html
3. Лукьяненко М. Ф. О судебном правотворчестве в условиях принципа разделения властей / М. Ф. Лукьяненко // Вестник Тюменского государственного университета. 2009. № 2. С. 209.
4. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. М., 1916. С. 94-95.

REFERENCES

1. Zuev O. M. O roli suda v pravotvorcheskom processe [Towards an Understanding of the Role of Court in the Law-Making Process]. Rossijskij sud'ja [Russian Judge]. 2007. No 12. P. 4. (In Russian)
2. Internet-press-konferencija Predsedatelja VAS RF A. A. Ivanova [Online Press Conference of the Chairman of the Supreme Court of Arbitration of Russia Anton A. Ivanov]. Osnovnye itogi Vserossijskogo s'ezda sudej [Major Results of the All-Russia Congress of Judges]. www.arbitr.ru/press-centr/smi/20290.html (In Russian)
3. Luk'janenko M. F. O sudebnom pravotvorchestve v uslovijah principa razdelenija vlastej [On Judicial Legislation as Affected by the Principle of Separation of Powers]. Vestnik Tjumenskogo gosudarstvennogo universiteta [Tyumen State University Herald]. 2009. No 2. P. 209. (In Russian)
4. Pokrovskij I. A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [Major Issues of Civil Law]. Moscow. 1916. Pp. 94-95. (In Russian)

Автор публикации

Шандурский Дмитрий Игоревич — аспирант кафедры гражданского права и процесса Института государства и права Тюменского государственного университета

Author of the publication

Dmitry I. Shandurskiy — PhD student at the Department of Civil Law and Procedure, Institute of State and Law, Tyumen State University