

О ПРАВОТВОРЧЕСКИХ ПОЛНОМОЧИЯХ СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ

С. В. Васильев

*Национальный университет «Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого» (г. Харьков, Украина)*

Поступила в редакцию 20 февраля 2014 г.

Аннотация: обосновывается существование судебного правотворчества. Определяются место судебного правотворчества в системе правотворчества и анализ его соотношения с другими видами правотворчества, выявляются особенности правового регулирования в данной сфере.

Ключевые слова: правотворчество, суд, судопроизводство, источники права.

Abstract: *the article is devoted research of right for a court on creation of legal norms. An author determines the location of court in creation of law, analyses legal position of court and other public organs on creation of legal norms.*

Key words: *creation of law, court, legal proceeding, sources of law.*

Общепризнано, что правотворчество – это процесс целенаправленного формирования и юридического закрепления государственной воли в источниках права. Правотворчество представляет собой одну из важнейших сторон деятельности государства, имеющую своей непосредственной целью формирование правовых норм, их изменение, отмену или дополнение.

В континентальной правовой системе в отличие от англо-саксонской не принято относить результаты судебного правотворчества к источникам права. Однако нельзя не учитывать, что почти повсеместно признается роль судебной власти в устранении пробелов в правовом регулировании общественных отношений, в наполнении новым смысловым содержанием уже существующих норм права. В настоящее время 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 права¹.

Кроме того, проводимые в постсоветских государствах преобразования показывают, что назрела необходимость разработки новых подходов к уяснению места судебной практики в системе правотворчества.

По мнению М. Л. Позднякова, несмотря на то что создание правовых норм отнесено к компетенции законодателя, следует признать, что мотором процесса разрастания правовой регламентации является судебная деятельность. Во-первых, в процессе судопроизводства выявляются проблемные места, требующие дополнительной регламентации (пересмотра старой),

¹ См.: Семьянов Е. В. Судебное правотворчество : вопросы общей теории права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 3–4.

т.е. создается мотивация по интенсификации деятельности законодателя. Во-вторых, сами судебные акты моделируют более мелкие нормы, которые не могут быть порождены законодательной механикой, а поэтому являются именно той степенью детализации, которая как раз и необходима для того, чтобы оцифровать реальность (дать имя всему). Местоположением мотора происходящего становления правовой реальности (судебная деятельность) и объясняется то особенное значение, которое в настоящее время отводится судебной процедуре, судебной системе, судейскому статусу. В отсутствие целостной непротиворечивой правовой теории правотворческая деятельность суда всячески игнорируется, что мешает судебному механизму работать на полную мощность, поскольку невозможно выстраивание правовых институтов в соответствии с главной ролью суда – правотворческой.

Главное значение суда как строителя правовой реальности, по мнению М. Л. Позднякова, заключается в его обязанности создавать правовые нормы. Суд, создавая правовые нормы, по сути, заполняет пустоты, что не только не может осознаваться с позиции масштаба «создателей кодифицированных актов», но и не вступает в прямое противоречие с деятельностью законодателя².

Ганс Кельзен в свое время писал, что суды создают право, а именно индивидуальное право, однако они это делают в пределах правового порядка, введенного законодательным органом, или признанием обычая правотворческим фактом. Судебное решение является продолжением, а не началом процесса создания права. Данную индивидуальную норму суд производит не просто так, а применяя такую общую правовую норму, которую считает желанной, справедливой, но которую позитивный законодатель не позаботился принять³.

Е. Б. Абросимова полагает, что суд, осуществляя судебный контроль, приобретает качества органа власти, т.е. субъекта, принимающего решения, юридически обязательные для всех, что является основанием для приобретения судом права на судебное правотворчество⁴.

Аналогичную позицию занимает Н. А. Богданова, предполагающая, что любой орган должен обладать правом на издание в пределах своей компетенции нормативно-правовых актов. Если одна из ветвей государственной власти лишена или ограничена в реализации данного права, то реальное равновесие этих ветвей обеспечено не будет⁵.

Р. З. Лившиц пишет: «Признавая в судебной системе самостоятельную ветвь государственной власти, мы тем самым признаем допустимость при-

² См.: Поздняков М. Л. Эффективность правосудия и судебная система // Актуальные проблемы совершенствования законодательства, правоприменения и правовых теорий России и за рубежом : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (20 ноября 2008 г.) / под общ. ред. В. Л. Кудрявцева. Челябинск, 2008. С. 157–159.

³ См.: Кельзен Ганс. Чисте Правознавство : пробл. справедливості / пер. з нім. О. Мокровольського. Київ, 2004. С. 270.

⁴ См.: Абросимова Е. Б. Суд в системе разделения властей : российская модель. Конституционно-теоретические аспекты : учеб. пособие. М., 2002.

⁵ См.: Богданова Н. А. К вопросу о предмете науки конституционного права // Государство и право на рубеже веков. Конституционное и административное право : материалы Всерос. конф. / отв. ред. Ю. Л. Шульженко. М., 2000. С. 38–44.

нятия судами правовых норм. Ведь именно судебные правовые нормы являются типичным средством управления в цивилистическом обществе»⁶.

По справедливому замечанию А. О. Селиванова, судебная система сегодня не может функционировать по-старому, когда к ней предъявляются требования применения верховенства права и справедливости. Если это власть (а мы говорим о судебной власти, а не просто об органах и субъектах правосудия), то она должна быть наделена всеми признаками, которые свидетельствовали бы о том, что власть применяется эффективно, т.е. является самодостаточной⁷.

Указанная позиция поддерживается далеко не всеми юристами. По их мнению, по своей природе суд не должен создавать законы. Право творить нормы, которые являются основным навигационным устройством для судебной власти, имеет только народ в лице парламента, а не судья. Поэтому, как замечает А. Ф. Черданцев, доктрина раздела власти исключает возможность одной власти подменять функции другой⁸. По мнению Г. В. Дроздова, задание какого-либо суда заключается в разрешении индивидуально-определенных споров о праве. Свое решение суд может принять только на основе конкретных обстоятельств конкретного дела. Для суда вопросы права неразрывно связаны с вопросами факта. В отличие от законодателя, который оперирует обобщенными, абстрактными категориями, судьи могут мыслить только конкретно⁹. Аналогичной позиции придерживается и Г. Федоренко: «Каждый судья – это все-таки не творец права, а лицо, которое применяет право в рамках законов»¹⁰.

Как отмечается в литературе, юристы и судьи создают закон, работая с определенными, предоставленными им материалами, которые ограничивают итоговый результат. Если воспользоваться удачной метафорой Карлтона Кемпа Аллена, они «создают» закон в том же смысле, в каком человек, который рубит дерево на поленья, «создает» поленья¹¹.

Мы исходим из следующих позиций. Разрешение конкретной спорной жизненной ситуации дается судом в виде судебного решения, которое постановляется от имени государства и является обязательным к исполнению на всей территории данного государства. То есть решение суда является правилом поведения, обладающим принудительной силой, и в этом смысле оно не отличается от правовой нормы.

В. И. Анишина, исследуя правовую природу актов судебного правосотворчества, отмечает, что субъекты правоприменительной деятельности на основе логических законов в определенной процедуре проводят процесс

⁶ Лившиц Р. З. Теория права : учебник. М., 1994. С. 109.

⁷ См.: Селиванов А. О. Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та сучасні погляди. Київ, 2009. С. 364.

⁸ См.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора : учеб. пособие. М., 2003. С. 296.

⁹ См.: Дроздов Г. В. Правовая природа разъяснений закона высшими органами судебной власти // Сов. государство и право. 1992. № 1. С. 74.

¹⁰ Федоренко Г. Деякі питання законодавчої діяльності (про так званий «поділ праці між законодавцем і суддею») // Право України. 1996. № 6. С. 39.

¹¹ См.: Леони Бруно. Свобода и закон / пер. с англ. В. Копкина. М., 2008. С. 233.

квалификации, выстраивая для этого силлогизм, где роль большой посылки играет норма, а меньшей – фактические обстоятельства, исследуемые в связи с рассматриваемым делом. Они конкретизируют и детализируют общие нормы, раскрывают содержание оценочных правовых понятий и вырабатывают правоположения – прообраз полноценной нормы¹².

Таким образом, опережая законодателя, судья в контексте проблемного решения формирует правоположение (правовую позицию). Другой судья, сталкиваясь с тем же вопросом, вполне свободен в своих суждениях и только от него зависит, следовать ли решению первого судьи, его правоположению, даже опубликованному и признанному профессионалами-экспертами эталоном. Одним прецедентом не исключается создание других. Истинная компетентность предполагает наличие у судьи наряду с другими составляющими способности к правотворчеству особого рода в контексте с осуществлением правосудия, осложненного отсутствием нормы-основания искомого акта правоприменения. Таким образом, решение по делу в части юридических мотивов становится феноменом правотворчества и правоприменения (приложения сконструированного судьей правила к правовому диагностированию и определению последствий случая).

Здесь, как замечает Э. М. Мурадян, судебная задача (разрешительная функция) состоит из двух подзадач, решая которые один и тот же субъект (судья или суд в коллегиальном составе) выступает в качестве и правотворца, и правоприменителя¹³. Данную точку зрения поддерживает и С. В. Поленина: «Судебная практика – часть механизма правового регулирования. Он цикличен, начинается с правотворчества (выявление, учет, взвешивание и отражение в законе социальных факторов). За ним наступает этап правореализации и правоприменения, материалы которых в свою очередь дают почву (основание) для нового витка правотворчества. Основная функция в рамках механизма правового регулирования судебной власти правоприменительная. Однако правоприменение смыкается с новым витком правотворчества»¹⁴.

Правотворческая деятельность судов весьма существенно отличается от аналогичной деятельности парламента, и в силу этого она не может ни подменять ее собой, ни тем более дублировать.

В отличие от парламентского правотворчества особенность судейского правотворчества предопределяется тем, что: 1) судебное правотворчество всегда есть побочный продукт акта правосудия; 2) оно «не самостоятельно» в том смысле, что «привязано» к основной функции судебной власти – осуществлению правосудия; 3) оно осуществляется в рамках закона и на основе закона, исходящего от высшей законодательной власти страны; 4) правотворчество суда в значительной мере связано с толкованием (конкретизацией) права и восполнением пробелов в праве; 5) судебные правопо-

¹² См.: *Анишина В. И.* Правовая природа актов судебного правотворчества // Журнал рос. права. 2006. № 10.

¹³ См.: *Мурадян Э. М.* Гражданское судопроизводство // Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 649.

¹⁴ *Поленина С. В.* Судебный прецедент в Российской Федерации – реальность и перспектива // Представительная власть XXI века : законодательство, комментари, проблемы. 2002. № 5/6. С. 47–48.

ложения вырабатываются судьями, как справедливо отмечается в литературе, только на основе «имеющихся норм и правовых принципов, а не своей субъективной воли»¹⁵; 6) эти «правоположения» не должны противоречить существующим и в первую очередь конституционным законам; 7) существуют определенные границы или пределы судейского правотворчества, предусмотренные законом, которые, по мнению некоторых исследователей, представляют собой «стержень доктрины и практики прецедентного права, охватывающей сущность взаимоотношений и компетенцию судебной и законодательной властей, гарантии от узурпации прав последней»¹⁶.

Как отмечает М. Н. Марченко, судейское правотворчество не только не противоречит, а тем более, не подменяет парламентское, а, наоборот, дополняет его и обогащает¹⁷.

Совершенно прав В. М. Жуйков, который утверждает, что в настоящее время суды нередко вынуждены и должны «создавать (творить) право, иначе их деятельность станет не просто неэффективной, а приведет к результатам, противоположным тем, которые от них вправе ожидать общество: они будут не защищать право, а способствовать их нарушениям»¹⁸.

Анализируя проблему правотворческой активности судьи, П. Девлин вводит понятие о двух различных видах правотворчества: активное и динамическое. При этом под активным правотворчеством автор подразумевает такое, которое дает правовую форму тем идеям, которые уже приняты в обществе. Динамическое же правотворчество заключается во внедрении идей, не пользующихся в обществе поддержкой. Это привнесение в общественное согласие чего-то нового, использование права для порождения перемен в согласии.

Судьи не должны заниматься динамическим правотворчеством, поскольку при этом в правовую форму облачается идея, которая не получила еще распространения в обществе, но уже требует распространения. Если при активном правотворчестве от законодателя требуется сочувствие к идее, то в случае динамического правотворчества сочувствия недостаточно, а требуется энтузиазм. «Энтузиазм (в распространении идей) не есть и не должен быть ценным качеством судьи. Ведь энтузиазм всегда означает принятие какой-либо точки зрения, чьей-либо стороны, а это, в свою очередь, означает, что судья утрачивает видимость беспристрастности и, вполне возможно, самую беспристрастность». Но, по мнению П. Девлина, нет никаких причин, по которым судья не мог бы быть хорошим активным правотворцем. Законодатель берет некоторую идею с целью придать ей правовую форму. Для этого ему необходима способность формулировать, а судьи – именно те, кто обладает ею¹⁹.

¹⁵ *Ершов Е.* Восполнение судом пробелов в трудовом законодательстве // Рос. юстиция. 1993. № 24. С. 19.

¹⁶ *Мартыничук Е., Колоколова Э.* Прецедентное право : от советской идеологии к международной практике // Рос. юстиция. 1994. № 12. С. 22.

¹⁷ См.: *Марченко М. Н.* Источники права : учеб. пособие. М., 2005. С. 395.

¹⁸ *Жуйков В. М.* К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 16.

¹⁹ См.: *Devlin P.* The judge. Oxford, 1979. P. 182.

Судебное правотворчество имеет следующие особенности: а) его субъектами выступают суды как органы государственной власти, от имени которых действуют судьи, входящие в состав определенного суда; б) оно осуществляется как дополнительная функция суда, так как основным назначением любого суда является рассмотрение правовых споров путем правоприменения, а не создания новых норм путем правотворчества. Именно в этом проявляется «специфичность» правотворческой деятельности судебной власти; в) оно должно быть санкционировано со стороны высшего представительного органа государственной власти определенным образом, как правило, путем издания специального закона.

Интересна в данном аспекте позиция А. В. Цихоцкого, который считает, что целесообразно закрепить в процессуальном законодательстве отдельную формулу (аналогичная норма имеется в законе Израиля «Об основных правах» 1980 г.) следующего содержания: «Статья «Вторичные источники права». Если суд не согласен с нормой закона, регулирующей принятые решения, и не находит никакого ответа ни в позитивном праве, ни в судебной практике вообще, он должен при принятии вердикта исходить из принципов справедливости, свободы, мира в духе национальной традиции». Следовательно, продолжает автор, суд не творит новое право по своему усмотрению, он лишь находит его за пределами позитивного закона и формулирует уже наличное в обществе право²⁰.

Признавая нормативный характер судебных актов, можно выделить их основные признаки: 1) принимаются в процессе осуществления правосудия; 2) нормативное значение имеет не акт судебной власти в целом, а только та его часть (как правило, мотивировочная), где содержится правовая позиция (правоположение); 3) имеют общеобязательный характер, т.е. их действие распространяется не только на стороны в деле, а касаются и других субъектов права; 4) их нормативная сила необходима для обеспечения нужд правосудия при разрешении аналогичных дел и основывается на правовых позициях, которые формируют в процессе применения и толкование норм права во время рассмотрения конкретного дела; 5) обеспечиваются государством через деятельность государственной исполнительной службы; 6) их нормативное содержание устанавливается на основе анализа в судебном заседании юридических фактов и жизненных обстоятельств в контексте применения норм права; 7) зависит от профессионального правосознания судей и уровня развития правовой доктрины; 8) в условиях романо-германской правовой семьи имеют дополнительный характер по отношению к основным источникам права.

В научной правовой литературе обращается внимание на то, что, признавая определенную долю правотворчества в решениях судов, необходимо ограничить их свободу положениями правовой доктрины. Именно правовая доктрина лежит в основе судебных решений, формирующих отличную

²⁰ См.: Цихоцкий А. В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве : материалы Всерос. науч.-практ. конф. (г. Москва, 31 января – 1 февраля 2001 г.). М., 2001. С. 137–152.

от законодательных норм судебную практику, и именно доктрина должна признаваться самостоятельным источником права при анализе правовой природы судебной практики.

С подобными выводами сложно не согласиться. Однако необходимо отметить, что та же самая правовая доктрина лежит и в основе законодательного нормотворчества. Доктрина содержит в себе то, что обобщенно можно назвать основными принципами права, поддерживающими всю систему права. Естественно, ее роль не может быть сведена до уровня простого юридического словаря. Она требует самостоятельной теоретической проработки с учетом усиливающихся в настоящее время тенденций континентальной правовой системы отказаться от признания законодательных актов единственным источником права. Но судебная практика, хотя и опирается на правовую доктрину, тем не менее представляет собой особые результаты корректировки действующих правовых норм судебными органами. С определенной долей условности можно сказать, что «доктрина изменяет само понимание права, тогда как судебная практика изменяет законодательство»²¹.

Таким образом, судебное правотворчество существует как особый вид правотворчества, поскольку положения отдельных актов отвечают всем признакам права: они нормативны, являются формально определенными и гарантированы государством. В то же время судебное правотворчество имеет свою специфику и заключается не в создании правовой нормы, а в создании единообразного подхода к рассмотрению некоторых категорий дел, которое осуществляется посредством правотворческих функций судов. В процессе своей правотворческой деятельности суды принимают официальные акты-документы, которые выражают либо обязательные для последующего разрешения аналогичных дел правила, восполняющие пробелы в позитивном праве, либо интерпретационные нормы права (в виде правовых позиций), а в необходимых случаях также оперативные нормы права.

²¹ Тарасов Д. А. Судебная практика – новый источник права? // Адвокат. 2005. № 4.