

*УДК 340*

## **ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В ИСТОРИИ И СОВРЕМЕННОСТИ**

*Черткова Ю. В.*

*Крымский федеральный университет имени В.И. Вернадского*

В статье анализируется история взглядов на судебное правотворчество. Автором рассматриваются предпосылки формирования данных идей, а также раскрывается их содержание. На основе проведенного анализа делается вывод о том, что фактическое признание правотворческой функции суда чередовалось с периодами жесткой лимитации судебного правотворчества и даже полного его отрицания.

Анализируется правоприменительная деятельность суда в наши дни и делается вывод о том, что правотворческие функции не присущи судебной власти в России. Также исследуется творческая роль суда и основные направления ее развития.

На основе данного исследования представляется перспективным анализ судебной практики и правотворчества в судебных решениях с целью определения пределов творческой роли суда.

**Ключевые слова:** правотворчество, судебное правотворчество, судебная практика, правоприменение, толкование права.

Проблема творческой роли судов давно замечена в практике и науке. Но она по-разному оценивалась и оценивается. С одной стороны, обращалось внимание на неизбежность признания творческой роли судов, доведенной до такой степени, что речь пошла о правотворческой роли судов. С другой стороны, высказывались и высказываются мнения о неприемлемости и даже опасности признания за судьями функции правотворчества. Необходимо конструктивное решение этой проблемы в науке, на которое опиралась бы судебная практика. Однако содержание и интенсивность научных исследований этой проблемы не соответствуют потребностям практики. Это придает ей признак актуальности.

В зарубежной и отечественной юридической литературе освещались те или иные аспекты судебного правотворчества, в частности, в работах А. Барака, Ф. Газье, П. Гука, Б. Малышева, М. Марченко, Н. Подольской, С. Чередниченко, С. Шевчука и др.

Целью этой статьи является разработка теоретических положений, которые способствовали бы осмыслению путей решения проблемы судебного правотворчества в теории и на практике.

Если взглянуть на исторический правовой опыт стран и народов, то взгляд останавливается прежде всего на правоприменении в Древнем Риме в эпоху принятия Законов XII таблиц (451-450 год до н. э.). Предельно жесткий характер римского правоприменения в этот период исключал не только судебное правотворчество, но и творчество вообще. Дореволюционный исследователь римского гражданского

права С.А. Муромцев писал, что правовые акты в то время облекались в форму, заранее определенную и для всех одинаково обязательную, которые далее толкуются, строго придерживаясь формы, - такие акты представляют хорошее ручательство против произвола судебной власти, склонной проявить его при их судебной оценке. Формализм, по его мнению, в известных пределах, враг судебного произвола. Эта сторона формализма была дорога плебеям в их борьбе с патрициями; поэтому XII таблиц освятили систему формализма [9, с. 144].

Постепенно, однако, пришло понимание того, что предельное ограничение творческой роли судей не является благом. С середины II в. до н.э. активизировалось правотворчество преторов.

Преторы в Древнем Риме наделялись высшей властью с правом издавать общеобязательные постановления (эдикты), управлять судопроизводством и назначать наказание. Выделялись городские преторы (рассматривали дела римских граждан) и преторы peregrinorum (рассматривали дела с участием иностранцев). Правотворчество преторов привело к формированию наряду с квинтитским правом двух новых правовых систем преторского права и права народов. Впоследствии эти правовые системы стали частью римского гражданского права [3, с. 28-43].

Суды стали выявлять логическое содержание правовых актов, закрепленную в них волю законодателя. Так до I века н.э. завещания в пользу раба безусловно считались ничтожными. В I веке н.э. пришли к выводу о том, что из завещания в пользу раба неизбежно вытекает, что рабу даруется свобода, в противном случае завещание теряет смысл. Это было проявлением судебного творчества, но не судебного правотворчества. Это было логическим толкованием завещания.

В дальнейшем, однако, государственно-правовая практика пошла по пути осторожного ограничения правотворческой роли судов.

В 426 году императоры Валентиниан III (Западная Римская империя) и Феодосий II (Византийская империя) существенно ограничили число юристов, чье мнение имело силу закона для суда, издав специальный закон – *lex allegatoria*, получивший в литературе название «Закон о цитировании». Отныне суды могли руководствоваться мнением лишь пяти юристов: Папиниана, Юлия Павла, Ульпиана, Модестина и Гая. В случае противоречия между высказанными ими мнениями судьям предписывалось отдавать предпочтение мнению большинства, а при равенстве голосов – мнению Папиниана; и только в отсутствие данных условий выбор решения оставался за судьей [11, с. 228].

Юстиниан, издавая *Corpus juris*, пришел к выводу о том, что в случаях неясности закона и безуспешности своих усилий суды не должны самостоятельно толковать закон, а должны обращаться за разъяснениями к самому императору. Эта практика была характерна для различных государств и в более позднее время. Во Франции в 1790 г. также судам предписывалось обращаться за разъяснениями к законодательному учреждению. И даже в XIX ст. были примеры запрещения толкования законов не только судьям, но даже профессорам права. Когда в 1813 г. в Баварии был издан Уголовный кодекс, король Максимилиан I запретил писать какие бы то ни было комментарии к нему. Очевидно, что эта тенденция законодателей ограничить право судебного толкования основывалась на недоверии к судам.

Проявилась такая практика и в отечественном законодательстве. Исстари существовал в судах обычай обращаться к государю с докладом в случае затрудне-

ния при разборе дел. Дополнительное закрепление этот обычай получил в манифесте 15 декабря 1763 г. Это воззрение перешло и в отечественный Свод Законов, где в Основных Законах предписывалось, что «без доклада Императорскому Величеству никакое место, не исключая и высших правительств, не имеет права переменять в законе ни единой буквы и не допускать обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований» [2, с. 129]. При этом давалось указание, в соответствии с которым законы должны быть толкуемы по точному и буквальному их смыслу. И практика постоянно представляла случаи обращения судов за разъяснением законов к верховной власти.

Эта практика получила теоретическое обоснование в работах целого ряда крупных мыслителей. Современная юридическая наука единодушно признает автором идеи судебной власти как самостоятельной ветви государственной власти. Ш. Л. Монтескье (1689-1755г.г.). В его работе «О духе законов» судебная деятельность действительно определяется как одна из разновидностей государственной власти. Для Ш. Л. Монтескье деятельность суда — это правоприменительная деятельность. Суд применяет закон и в этом его назначение. Однако, если применение закона вызывает какие-то сложности, Ш. Л. Монтескье не считает возможным дать суду право самостоятельно разрешать дело; он полагает необходимым вмешательство законодательной власти в лице знати, входящей в нее обособленной частью [8, с. 156].

В своем труде «О преступлениях и наказаниях» Чезаре Беккариа (1738-1794) поддерживает идеи Ш. Л. Монтескье о том, что три функции властей, исполнительная, законодательная и судебная всегда должны быть разделены и не должны осуществляться одними и теми же государственными органами. Законы, по его мнению, должны издаваться законодательной властью, а не монархом, также как и толковаться. Применять их должны только судьи, руководствуясь буквой, а не духом закона. А слишком широкая свобода толкования может, по его мнению, привести к произволу и продажности в судах [1, с. 75].

Интересны также рассуждения Т. Гоббса о взаимоотношениях суда и законодателя, который считал, что толкование законов является исключительным правом законодателя, ибо никто лучше него не может знать истинных и конечных причин и целей, ради которых был составлен закон. В то же время Т. Гоббс считал, что толкователем естественного права может быть только судья. Толкованием естественного закона при этом признавался приговор судьи, назначенного верховной властью для разбора и решения споров, которые должны решаться на основе этого закона, и толкование это состоит в применении указанного закона к данному случаю... В акте правосудия судья лишь соображает, соответствует ли требование истца естественному разуму и справедливости, и его постановление есть поэтому толкование естественного закона. Это толкование достоверно..., потому что это решение выносится им на основании полномочий, данных ему сувереном, в силу чего оно становится решением суверена, которое для данного момента является законом для тяжущихся сторон» [4].

Данное воззрение в разной степени крайности преобладало до XX века. Так, деятельность французских судов, начиная с принятия знаменитого Гражданского кодекса 1804 года и вплоть до самого окончания XIX столетия, формально была строго «связана» буквой закона и, соответственно, судья, ничего к праву не добавляя, лишь обязан был верно его «прочитать» и механически применить к коллизи-

онному моменту (юридическому спору) путем простого силлогизма. Судье не нужно было решать, что будет являться лучшим решением, а нужно просто определить, какая статья оказывается в данном случае применимой, и какова воля закона.

С середины XIX ст. это воззрение заменилось идеей, по которой суд не только имеет право, но и обязан толковать законы. Он не имеет права обращаться за разъяснением к кому бы то ни было, а все затруднения, все сомнения обязан решать сам. Этот принцип выражен в России в Судебных Уставах 1864 г. Он имеет глубокие основания в самом существе правового государства и в существе судебной власти. Строгая законность, как руководящее начало всей государственной жизни, возможна только тогда, когда 1) законы издаются только на будущее время и 2) когда законодатель не есть в то же время и судья [7, с. 702].

Во Франции, несмотря на прямой запрет статьи 5 Гражданского кодекса, не позволявшей судам своей волей конструировать общеобязательные правовые установления, которые расходились бы с текстуально оформленными положениями закона, либо не могущие быть дедуцированными посредством него, в практической плоскости, происходило завуалированное, и притом весьма активное, правотворчество судебных инстанций. Чтобы хоть как-то скрыть это действие, суды не преминули прибегнуть к фикции полноты или, иными словами, беспробельности позитивного права (прежде всего, Гражданского кодекса 1804 г.), рисуящей некий мифический образ всеведущего законодателя, будто бы сумевшего в скудные рамки правового текста вложить уникальную формулу успешного разрешения всех потенциально возможных юридических споров. Употребив эту хитрость, как утверждал Ф. Жени, юристы под видом интерпретации пытались в действительности навязывать свои собственные мнения. Реалистический позыв доктрины Ф. Жени требует в этой связи открытого признания возможности судей в определенных ситуациях создавать нормы права, и в этом отношении она (доктрина) выглядит довольно умеренной, в сущности, констатируя лишь то, что в условиях французской правовой системы и так уже существовало. Провозглашая необходимость расширения перечня источников права путем признания судебного правотворчества, позиция Ф. Жени, по мнению многих исследователей его творчества, вовсе не претендовала на то, чтобы опровергать исторически сложившуюся на просторах европейского континента «гегемонию» закона. Основной посыл теории Ф. Жени состоял в ограниченном наделении судей так называемой «свободой рук», признававшей за ними правотворческие прерогативы исключительно в тех областях общественной жизни, которые лишены сколько-нибудь определенного правового регулирования со стороны законодателя, т.е. там, где имеют место пробелы в действующем праве [12].

Этот период отличается появлением еще одной достаточно мощной силы, отстаивавшей идею судебного правотворчества – школы возрожденного естественного права. В контексте естественно-правовой традиции идеи применения права осложнялись наличием правового дуализма, что ставило правоприменителя перед выбором между позитивным правом (сущим) и нравственным содержанием права (должным) или «естественной справедливостью (aequitas)». Судебное решение или иной акт применения права, принятый на основе «возрожденного естественного права», отражали в определенной степени императивы нравственного происхождения, поскольку позитивное право — это форма существования естественно-правовых идей, которая, однако, нуждается в критическом осмыслении. К судье

предъявлялись требования неукоснительного исполнения нравственного долга, как гарантии реализации идей естественно-правовой школы в правоприменительном процессе и преодоления субъективизма в отправления правосудия [6, с. 14].

Следует признать, что идеи естественного права послужили для судов мощным подспорьем в их стремлении подкорректировать закон с учетом своего понимания справедливости. И в наше время исследования в области сравнительного правоведения констатируют активную правотворческую деятельность судов. Так, Р. Давид и К. Жоффре-Спинози пишут, что толкователь действительно является сувереном и располагает известной свободой действий, так как решения высшей судебной инстанции не могут быть обжалованы. Но он любит маскировать свою теоретическую роль в выработке права и создавать впечатление, что его роль сводится лишь к применению норм, созданных кем-то другим [5, с. 91].

Нечто подобное сегодня наблюдается и в России. Особенно четко стремление к судебному правотворчеству проявилось в практике Высшего Арбитражного Суда РФ. Так, в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» неоднократно указывается на необходимость то расширительного, то ограничительного толкования отдельных законодательных положений. Между тем, какие либо критерии, наличие которых было бы основанием расширительного и ограничительного толкования отдельных законодательных положений, наукой не выработаны. Поэтому мысль о расширительном или ограничительном толковании правовых норм возникает из сопоставления действующих правовых норм с теоретически мыслимым эталоном, который вырабатывается сугубо субъективно. При этом забывается, что законодательство является самостоятельной ценностью. Оно дает обществу в целом и каждому человеку величайшее благо – правовую определенность. Но это благо приносится в жертву ради того, чтобы устранить мелкие недостатки закона. Разумеется, нельзя исключать того, что суд допустит некоторое отступление от буквы акта законодательства, но основанием этого должен быть не мифический эталон, выработанный судом сугубо субъективно, а положения Конституции и международных правовых обычаев.

Изучение судебной практики порой оставляет такое впечатление, что идея свободного поиска права, обоснованная представителями школы возрожденного естественного права, начинает широкомасштабно внедряться в жизнь.

Развитие судебного правотворчества в некотором смысле может быть признано опасной тенденцией. Законодательная власть поставлена под контроль Конституционного суда, исполнительная власть подконтрольна общим судам. А вот Конституционный суд и Верховный суд не контролируются вообще.

Представляется, что творческая роль судов заключается не в правотворчестве, а в познании содержания правовых норм, раскрытия их содержания с помощью логических средств, имея в виду, что правовые нормы закрепляются в актах законодательства не только текстуально, но и логически. Последние обнаруживаются при толковании при помощи выводов *a contrario*, от последующего правового явления к предыдущему и наоборот, вывода *a fortiori*. Кроме того, логически закрепленные нормы обнаруживаются из контекста соответствующего нормативного положения или положения индивидуального акта. Использование этого инструментария судами на современном этапе является совершенно неудовлетворительным, а практически

можно даже говорить о том, что он игнорируется при установлении содержания закона.

Второе направление творческой роли судов – это толкование и применение принципов законодательства, в частности конституционных принципов. Эта работа является сложнейшей, требует высшей квалификации и творческого подхода, но при этом не посягает на прерогативы законодателя. И если суды сосредоточатся на создании практики толкования актов высшего уровня обобщения, то это могло бы снять проблему судебного правотворчества. Так, бывший председатель Федерального конституционного суда Германии Роман Херцог отмечал: «Понятие прав человека несет нагрузку и в плане их происхождения, и защищенности. Позитивизм считает, что права действуют в силу того и в том объеме, в каком они гарантированы государственно-правовыми нормами (нормативистская теория Кельзена). От этих прав отличаются те, источником которых являются христианские ценности, которые не нуждаются в государственном признании, действуют как надпозитивные права. Однако особого практического значения такой подход в ФРГ не имеет, поскольку основной закон и без того содержит широкий набор прав и не было особой необходимости провозглашать или прибегать к понятию надпозитивных прав, хотя в начале своей деятельности Федеральный конституционный суд пользовался таким понятием. Основной закон исключает конфликт между действующей конституцией и надпозитивными правами. Догосударственные права – это те же права человека, санкционированные государством» [10, с. 15].

Таким образом, суды имеют громадный простор для творчества. Но это не правотворчество, ибо правотворчество – это поиск и воплощение в положениях законов и других актов законодательства целесообразных законодательных (нормативных) решений. А творческая роль судов подчиняется не целесообразности, а Конституции и законам.

Изложенное дает основания для вывода о необходимости дальнейшего исследования проблемы пределов творческой роли судов. Перспективным направлением таких исследований может стать анализ судебной практики и правотворчества в судебных решениях.

#### **Список литературы**

1. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М., 1995. □ 304 с.
2. Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. – 508 с.
3. Власова О. А. Эволюция римской магистратуры преторов (367 г. до н. э. — 122 г. до н. э.) // Проблемы истории, филологии, культуры. 1, 2009. □ С. 28-43.
4. Воскобитова Л. А. Становление идеи судебной власти в работах Т. Гоббса, Дж. Локка, Ш. Монтескье // Сб. науч. тр. СевКавГТУ. Серия «Право». Вып.1. Ставрополь, 1999.
5. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. □ 400 с.
6. Лиска О. М. Учения о применении права в России во второй половине XIX – начале XX вв.: Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 2015. – 33 с.
7. Михайловский И. В. Толкование юридических норм // Хропанюк В. Н. Теория государства и права. Под ред. Т. Н. Радько. М., 1998. – 944 с.
8. Монтескье Ш. Л. О духе законов. Репринтное издание 1900 г. СПб., 2011. – 808 с.
9. Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 1883. □ 697 с.
10. Общая теория прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 1996. – 520 с.

11. Покровский И. А. История римского права. СПб., 1998. – 555 с.
12. Пужаев В. В. Особенности реконструкции теории источников права в рамках «свободного научного поиска» Франсуа Жени // Евразийский юридический журнал. 2015. № 6 (85).

**Chertkova Y. The problem of judicial lawmaking in the history and modernity** // Scientific Notes of V. I. Vernadsky Crimean Federal University. Juridical science. – 2015. – № 1. – P. 256 – 262.

The article examines the history of views on judicial lawmaking. The author considers prerequisites for forming these ideas, and reveals their content. On the basis of the conducted analysis the author concludes also that the de facto recognition of the lawmaking functions of the court were alternated with periods of hard limitation of judicial lawmaking and even a complete denial.

The article analyzes the enforcement activities of the court in our day and concludes that law-making function is not inherent in the judiciary in Russia. We also study the creative role of the court and the main directions of its development.

On the basis of this study seems promising for the analysis of judicial practice and law-making in judicial decisions to determine the limits of the creative role of the court.

**Key words:** law-making, judicial lawmaking, litigation, enforcement, interpretation of the law.