

УДК 340.142

ИДЕЯ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА ЗА РУБЕЖОМ И ЕЕ ПЕРСПЕКТИВЫ В РОССИИ

Черткова Ю. В.

Крымский федеральный университет им. В. И. Вернадского

Проблема судебного правотворчества остро стоит в практике осуществления правосудия в России. При этом в отечественной юридической науке часто предлагается заимствование зарубежного опыта судебного правотворчества без учета особенностей исторического развития правовой системы РФ и сложившейся ситуации.

В статье рассматриваются классические и современные концепции судебного правотворчества. Особое внимание уделяется анализу идей правового реализма. Также автором анализируются зарубежные нормативно-правовые акты: в частности, Гражданский кодекс Франции, Швейцарский гражданский кодекс и Гражданское уложение Германии, а также установленные в них пределы судебного правотворчества. Особое внимание уделяется опыту стран общего права.

В статье предпринята попытка наметить варианты конструктивного использования зарубежного опыта судебного правотворчества в современной России, высказывается мнение о нецелесообразности слепого копирования зарубежного опыта, делается вывод о необходимости более тесного взаимодействия судебной практики с юридической наукой.

Ключевые слова: суд, судебное правотворчество, судебная практика, общее право, судебный прецедент, юридическая аргументация, судебское усмотрение, правотолкование, правоприменение, правовой реализм.

Проблема судебного правотворчества для судебной практики и юридической науки не является новой. И все же она осознана в отечественной судебной практике и осмыслена в науке значительно меньше, чем в странах и Европы и Северной Америки. В этой связи обращение к исследованию опыта этих стран и работам ученых-юристов, обращавшихся к анализу этого опыта, следует признать актуальным. При этом должно иметься в виду, что речь не идет о прямом заимствовании научных идей и практического опыта. Задача изучения зарубежного опыта заключается в том, чтобы выявить условия, которые детерминировали появление судебного правотворчества, и попытаться выяснить, в какой мере подобные условия наличествуют в современной России.

Зарубежная научная литература по проблеме судебного правотворчества представляет собой большое количество монографий и статей. Так, можно выделить работы Йозефа Колера, Ойгена Эрлиха (один из основателей школы свободного права), Германа Канторовича, Густава Радбруха, Франсуа Жени, Раймонда Салейля, Нила МакКормика, Карла Ллевеллина, Ричарда Познера, Гидо Калабреззи и многих других, посвятивших не одну монографию, а то и всю свою научную жизнь

вопросам юридической аргументации (legal reasoning), толкования законов и судебного правотворчества (legal lawmaking) [2].

Попытки осмысления зарубежного опыта судебного правотворчества в российской юридической науке осуществлялись в работах Н. М. Марченко, А. А. Белкина, А. Г. Карапетова, А. К. Романова и др. Целью настоящей статьи является поиск в зарубежном опыте и научной литературе тех идей, на основе которых может быть определено место творческой роли судов в правовой системе России.

Целью настоящей статьи является попытка наметить подходы к конструктивному использованию зарубежного научного и практического опыта с целью решения проблемы судебного правотворчества в современной России, имея в виду, что она должна решаться с учетом отечественного исторического опыта, специфики ситуации, которая существует в стране, но с обязательным учетом зарубежного исторического и современного опыта в этой сфере.

Наиболее ярко идея судебного правотворчества проявилась в практике стран общего права. Судебный прецедент в Англии стал источником права еще в период правления Генриха Плантагенета (1154–1189). В дальнейшем расширение сферы судебных прецедентов шло параллельно с расширением сферы общего права, в которую впоследствии вошли США, Канада, Австралия и др.

Принято считать, что «в системе общего права за судом не только признаются правотворческие функции, но соответственно их наличие считается одним из признаков судебной власти» [6, с. 12]. Но на этот счет есть и другое мнение. А. К. Романов, специально исследовавший правовую систему Англии, пишет, что «роль судей в создании права Англии теоретически все еще рассматривается как проблема», что некоторые теоретики обращают внимание на противоречие идеи судебного правотворчества теории разделения властей в демократическом государстве, на неприемлемость создания права судьями, которые могут его только «обнаруживать... выяснять и формулировать его нормы» [7, с. 161]. Так понимал соотношение права и деятельности судов и Ричард Дворкин. Право при этом он понимал как естественное [4, с. 243].

В других правовых системах идея судебного прецедента и судебного правотворчества не получила такого развития. Континентальная Европа не пошла по пути заимствования опыта стран общего права. Возможно потому, что осознавалась опасность неизбежного отставания от стран общего права, если использовать метод заимствования чужого опыта. Континентальная система права не предполагала и не предполагает столь широкого судебного правотворчества, при этом являясь не менее эффективной, чем система общего права, и в плане социально-экономическом, и в плане обеспечения прав человека.

Что касается современной России, то специфика исторического опыта и современных условий является настолько существенной, что было бы ошибочным идти путем слепого копирования не только опыта стран общего права, но и опыта стран континентальной Европы, пусть даже в последней судебное правотворчество существует в более близкой и понятной форме.

Все же следует признать, что идея правотворческой роли судов развивалась, прежде всего, на основе судебной практики стран общего права. В первой трети XX века в США стало развиваться теоретическое направление реализма, главным

предвестником которого, вне всяких сомнений, был Оливер Уэнделл Холмс, проделавший путь от профессора на юридическом факультете Гарвардского университета до судьи Верховного Суда США.

Движение правовых реалистов, наиболее популярное в 20-х и 30-х годах, испытало сильное влияние «юриспруденции понятий» Рудольфа фон Иеринга и школы свободного права Ойгена Эрлиха. Заимствовав у О. У. Холмса идею о восприятии права как определенного опыта, реалисты отрицали ценность идеи права книжного в отличие от «права на практике». Под правом реалисты понимали, таким образом, совокупность индивидуальных предписаний, то есть правил поведения, установленных компетентными органами государства применительно к конкретным ситуациям. Центральное место в сочинениях реалистов занимали проблемы, связанные с процессом вынесения судебных решений. Описывая процесс судебного разбирательства, сторонники реализма широко использовали положения современной им психологии. В этом отношении особенно показательна концепция Фрэнка, проводившего в своих работах идеи фрейдизма, гештальт-психологии и других учений. Реалисты доказывали, что судья, рассматривая дело, сначала принимает решение по интуиции и только затем подыскивает для него аргументы с помощью логических умозаключений, ссылок на статьи закона, прецеденты т. п. Интерес реалистов к интуитивной стадии судопроизводства во многом был продиктован их стремлением опровергнуть концепции юридического позитивизма, представители которого сводили процесс судебного разбирательства к логическим операциям подведения конкретного случая или спора под абстрактные нормы права.

Однако опыт и доктрина общего права являются весьма далекими от правовой системы и юридической науки современной России. Поэтому слова «судебный прецедент», внедрившиеся в обиход в отечественной науке, могут означать только то, что используется удобный термин, а не то, что заимствуется тот опыт, который составляет существо общего права. Как говорил О. У. Холмс, «право есть результат опыта», добавим от себя, накопленного в течение веков, а если взять для примера Англию, то многих веков.

В силу целого ряда причин нам ближе опыт французский. Наполеон, очевидно, думал, что под его руководством или с его участием создано гениальное и, конечно же, беспробельное законодательное произведение. Он очень болезненно отреагировал на выход первого комментария к Французскому гражданскому кодексу [5, с. 11]. И это соответствовало сложившемуся на то время во Франции правосознанию, резко негативно оценивавшему творческую роль судов под влиянием предшествовавшего исторического опыта. Следует, однако, заметить, что Французский гражданский кодекс не был излишне строгим в отношении творческой роли судов. Он запрещал установление судами общих нормативных предписаний (ст. 5) и отказ судьи «рассматривать дела под предлогом пробелов в законе, неясности или недостаточности последнего» (ст. 4). При отсутствии в данном Гражданском кодексе предписания, обязывающего суд обращаться в таких случаях с запросом к законодателю, указанные положения можно истолковать как разрешение суда на творческий подход к закону (ранее установленное законодательное положение такого рода «не заработало»).

Но французские суды пошли де-факто далее против положения ст. 5 Гражданского кодекса. Постепенно судьи Кассационного суда Франции усвоили, что судьи, который мог бы пересматривать решения Кассационного суда, не существует. Стало очевидным также и то, что ни Кассационный суд, ни его судьи не будут отвечать за выход за рамки ст. 5 Гражданского кодекса Франции. Да и выхода-то никакого не было: Кассационный суд не устанавливал, да и не мог устанавливать общенормативных предписаний. Он стал допускать в своих решениях отступления от постепенно устаревавшего Гражданского кодекса в пользу справедливости, а нижестоящие суды стали воспринимать соответствующие решения как обязательные.

В результате этого сложилась парадоксальная ситуация: Конституция и законы Франции правотворческих полномочий судьям не предоставляют, а реально они ими пользуются. Этот порядок применительно к Франции описан учеными-компаративистами таким образом: «Толкователь – действительно суверен 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 создает впечатление, что его роль сводится лишь к применению норм, созданных кем-то другим» [3, с. 91]. В результате такого судебного правотворчества судебная деятельность стала характеризоваться словами «хитрость» [3, с. 90], «лазейки» («у судей нижестоящих судов есть... целый ряд формальных лазеек, позволяющих при желании уклониться от следования практике высших судов») [5, с. 56], развитие гражданского законодательства осуществлялось «скрытым и лицемерным образом под видом толкования закона» [5, с. 25]. Но «хитрость», «поиск лазеек», «лицемерие» это понятия, которые, как бы они не толковались, являются неприемлемыми для характеристики деятельности судов и судей. Люди идут в суд за правдой и справедливостью, которые основаны на едином для всех законе. Они не могут не замечать хитрости, поиска лазеек и лицемерия. Поэтому перспектива развития правовой системы России не должна предполагать неуклонного следования опыту французских судов.

Гражданское уложение Германии вобрало в себя особенности национального менталитета и заслужило метафоры «совершенный юридический арифмометр» [8, с. 223]. Но и «арифмометр» не сработал, «... все разделы ГГУ, как впрочем, и Гражданского кодекса Франции, столь сильно «отлакированы» судебским правом, что часто одно лишь чтение текста закона не может дать ни малейшего представления о действующем «живом» праве» [8, с. 235]. Очевидно, судя по состоянию правовой системы Федеративной Республики Германии, результат правотолковательной деятельности судов оказался положительным. Но как-то неуютно от этой всей стихии: опыт и почти никакой логики, почти точно по О. У. Холмсу. Хотелось, чтобы суды научились либо требованиям закона, либо законам логики. Похоже, что идея свободного поиска права стала утверждаться, притом – повсеместно. Р. Давид и К. Жоффре-Спинози указывают на то, что в странах Латинской Америки, хотя судами и подчеркивается роль закона, суды главной своей задачей считают обеспечение справедливости судебных решений [3, с. 92].

Бывший председатель Верховного Суда Израиля Аарон Барак критически оценил тезис Ричарда Дворкина о том, что каждая правовая проблема имеет одно законное решение, и пришел к выводу о том, что существуют правовые проблемы,

имеющие более одного законного решения, и такие проблемы возникают в трудных делах [1, с. 17]. И хотя далее в своей работе А. Барак ведет поиск процедурных и материальных ограничений судейского усмотрения, все же этот поиск дает намного более определенные критерии, чем критерий простого/сложного дела.

Особые возможности для судейского усмотрения и судейского правотворчества дают конституционные положения. Украинский исследователь С. В. Шевчук пришел даже к выводу о том, что «при внимательном изучении конституционных норм тяжело не заметить их важной особенности они сформулированы в виде открытого текста, а потому представляют собой «пустые сосуды», которые необходимо заполнять конкретным содержанием в процессе реализации Конституции» [9, с. 7]. Вышло, что «сосуды» совсем пустые, а каких-либо рамок для субъекта, заполняющего эти «сосуды», и вовсе не существует. Впрочем, из работ С. В. Шевчука, можно догадаться, что заполнять соответствующие конституционные положения следует идеями естественного права, но тогда названные идеи и вообще могут заменить конституцию.

Все-таки хотелось бы видеть поиск более конкретного места творческой роли судов, а не общие декларативные утверждения. С этой точки зрения следует положительно оценить ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса от 10 декабря 1907 года, которым предписывается следующий алгоритм правоприменения: 1) постановления гражданских законов следует применять по их букве и с учетом результатов толкования; 2) далее следуют обычаи; 3) далее необходимо учитывать установившуюся доктрину и практику; 4) если права участников соответствующих правоотношений нельзя установить с помощью перечисленных источников, судья должен вынести решение по тому правилу, которое он установил бы, будучи законодателем. В данном случае мы имеем попытку конструктивного решения проблемы правовых источников, на основе которых должны постановляться судебные решения.

В то же время замечаются и недостатки модели правоприменения, предписываемые Швейцарским гражданским кодексом как обязательные. К настоящему времени национальное право, в частности в России, стало иным, чем оно было на момент принятия в Швейцарии Гражданского кодекса. В Конституции Российской Федерации, в международно-правовых договорах закреплены юридические положения высшей юридической силы и наивысшего уровня обобщения (в частности, имеется в виду ст. 2 Конституции Российской Федерации, признающая человека высшей ценностью, преамбула конвенции о защите прав человека и основных свободах, закрепляющие принцип верховенства права), которые исключают и какие-либо пробелы в праве. Сегодня в праве России явные пробелы почти отсутствуют. Поэтому предписание судье за отсутствием признаваемых законом источников права разрешать дела по тому правилу, которое он сам установил бы, будучи законодателем, сегодня, стало неприемлемым. Проблема сместилась с правотворческой роли судов к толкованию конституционных принципов и положений законов, закрепляющих принципы отраслей права. Поэтому и наиболее радикальный призыв выносить решения *contra legem* утратил свою сущность, ибо стал означать лишь неприменение закона, противоречащего принципам, закрепленным в Конституции РФ.

Что касается обязательности «практики» для правоприменения, если речь идет о практике судебной, то ее обязательность стала общепризнанной. Консультативный совет европейских судей подготовил Заключение № 11 (2008) о качестве судебных решений, в котором указывает, что ссылки на национальную, европейскую или международную практику, в том числе на практику других стран, могут быть полезными, а в системе общего права — необходимыми. В постановлении Конституционного суда Российской Федерации «По делу о толковании актуальных положений ст. 125, 126, 127 Конституции Российской Федерации» от 16 июля 1998 года № 19-П указывается, что «Конституционный суд, принимая решение по делу, оценивает также смысл, придаваемый рассматриваемому нормативному акту судебной практикой». Однако в утверждении о регулятивном значении судебной практики не содержится какого-либо указания на пределы творческой роли судов.

Некоторую информацию на этот счет можно почерпнуть из Постановления Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 30 декабря 2009 года № 56-ПВ09. Президиум указал, что для судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ нарушением единства судебной практики может считаться вынесение определений, противоречащих постановлениям Пленума Верховного Суда РФ. При этом Президиум не исключил возможности отступлений от постановлений Пленума, но указал, что, допустив такое отступление, судебная коллегия не мотивировала, по каким причинам допущено отступление.

Но и признание регулятивного значения судебной практики еще не означает признания правотворческой роли судов, поскольку творчество судей не выходит при этом за пределы закона и Конституции.

В упомянутом выше Заключении Консультативного Совета Европейских судей, как и в статье 1 Швейцарского гражданского кодекса, содержится ссылка на доктрину (юридическую литературу). Однако создается впечатление, что отечественная судебная практика не готова к сотрудничеству с наукой, равно как и юридическая наука вследствие своей неконструктивности не готова к тому, чтобы ее использовали при принятии судебных решений. Хотя сама по себе идея обретения доктриной через судебные решения регулятивного значения не лишена перспективы. Одним из условий реализации этой перспективы является законодательное закрепление возможности использования доктрины для обоснования судебных решений.

Предписание статьи 1 Швейцарского гражданского кодекса применять положения законов по их букве с учетом результатов толкования можно было бы оценить как конструктивное, если бы существовали общепризнанные правила толкования и преодоления коллизий в праве. Но таких правил нет. Можно было бы утверждать, что это открывает перспективу разработке таких правил в порядке судебного правотворчества. Но реализация данной идеи маловероятна. Судебная практика сама по себе, без опоры на науку, не способна выработать такие правила. Она не способна ни полностью, ни частично подменить науку. Но и юридическая наука для того, чтобы разработать указанные правила, должна в большей мере сосредоточиться над нормативными текстами и практикой их интерпретации судами при осуществлении правосудия.

Поэтому перспективным было бы усиление внимания юридической науки к проблемам интерпретации положений правовых актов. Воля, выраженная в Конституции и законах, в процессе интерпретации должна быть исчерпывающе выявлена.

Таким образом, удалось бы усовершенствовать логический инструментарий правотолкования, определить пределы использования каждого из таких инструментов, их соотношение. Одновременно можно было бы определить те задачи, которые не могут быть разрешены с помощью сугубо логических операций, а требуют взвешивания ценностей, учета социального контекста. Только на этой основе можно было бы обнаружить социальную потребность в судебном правотворчестве, а возможно, и отсутствие такой потребности.

Список литературы:

1. Барак А. Судейское усмотрение. – М.: Норма, 1999. – 376 с.
2. Газимагомедов М. А. Теоретико-правовые основы и специфика судебного правотворчества в Российской Федерации: постановка проблемы // Евразийская адвокатура. – 2015. – № 6 (19). – С. 8084.
3. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – 400 с.
4. Дворкин Р. О правах всерьез. – М.: Российская политическая энциклопедия, 2004. – 392 с.
5. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. – М.: Статут, 2011. – 308 с.
6. Марченко Н. М. Судебное правотворчество и судейское право. – М.: Проспект, 2008. – 512 с.
7. Рышков А. К. Правовая система Англии. – М.: Дело, 2000. – 344 с.
8. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. – Том 1. Основы. – М.: Международные отношения, 1998. – 480 с.
9. Шевчук С. В. Основы конституционной юриспруденции. – Х.: Консум, 2002. – 296 с.

Chertkova I. V. The idea of judicial law-making abroad and its prospects in Russia // Scientific notes of V. I. Vernadsky Crimean Federal University. Juridical Science. – 2017. – Т. 3 (69). № 1. – P. 239–246.
The problem of judicial lawmaking is particularly topical in the practice of the administration of justice in Russia. At the same time borrowing of the foreign experience in judicial lawmaking is often offered in national legal science without considering the peculiarities of the historical development of the legal system of the Russian Federation and current situation.

In the article classical and modern concepts of judicial lawmaking are examined. Special attention is paid to the analysis of ideas of legal realism. Also the author analyzes the foreign legal acts, in particular, the Civil Code of France, the Swiss Civil Code and the Civil Code of Germany, and the limits of judicial lawmaking that were installed by these acts. Special attention is paid to the experience of common law countries.

The article attempts to outline options for constructive use of foreign experience of judicial lawmaking in modern Russia, suggesting that it is inappropriate to blindly copy foreign experience. The conclusion about the necessity of closer cooperation between judicial practice and legal science was made.

Key words: court, judicial law-making, judicial practice, common law, precedent, legal reasoning, judicial discretion, the interpretation of the law, law enforcement, legal realism.

Spisok literatury:

1. Barak A. Sudejskoe usmotrenie. M.: Norma, 1999. – 376 s.
2. Gazimagomedov M. A. Teoretiko-pravovye osnovy i specifika sudebnogo pravotvorchestva v Rossijskoj Federacii: postanovka problemy // Evrazijskaja advokatura. – 2015. № 6 (19). S. 8084.
3. David R., Zhoffre-Spinozi K. Pravovye sistemy sovremennosti. – M.: Mezhdunarodnye otnoshenija, 1999. – 400 s.
4. Dvorkin R. O pravah vs'er'ez. – M.: Rossijskaja politicheskaja jenciklopedija, 2004. – 392 s.
5. Karapetov A. G. Bor'ba za priznanie sudebnogo pravotvorchestva v evropejskom i amerikanskom prave. – M.: Statut, 2011. – 308 s.
6. Marchenko N. M. Sudebnoe pravotvorchestvo i sudejskoe pravo. – M.: Prospekt, 2008. – 512 s.
7. Ryshkov A. K. Pravovaja sistema Anglii. – M.: Delo, 2000. – 344 s.
8. Cvajgert K., Ketc H. Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava: V 2-h t. – Tom 1. Osnovy. – M.: Mezhdunarodnye otnoshenija, 1998. – 480 s.
9. Shevchuk S. V. Osnovy konstitucionnoj jurisprudencii. – H.: Konsum, 2002. – 296 s.