

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И СОДЕРЖАНИЕ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА КАК ПРАВОВОГО ЯВЛЕНИЯ

Газимагомедов Магомед Аминович

кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин
Институт адвокатуры, нотариата и международных отношений
и.о. профессора кафедры уголовного права и криминологии
Институт финансов и права

Термин «правотворчество» в отечественной теории права вошел в научный оборот для обозначения завершающего этапа процесса правообразования. В основном ему придавался смысл, объединяющий его с понятием источника права.

Методологической основой настоящего параграфа послужили труды отечественных и зарубежных авторов в области общей теории права, конституционного права, сравнительного права и других правовых отраслей. Среди них: С.С. Алексеев, М.В. Баглай, А.А. Безуглов, Н.В. Витрук, В.М. Жуйков, А.Л. Кононов, О.Е. Кутафин, В.Р. Лучин, Т.Г. Морщакова, И.Л. Петрухин, В.А. Туманов, В.Е. Чиркин, Б.С. Эбзеев, Л.С. Явич и др.

В любом определении права всегда находит свое выражение та или иная интеллектуальная традиция, конкретное теоретическое направление. Можно выделить два наиболее общих основания, по которым артикулируются существующие определения права. Во-первых, это различные концепции права: нормативистская, социологическая, естественного права, инструментальная, психологическая. Во-вторых, это лежащие в их основе философские дискурсы (например, позитивистский, феноменологический, экзистенциалистский и т.д.), далеко не всегда отрефлексированные, но достаточно отчетливо прослеживающиеся в

качестве методологических предпосылок соответствующих концепций права.

В чем же состоит специфика судебного правотворчества? И можно ли вообще говорить о правотворчестве в отсутствие строгой обязательности прецедентов? Не становится ли наша страна де-факто страной с прецедентным правом, учитывая то, что, как и Сенат до революции, наши высшие суды в отличие от аналогичных учреждений в других странах континентальной Европы сейчас присвоили себе право давать обязательные разъяснения по актуальным вопросам права?

Судебное правотворчество представляет собой деятельность высших органов судебной власти, протекающую, как правило, в рамках юридической процедуры правосудия (динамический аспект), результатом которой является создание, изменение, толкование либо отмена правовых норм (статистический аспект), вследствие чего осуществляется правовое регулирование определенных общественных отношений. Судебное правотворчество является разновидностью правотворческой деятельности государства, но при этом характеризуется особенностями, связанными не только со спецификой субъекта правотворчества [4. С. 14-15].

По мнению А.А. Малюшина, правотворчество - это, по сути, одна из функций органа государственной власти, в нашем случае - суда, результатом которой является создание публичных норм, обладающих всеми основными признаками норм правовых; правотворчество, осуществляемое в рамках судебной системы, - это не только прерогатива Конституционного Суда РФ. В той или иной форме данная функция реализуется и в деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов, в том числе, Верховного Суда РФ; судебное правотворчество, осуществляемое в рамках континентальной системы права вообще, и правотворчество, проявляющееся в деятельности Конституционного Суда

РФ в особенности, это весьма сложное по источникам, по своим формам и последствиям, многоуровневое правовое явление, существующее фактически и не признаваемое в Российской Федерации официально [3. С. 14]. В российской правовой системе судебная правотворческая функция фактически осуществляется на уровне Конституционного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации.

Следует учитывать, что в теории права институт правового акта органов судебной власти является мало разработанной юридической категорией. Диссертант комплексно рассматривает акты органов судебной власти исходя из понимания системы правовых актов. Определяются признаки судебных актов - это правовое решение и юридически властное волеизъявление, в котором проявляются властные полномочия судебных органов и правоприменительный характер, издаются уполномоченным субъектом, а именно - судебными органами государственной власти на основе и в пределах законодательно установленной компетенции, направлены на установление, изменение, прекращение конкретных правоотношений, имеют форму и структуру, которые четко установлены процессуальными нормами, содержат следующие элементы правовой системы: юридические нормы в обоснование принятого решения, индивидуальные предписания для сторон, участвующих в деле, интерпретационные веления в рамках конкретизации действующих правовых норм. В итоге делается вывод, что под правовым актом органов судебной власти понимается юридический документ, представляющий в определенных формах волеизъявление судебных органов государственной власти по вопросам его законодательно определенной компетенции [2. С. 10].

Все эти и другие вопросы являются, безусловно, одними из центральных в правовой науке. За рубежом на эти темы за последний век

написаны сотни объемных монографий и без преувеличения тысячи статей, по интеллектуальному уровню в принципе не сравнимых с нашими поверхностными исследованиями в области судебной методологии. Знакомство со всей этой невообразимой литературой потребует не один год круглосуточного чтения. Более того, самые громкие имена правоведов в зарубежном праве зачастую возникали именно на данном теоретическом материале. Любому зарубежному ученому сразу приходят на память имена таких выдающихся правоведов, как Бюлов, Колер, Штаммлер, Эрлих, Канторович, Фукс, Радбрух, Хек, Рюмелин, Ларенц, Эссер, Мюллер, Алекси, Быдлински, Жени, Салейль, Ламбер, Печеник, Аарнио, Маккормик, Атия, Холмс, Грэй, Паунд, Ллевеллин, Фрэнк, Кардозо, Харт, Дворкин, Фуллер, Леви, Стоун, Рац, Познер, Калабрези, Саммерс, Скалия, Эскридж, Фарбер, Фрики и многие другие, посвятившие не одну свою монографию, а то и всю свою научную жизнь вопросам юридической аргументации (legal reasoning), толкования законов и судебного правотворчества (1) [5].

Много работ было посвящено правовой природе разъяснений Пленума Верховного Суда СССР по вопросам судебной практики. Многие авторы признавали правотворческий характер разъяснений Пленума Верховного Суда, подчеркивая, что «разъяснительная работа Пленума Верховного Суда не может сводиться к пересказу того, что написано в той или иной статье закона. Для этого не нужно никакого Пленума – политического органа с правами высшего судебного учреждения Республики». Такую точку зрения разделяли О. Иоффе, С. Исаев, П. Орловский, М. Шаргородский. В постсоветское время на такой же позиции стоит и ряд российских исследователей: В.М. Жуйков, М.Н. Марченко, М.А. Митюков, Т.И. Отческа, А. Рарог, Л.В. Смирнов и др.

Многие аспекты, касающиеся вопросов применения гражданско-правовых норм судом, в различные периоды развития правовой науки нашли отражение в трудах: Б.Ж. Абдраимова, Г.Э. Абдрасуловой, М.А. Аленова, Ж.К. Аленовой, Ч.И. Арабаева, С.П. Балтабай, Ю.Г. Басина, А.Т. Боннера, Я.М. Брайнина, В.В. Витрянского, Н.Н. Вопленко, Б.М. Гонгало, А.Г. Диденко, И.Я. Дюрягина, В.В. Ершова, Г.А. Жайлина, И.У. Жанайдарова, Б.А. Жетписбаева, Л.Н. Завадской, А.А. Иванова, К.М. Ильясовой, Ю.Х. Калмыкова, Ф.С. Карагусова, Т.Е. Каудырова, Ж.Х. Косанова, В.В. Лазарева, Л.С. Мамиконян, К.С. Мауленова, Я.С. Михалык, С.П. Мороз, А.В. Наумова, П.Е. Недбайло, Т.Н. Нешатаевой, А.Р. Султанова, И.В. Стюфеевой, М.К. Сулейменова, И.Е. Фарбера, Т.Т. Шиктыбаева, А.С. Шляпочникова, Г.Г. Шмелевой, П.С. Элькинд [1. С. 32].

Накопленный научный багаж значительно влияет на степень осмысления того, что и как на практике делают судьи, и понимание того, как когнитивно устроен процесс отправления правосудия. А это, в свою очередь, в конечном счете, влияет и на степень предсказуемости права, и на качество реализации судебной функции. Так, например, немецкие суды после Первой мировой войны в период "бегства в общие положения" приводили германское Гражданское уложение (далее - ГГУ) в соответствие с реалиями времени по рецептам Колера и некоторых сторонников движения за свободное право, а после Второй мировой войны взяли на вооружение "формулу Радбруха" для оценки законов Третьего рейха. Под ударами правовых реалистов в США пали вера в определенность права и фикция декларативной теории права, согласно которой суды не творят право, а лишь открывают уже существующий где-то на небесах латентный правопорядок.

Кроме того, реальные подходы к толкованию Конституции США и отдельных законов за последние сто лет менялись в зависимости от

доминирования в науке той или иной теории толкования⁷ (традиционный для общего права враждебно-формалистский подход к закону, правовой реализм с его неверием в определенность правовых норм, теория "юридического процесса" Харта и Сакса с идеей целевого толкования закона или "новый текстуализм" Антонина Скалии, возвращающий толкование к формализму). Иначе говоря, все эти научные баталии имели и имеют огромное практическое значение, изменяя сами методы работы судов. Это влияние проявляется не сразу, и для реализации любой теории, как правило, требуется достаточно долгий и изнурительный путь трений и споров, который иногда занимает десятки лет.

В России все эти вопросы, по большому счету, не исследовались, а дискуссии практически не велись.

До Октябрьской революции юристы только начинали осознавать актуальность данной тематики и успели выпустить несколько интересных, но пока еще достаточно поверхностных статей. Специфический, на наш взгляд, советский период, в который независимой судебной системы не существовало, а система государственного арбитража не носила судебного характера, мы выводим за скобки. Для советского периода была совершенно естественной, не требующей особых пояснений, уверенность в том, что законодательная деятельность в стране, идущей по пути социалистического прогресса, носит исключительно конструктивный, созидательный характер.

Опыт советской судебной методологии, даже если забыть на время о роли советских судей в страшных репрессиях и показательных процессах, мягко скажем, крайне специфичен и не может представлять для современного исследователя интерес. Исключением может являться разве что уникальная в мировом масштабе идея предоставления Верховному Суду права издавать носящие общий характер обязательные и де-факто

правотворческие "наказы" нижестоящим судам в отрыве от пересмотра конкретных судебных решений.

В современной же юриспруденции силы мизерного числа ученых направлены куда угодно, но не на эти базовые, фундаментальные и при этом крайне актуальные вопросы. В итоге в области толкования законов и судебного правотворчества творится полный хаос. Как ученые, так и судьи, как правило, не имеют четкой и отрефлексированной системы взглядов на допустимую степень свободы суда в этих вопросах. Ученый может в рамках одной и той же работы менять свои взгляды, как хамелеон, превращаясь из поборника святости буквы закона и формализма в самого рьяного сторонника перетолковывания закона в связи с потребностями оборота или необходимостью достижения справедливого результата. Также и суды могут выкручивать закон наизнанку или абсолютно без оглядки на законодателя с нуля возводить целые доктрины в одних делах и при этом вдруг отступать перед явно невразумительной буквой законодательства, умывая руки на манер Пилата, - в других. Нет порядка в умах, а отсюда нет порядка и в делах.

Вопросы судебного правотворчества стали весьма актуальными в последние годы, во многом – благодаря развитию информационных технологий. Огромное количество судебных решений, содержание которых в прежние времена было бы известно лишь лицам, вовлеченным в разбирательство, стали доступными для быстрого и удобного поиска (в интернете, на сайтах судов). Стало возможным сравнивать судебные акты по аналогичным делам и выявлять несоответствия между ними. Разнобой в судебной практике, прежде скрытый от глаз, начинает выпирать наружу».

Все более настоятельную необходимость обеспечить единообразие могут удовлетворить только высшие судебные инстанции. Поэтому их «праворазъяснительная» деятельность активизируется, а конкретные

решения обретают более отчётливый прецедентный характер. То, что эти решения сами бывают противоречивы, как подчеркивает обозреватель «Коммерсанта» Ольга Плешанова, достойно сожаления, но со временем может быть исправлено. Безусловно, российским судьям еще нужно осваивать технику использования прецедентных решений. В первую очередь, *distinguishing* (способность находить и оценивать различия между обстоятельствами рассматриваемого дела и предшествующими похожими делами). Нужна публичность особых мнений судей – они хорошо выявляют противоречия и слабости решения суда (то есть большинства судей), привлекают к ним внимание прессы.

ПРИМЕЧАНИЯ

(1) Так, например, в списке самых цитируемых в американских правовых журналах авторов в первую тройку входят Ричард Познер, Рональд Дворкин и Оливер У. Холмс, известные прежде всего именно своими теоретическими и методологическими работами. Эта статистика резко контрастирует с ситуацией в нашей стране, где вопросы теории и методологии права находятся на задворках и без того куцей правовой науки, а самые цитируемые источники, по нашему ощущению, банальные учебники для студентов, а не новаторские научные работы.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Алимбеков М.Т. Судебное правотворчество и применение гражданско-правовых норм в механизме правореализации / Дисс... докт. юрид. наук. Алматы, 2010.
- [2] Джура В.В. Правовые акты органов судебной власти / Дисс... канд. юрид. наук. Омск, 2009.

- [3] Малюшин А.А. Конституционно-судебное правотворчество в правовом государстве. М.: НОРМА, 2006.
- [4] Чередниченко С.П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование / Дисс... канд. юрид. наук. М., 2005.
- [5] Shapiro F.P. The Most-Cited Legal Scholars // Journal of Legal Studies. 2000. Vol. 20.