**Судебное правотворчество в процессе правоприменения**

Малюшин Алексей Александрович кандидат юридических наук

Подлинно правовой потенциал действующих законодательных и подзаконных актов раскрывается в процессе всей правоприменительной деятельности органов государства, должностных лиц, граждан. Однако особо значима в этом отношении деятельность судов, всей судебной системы государства в целом.

Судебными средствами происходит не только подтверждение и гарантирование права, но также установление и обеспечение права в его конституционном и конкретно-законодательном выражении, т. е. в повышении, а в необходимых случаях и восстановлении содержательно-смыслового и функционального значения применяемых при рассмотрении дел законодательных и подзаконных актов до уровня подлинно правовых.

В Федеральной судебной системе Российской Федерации имеют место, по крайней мере, три относительно самостоятельных и независимых по отношению друг к другу судебные подсистемы, каждая из которых осуществляет специфическую судебную власть. Каждую из этих подсистем возглавляет:

1. Конституционный Суд РФ (статья 125 Конституции РФ);

2. Верховный Суд РФ - высший судебный орган по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции (статья 126 Конституции РФ);

3. Высший Арбитражный Суд - высший судебный орган по разрешению экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами (статья 127 Конституции РФ).

В свою очередь, каждая из подсистем единой судебной системы это:

- система судов общей юрисдикции, возглавляемая Верховным Судом Российской Федерации, в которую кроме него также входят верховные суды республик, краевые и областные суды, суды городов федерального значения, суды автономной области и автономных округов, районные суды, военные суды, а также специализированные федеральные суды по рассмотрению гражданских и административных дел, которые могут быть учреждены федеральным конституционным законом;

- система арбитражных судов, возглавляемой Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, в которую также входят федеральные арбитражные суды округов и арбитражные суды субъектов РФ;

- судебный орган - Конституционный Суд РФ, который не возглавляет системы подобных судов за неимением самой системы. Он занимает обособленное положение, не входя ни в одну из указанных систем.

Самостоятельность и независимость каждой из подсистем общей федеральной судебной системы выражается в том, что им принадлежит окончательное разрешение находящихся в их ведении дел. Кроме того, они не обладают полномочием пересматривать решения друг друга. Конституционный Суд РФ не может пересматривать решения какого-либо суда, Верховный Суд РФ - решения Конституционного Суда РФ и арбитражных судов, Высший Арбитражный Суд РФ - решения Конституционного Суда РФ и судов общей юрисдикции.

Современный взгляд на функции судебной власти, суда в рамках всей судебной системы в целом, включает в себя, по нашему мнению также и проявления его правотворчества.

Примечателен следующий факт: еще в 1989 году, будучи председателем Конституционного Суда РФ, Баглай М. В. выступал за то, чтобы над высшими государственными органами (парламентом и правительством) стояли не только те законы, которые они сами принимают и исполняют («статусное право»), но и право, создаваемое непосредственно судами, которое в определенной части изменить законами нельзя. «А эта определенная часть как раз и включает основные гарантии охраны прав человека, гарантии, мешающие сползанию общества к режиму личной власти» - писал Баглай М. В. Вот в чем должна состоять важнейшая роль суда в правовом государстве, и вот почему, по нашему убеждению, следует прямо приравнять судебную доктрину к источникам права.»[1]

Данная идея, безусловно, обладает качествами, если не новизны, то, во всяком случае, смелости, прогрессивности, практической востребованности.

Судебное правотворчество в процессе правоприменения совершенно определенно признает и теоретически обосновывает Л. С. Явич. Отмечая, что суд представляет собою единственный государственный орган, отправляющий правосудие, никак не следует, по мнению Л. С. Явича, непременное ограничение деятельности суда применением законов.

«Сама задача отправления правосудия предполагает возможность при отсутствии соответствующего закона восполнить пробел и целесообразность контроля суда за законностью нормативных и иных актов управления. Иное дело, что судебные акты не могут подменять собой законодательство и ему противоречить».[2]

По мнению Р. З. Лившица, судебная практика в самых различных своих проявлениях - и при отменен судами нормативных актов, и в разъяснениях пленумов высших судов, и при прямом применении Конституции, и при разрешении конкретных споров - становится источником права. Р. З. Лившиц даже приходит к выводу, что «с теоретических позиций закон перестал быть единственным выражением и воплощением права. И, следовательно, не только законодательство может рассматриваться в качестве источника права. Если судебная практика начала отражать и реализовывать гуманистические, справедливые, подлинно правовые начала, то отпали теоретические предпосылки для непризнания ее источником права».[3]

Со своей стороны, бывший заместитель председателя Конституционного Суда РФ Морщакова Т. Г., руководствуясь тем, что в правовой системе, построенной на статутном праве, суд не может не быть связан законом, делает вывод: «Иное должно было бы привести к фактическому бездействию статутного права и смешению роли суда и законодателя».[4]

Данное рассуждение не представляется достаточно убедительным. Прежде всего, непонятно, почему нормотворческие функции суда, т. е. официальное признание фактического существования в российской правовой системе элементов прецедентного права, способно разрушить эту систему. Разве признание Российской Федерации юрисдикции Европейского Суда с его прецедентным правом повлекло ли хоть в малейшей степени подобные последствия?

Признание правотворческих возможностей судов связывается нередко с их практической необходимостью решать проблему пробельности в подлежащем применению законодательстве. «Когда же обнаруживаются пробелы в законодательном регулировании каких-то отношений, - пишет Л. С. Явич, - то в этом случае длительное и масштабное, единообразное их восполнение судом уже в чистом виде формирует новую юридическую норму».[5]

Особую значимость имеет мнение действующего Председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина, высказанное в статье «Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации». «Правовые позиции Конституционного Суда РФ, содержащиеся в решениях, фактически отражают его особого рода правотворчество. Решения Конституционного Суда РФ с содержащимися в них правовыми позициями занимают особое место в общей системе источников права»[6]

Действительно, один из принципиальнейших вопросов в концепции судебной власти, с неизбежностью встающей в процессе осуществления судебной реформы, - может ли суд, столкнувшийся в своей правоприменительной практике с образовавшимся пробелом в законодательстве, устранить этот пробел путем создания правовой нормы?

Традиционный, в соответствии с господствующими в российском правоведении представлениями ответ таков: нет, в процессе правоприменительной практики при обнаружении пробела в действующем законодательстве правовую норму суд создать не может. Обнаружившиеся пробелы в законодательстве восполняются посредством выработки и применения индивидуального судебного регулирования, что касается самих пробелов в законодательстве, то их устранение – прерогатива исключительно правотворческих органов. Нормативной же базой восполнения пробелов судом могут быть правовые нормы данной и смежных отраслей законодательства, его принципы и цели. Между тем восполнение судами пробелов в законодательстве осуществляется посредством применения:

- аналогии закона;

- межотраслевой аналогии;

- аналогии права;

- правоположений, выработанных судебной практикой.

Наиболее распространенная и известная форма судебного устранения возникших в процессе правоприменения пробелов в законодательстве - это аналогия. Гражданский кодекс Российской Федерации, например, в части 1 статьи 6 устанавливает возможность применения аналогии закона в случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 2 ГК РФ отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота. Если это не противоречит существу данных отношений, то к ним может быть применено гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения. Что касается уголовно-правовых дел, то следование судом нормам Уголовного Кодекса РФ носит здесь строго императивный характер, в связи с чем, применение уголовного закона по аналогии не допускается (статья 3 УК РФ). Показательно в этой связи и то, что сам принцип законности Уголовный Кодекс РФ сводит к тому, что преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только самим Уголовным Кодексом. Суд, в данном случае, в своей правоприменительной деятельности жестко детерминирован предписанием статья 3 УК РФ.

Итак, в гражданско-правовых отношениях, но не в уголовно-правовых, суд может в отдельных случаях применять норму закона, не предназначенную непосредственно регулировать те отношения, которые в данном деле суд разрешает.

Но суд (опять же, лишь в гражданско-правовых делах, а не в уголовно-правовых) может в отдельных случаях руководствоваться вообще не нормой закона, а нормой обычая (обычного права).

Особенностью такой модели правоприменения является то, что суд при разрешении конкретного гражданского дела применяет правовую норму, содержащуюся не в законе, а в обычном праве, т. е. Правовую норму, законом не санкционированную. Такими нормами в гражданско-правовой практике являются «обычаи делового оборота».

«Обычаем делового оборота» признается, согласно части 1 статьи 5 ГК РФ, сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, заменяться судом те обычаи делового оборота, которые противоречат обязательным для участников соответствующего отношения положениям.

Представляется в связи с этим весьма содержательной и перспективной точка зрения, ранее высказанная С. Н. Братусем и А. Б. Венгеровым. Согласно сформулированной ими позиции, требуется признать, что пробел в законе преодолевается не путем подведения не урегулированной нормой права ситуации под сходную норму, а путем создания судом по аналогии с ней другой нормы, на основе которой и выносится решение».[7]

«Новое знание, полученное опосредованным путем (правоположения судебной практики), носит не достоверный, а вероятный характер. Причем степень его вероятности повышается с установлением большего количества сходных признаков в сопоставляемых общественных отношениях пишет В. В. Ершов. В этой связи существенно повышается роль и значение профессиональной подготовки судей, глубокого изучения действующего законодательства и обстоятельств дела».[8]

Применяемая судом аналогия закона и права - это, следовательно, форма судебного правотворчества.

В сущности, аналогия судом закона или права носит в правоприменительной деятельности суда достаточно редкий, если не сказать случайный, характер. Ведь вызывает ее единственное в своем роде обстоятельство - пробел в законе. С достижением стопроцентной беспробельности будет, казалось бы, ликвидирована и сама проблема применения судами метода аналогии. Но вопрос нам представляется значительно более сложным. Не говоря уже о том, что достижение абсолютной беспробельности права и закона в принципе невозможно уже по причине динамичности и изменчивости реальных отношений, постоянно требующих модернизации нормативно-правового обеспечения. Главное же это то, что суд в применении закона и права должен в значительно большей мере, чем ранее, проявлять самостоятельность, свободу действий, инициативу. Аналогия закона и права как бы обрисовывает контуры тех возможностей и пределов, где суд, ориентируясь относительно свободно в выборе правовых средств и методов конкретного урегулирования, производит соответствующий выбор и принимает не предписанное, а самостоятельное решение. Вот эти весьма скромные, по существу зачаточные потенции самостоятельности и независимости суда должны, на наш взгляд, получить свое продолжение и развитие уже и в отношении всей правоприменительной практики судов. Опыт, полученный в исключительных условиях, должен стать отправной ступенью к качественному преобразованию правоприменительной их деятельности.

Близка к аналогии закона и права также форма правоприменительной деятельности суда, связанная с проблемой существования пробела в законодательном регулировании, которая требует для своего разрешения использования общепризнанных принципов и норм международного права, а также правил международных договоров Российской Федерации. Показательно в этом отношении определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2000 года № 296-О.

Решая вопрос о применении судом норм международного права в случае обнаружившегося пробела в действующем законодательстве, Конституционный Суд РФ указал: «В силу статьи 15 (часть 4) Конституции Российской Федерации правила международного договора обладают приоритетом по отношению к внутреннему законодательству и в случае отсутствия в нем норм, регулирующих соответствующие отношения, подлежат применению при рассмотрении конкретных дел».[9]

Однако указанное положение определения Конституционного Суда РФ вызывает ряд существенных возражений:

во-первых, в качестве составной части правовой системы Российской Федерации Конституция РФ относит, прежде всего, общепризнанные принципы и нормы международного права, а не исключительно правила международного договора Российской Федерации, как это можно понять из вышеприведенного текста определения. Могущие быть примененными судом взамен отсутствующих нормы Международного пакта о гражданских и политических правах, а также Конвенции о защите прав человека и основных свобод как раз и относятся к числу общепризнанных принципов и норм. Что касается применения судом правил международных договоров, то в силу пункта 3 статьи 5 Федерального закона РФ «О международных договорах Российской Федерации» положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. В иных случаях наряду с международным договором Российской Федерации следует применять и соответствующий внутригосударственный правовой акт, принятый для осуществления положений указанного международного договора;[10]

во-вторых, общепризнанные принципы и нормы международного права и правила международных договоров Российской Федерации подлежат применению судом при рассмотрении конкретных дел в случае обнаружившегося пробела в законодательстве отнюдь не в силу их приоритета по отношению к внутреннему законодательству, как утверждается в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации, а исключительно в силу того, что они являются составной частью правовой системы РФ (часть 4 статьи 15 Конституции РФ). Принцип же правового приоритета тех или иных норм не предназначен решать, и не решает проблему ликвидации пробелов в законодательной регламентации и, соответственно, в правоприменительной деятельности судов.

Самостоятельную модель правоприменения в случае отсутствия соответствующей нормы права представляет, по нашему мнению, порядок, когда суд при разрешении гражданско-правовых дел вообще не руководствуется какой-либо конкретной нормой права, за неимением таковой ни в законе, ни в обычном праве, а по существу сам создает норму права. Не имея возможности использовать аналогию закона, суд, согласно статьи 6 (часть 2) ГК РФ, сам определяет права и обязанности сторон правоотношения. При этом он исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства, а также из требований добросовестности, разумности и справедливости. Такая модель правоприменения в части 2 статьи 6 ГК РФ, когда суд исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства, носит наименование «аналогия права».

Но такая терминология нам представляется не вполне корректной. В действительности здесь суд - правоприменитель использует если и аналогию, то аналогию не права, воплощенного в законе, а правового представления суда о той должной норме, которая отвечала бы в полной мере смыслу и духу действующего законодательства и оптимальным образом урегулировала бы отношение. На этом основании воссозданную самим судом норму есть все основания, по нашему мнению отнести к норме правовой, санкционированной властью самого суда, однако аналогии здесь нет. Такая форма правоприменительного восполнения судом обнаружившегося пробела в законодательстве необходима и правомерна, однако находится вне пределов понятия «аналогия». По существу же мы имеем в данном случае ту форму правотворчества в сфере правоприменительной деятельности суда, который связан с ключевым понятием «судебное усмотрение». Суд в этом случае, т. е. в условиях обнаружившегося пробела в нормативно-законодательной системе, в своей правоприменительной деятельности не прибегает к аналогии и к привлечению международно-правовых норм, а самостоятельно формирует норму, создает ее в тех необходимых и законодательных пределах, соблюдение которых и составляет неотъемлемую часть самого понятия «судебное усмотрение».

В правоприменительном режиме «собственного усмотрения» судья также может, применяя общее правовое предписание (норму права) к конкретным обстоятельствам дела, давать собственное толкование нормы. Он может также, как говорит об этом постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 1-П от 25 января 2001 года, принимать решение «в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения (иногда весьма значительной) и зачастую оценивает обстоятельства, не имея достаточной информации (иногда скрываемой от него)».[11]

Право на судебное усмотрение, так же как и судебная дискреция - это такие формы правоприменительной деятельности суда, которые не могут не служить источниками судебного правотворчества. Ведь новые правовые нормы возникают и в том случае, когда в условиях пробела в законодат6ельстве судья вынужден выбирать и применять общепризнанные принципы и нормы международного права, а также правила международных договоров Российской Федерации лишь на том основании, что они решают проблему пробела в законодательстве, обладая конституционным статусом составной части правовой системы Российской Федерации.

Безусловно, судебное правоприменение порождает новую правовую норму при обстоятельствах пробела в гражданско-правовом законодательстве, когда судья, непосредственно формируя эту норму, руководствуется общими началами и смыслом этой отрасли законодательства, требованиями добросовестности, разумности и справедливости.

Но как это и усматривается из вышеприведенного постановления Конституционного Суда от 25 января 2001 года судебное усмотрение и дискреционные функции суда, особенно в условиях острого дефицита информации, могут стать основой судебного правотворчества и безотносительно к проблемам пробелов в законодательстве.

**Список литературы**

 [1] Баглай М. В. Правовое государство: от идеи к практике. «Коммунист». 1989. № 6. С. 43.

[2] Явич Л. С. Сущность права. Л. 1985, с. 140.

[3] Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права. В книге «Судебная практика как источник права». М. 1997. С. 5.

[4] «Государство и право», 1997. № 5, с. 7

[5] Явич Л. С. Сущность права, Л.1985, с. 140.

[6] Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации «Журнал Российского права» 2004, №12, с.4.

[7] Братусь С. Н., Венгеров А. Б. Понятие, содержание и форма судебной практика. М., 1975.

[8] Ершов В. В. Судебное правоприменение (теоретические и практические проблемы). М. 1991, с. 23.

[9] Собрание законодательства РФ 2001. № 17. Ст. 1766.

[10] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995. № 8. «Бюллетень Верховного Суда РФ» 1996. № 2

[11] Собрание законодательства РФ 2001. № 7. Ст. 700.