

ПРАВОСУДИЕ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

ГАЗИМАГОМЕДОВ М.А.,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин
Института адвокатуры, нотариата и
международных отношений
(г. Махачкала, Республика Дагестан),
и.о. профессора кафедры уголовного права
и криминологии Института финансов и права,
член Ассоциации юристов России,
e-mail: mail@law-books.ru

СУДЕБНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

АННОТАЦИЯ. 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. Для советского периода была совершенно естественной, не требующей особых пояснений априорная уверенность в том, что законодательная деятельность в стране, идущей по пути социалистического прогресса, носит исключительно конструктивный, созидательный характер.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: судебное правотворчество, суд, право, закон, законодательная деятельность, концепция права, судебная методология.

GAZIMAGOMEDOV M.A.,

candidate of jurisprudence,
associate professor of criminal and legal
disciplines of Institute of legal profession,
notariate and international relations
(Makhachkala, Republic of Dagestan)
, acting professor of department of criminal law
and criminology of Institute of finance and right,
member of Association of lawyers of Russia

THE JUDICIAL LAW-MAKING: STATEMENT OF A PROBLEM

ANNOTATION. The term “law-making” in the domestic theory of the right was included into a scientific turn for designation of the final stage of process of right education. Generally it was given the sense uniting it with concept of a source of the right. For the Soviet period I was absolutely natural, not demanding special explanations aprioristic confidence that legislative activity in the country going on the way of socialist progress has exclusively constructive, creative character.

KEY WORDS: judicial law-making, court, right, law, legislative activity, concept of the right, judicial methodology.

Изучение современных и новаторских научных теорий судебной методологии, таких как приложение «новой риторики» Перельмана, новой герменевтики Гадамера или философии языка Витгенштейна к толкованию законов, диалектический подход Алекси, Аарнио и Печеника, интерпретивизм Дворкина, «новый текстуализм» Скалии, презумптивный позитивизм Шауэра, целевое толкование Барака и др., в наши задачи здесь не входит. Эти крайне актуальные и

широко обсуждаемые зарубежными правоведами новые теории, пытающиеся погрузиться в самую глубь судебной методологии, по своей природе носят достаточно сложный и глубокий характер и поэтому требуют подробного изложения на страницах отдельной публикации [1]. Переходить к ним, не пройдя «родовые муки» избавления от того примитивного формализма и недоверия к судебному правотворчеству, которые зарубежные юристы выжимали из себя по капле на

рубеже XIX - XX вв. и которые в России до сих пор даже толком не осмыслены, было бы, видимо, преждевременно [2].

Последнее замечание, собственно, о предмете нашего анализа: мы исходим из того, что вопрос о правотворческой активности судов встает в равной степени как при разрешении споров в пробельной зоне, так и при выборе метода толкования норм законодательства, которые, как правило, допускают ту или иную степень свободы интерпретации. В этой связи в центре внимания настоящей статьи - участие судов в правотворчестве как при разрешении споров, прямо не урегулированных позитивным правом, так и при толковании позитивных норм. Нас оба этих феномена интересуют как более или менее очевидные проявления общей правотворческой функции судов [3].

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 отрефлектированные, но достаточно отчетливо прослеживающиеся в качестве методологических предпосылок соответствующих концепций права [4].

В чем, наконец, 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 1917 г., наши высшие суды в отличие от аналогичных учреждений в других странах континентальной Европы сейчас присвоили себе право давать обязательные разъяснения по актуальным вопросам права?

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. Самые громкие имена правоведов в зарубежном праве зачастую возникали именно на данном теоретическом материале [5].

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, Левеллин, Фрэнк, Кардозо, Харт, Дворкин, Фуллер, Леви, Стоун, Рац, Познер, Калабреззи, 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 [6].

Многие идеи этих авторов вошли в хрестоматию. Любой зарубежный юрист, интересующийся теорией права, как правило, хотя бы в самом общем виде знаком со знаменитым «методом Жени», не менее знаменитой «формулой Радбруха», «свободным поиском права» Эрлиха и «свободным правом» Канторовича, предсказательной теорией Холмса, балансированием интересов по Паунду и Хеку, «природой судебного процесса» Кардозо, психоаналитической теорией Фрэнка, «воображаемой реконструкцией» Познера, «судьей Геркулесом» Дворкина, «динамическим подходом» Эскриджа, «новым текстуализмом» Скалии, диалектической теорией юридической аргументации Алекси и другими вошедшими в историю права подходами к судебной методологии. В США, например, в списке наиболее цитируемых авторов доминируют именно те авторы, которые прославились своими позициями по вопросам теории права, судебного правотворчества и толкования законов в частности [7].

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 [8].

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», о котором мы расскажем далее, 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 [9].

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 толкования (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 [10].

В России все эти вопросы, по большому счету, не исследовались, а дискуссии практически не велись. До Октябрьской революции 1917 года юристы только начинали осознавать актуальность данной тематики и успели выпустить несколько интересных, но пока еще достаточно поверхностных статей. Крайне же специфический советский период, в который независимой судебной системы попросту не существовало, а система государственного арбитража вовсе не носила судебного характера, мы выводим за скобки. 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 [11]. 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 [12].

Не пора ли нашей правовой науке, наконец, повзрослеть и прямо посмотреть на не всегда удобные вопросы о роли судов в развитии права и ее соотношении с господствующими некритически усвоенными аксиомами (строгое разделение властей, суды - слуги закона и т.п.)? На наш взгляд, девственное состояние нашей науки в этой области терпеть более нельзя [13].

В этой связи считаем необходимым, наконец, восстановить справедливость и привлечь интерес к этой тематике. Конечно, с учетом огромного объема накопленного научного знания и элементарной научной добросовестности, противной «изобретению велосипеда», было бы разумно вначале в качестве своего рода открытия дискурса ознакомить читателя с наработками зарубежных правоведов прошлого. Это поможет провести «рекогносцировку», лучше очертить проблемное поле и его границы, выявить основные предлагавшиеся решения, аргументы за и против различных выдвигаемых теорий и опыт их практической реализации [4].

Только после этого стоит приступать к полноценному научному анализу проблем в современном российском правовом контексте и формированию собственной непредубежденной и осмысленной позиции. Прежде чем становиться сторонником той или иной теории, желательно ознакомиться со всем «меню» [15].

Не существует одного единственно верного варианта толкования, и все в конечном счете зависит от усмотрения судьи, который может выбрать один или другой метод толкования и получить тот или иной результат. Так, например, судья может применить старинный принцип толкования, согласно которому он должен придавать норме закона буквальный смысл, если ее текст понятен и очевиден [16]. Но он также вправе применить и не менее старинный «принцип абсурдности», согласно которому даже вполне очевидный буквальный смысл нормы закона не применяется, если приводит к явно абсурдному или вредному результату [17]. Или, например, в англосаксонской традиции толкования законов есть как принцип придания одинаковым терминам одного закона единого смысла, так и равноправный принцип, согласно которому суд вправе придавать одинаковым терминам одного закона разный смысл, если это делает его понимание

более согласованным [4]. Другой пример: принципу толкования, согласно которому «выражение одного исключает другое» (толкование *a contrario*), противостоит принцип, допускающий обратный подход, если очевидно, что «выражение одного» является собой лишь пример [18].

Другая иллюстрация: уточняющее слово, завершающее некий перечень, согласно одному укоренившемуся принципу относится лишь к последнему элементу этого перечня, а согласно другому принципу - может относиться и ко всем элементам перечня, если здравый смысл этого требует [19]. Проведя детальный анализ всей сложившейся доктрины толкования законов, Ллевеллин поставил неутешительный для идеи определенности права диагноз. На его взгляд, главную роль играет субъективное усмотрение суда, который выбирает тот или иной принцип толкования для достижения наиболее разумного с точки зрения политики права (например, справедливого) результата, а затем лишь подбирает тот иной формальный метод толкования для создания видимости того, что иного пути толкования у него и не было. Тем самым суды создают иллюзию механического правоприменения, на самом деле реализуя широкие правотворческие полномочия [20].

В итоге, по мнению Ллевеллина, для судьи не существует никакого абсолютно обязательного позитивного права. С учетом того, что Ллевеллин также критиковал и доктринальный формализм за представление индуктивных обобщений в качестве ригидных аксиом, не желающих мириться с новыми реалиями [21], для него не остается другого выхода, кроме как признать, что право есть то обязательное для сторон решение, которое принимает суд, а не то, чем он при этом руководствуется [22]. Такой подход был в принципе логичным, если исходить из сохранения в

силе представления о том, что право должно представлять собой абсолютно обязательные требования [23]. Так как абсолютно обязательными являются только сами судебные решения, распространяющиеся исключительно в отношении сторон спора, а законы, прецеденты и доктрины не диктуют норму с абсолютной точностью, однозначностью и непреклонностью и не могут исключить творческого соучастия со стороны суда, то вывод, к которому пришли Грей и Ллевеллин, представляется не лишенным смысла. Сохранение понимания права как оснований для вынесения решений, а не самих решений возможно только при отказе от критерия абсолютной обязательности правовых норм и переходе к доктрине их относительной силы и презумптивной обязательности. Но Ллевеллин и многие другие реалисты были не готовы отказаться от характеристики права как того, что является абсолютно обязательным, и отсюда их столь радикальное процессуальное правопонимание [24].

При этом Ллевеллин не отрицал того, что иногда суды применяют позитивные нормы чисто механически. Его задача заключалась в том, чтобы показать, что реальная значимость этого элемента права де-факто куда меньше, чем было принято ранее считать [24]. Соответственно, ученым следует присмотреться к другому элементу, который оказывается куда более значимым. Этим элементом является, на взгляд Ллевеллина, реальное поведение судей и иных чиновников, а также простых граждан [25]. Вместо доминировавшего ранее акцента на словах, следует фокусировать внимание на реальном поведении [25]. В центре внимания применительно к судебному процессу оказывается ключевой вопрос - правотворческое по своей сути судебское усмотрение [5].

Список литературы:

- [1] Ардавов М.М., Бозиев М.В. *Тактические особенности производства отдельных следственных действий при расследовании преступлений по «горячим следам»* // *Право и управление*. 2022. № 11. С. 127.
- [2] Из изданных на английском языке обзорных работ по новым европейским подходам к юридической аргументации см.: Feteris E.T. *Fundamentals of Legal Argumentation*. 1999.
- [3] Llewellyn K.N. *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About* 1996. P. 84.
- [4] Мисроков Т.З., Теппеев А.А. *Деятельность органов внутренних дел Российской Федерации по защите исторической памяти и противодействию попыткам фальсификации истории России* // *Право и управление*. 2022. № 7. С. 213.
- [5] Хоршева Ю.О., Дорская А.А. *Особенности российской и зарубежных моделей правовой защиты населения в годы Первой мировой войны* // *Право и управление*. 2022. № 7. С. 209.
- [6] Lagutkin A.V. *Russia at a crossroads: where shall we go?* // *International academic magazine of the Russian academy of natural sciences*. 2013. № 4.

[7] 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: Shapiro F.P. *The Most-Cited Legal Scholars* // *Journal of Legal Studies*. 2000. Vol. 20. P. 409 ff.

[8] Геляхова Л.А., Мошкина Н.А. Совершенствование административных процедур формирования кадрового состава государственной гражданской службы // *Право и управление*. 2022. № 11. С. 194.

[9] Мецгер А.А. Институт гарантий прав граждан в Российской Федерации // *Право и управление*. 2022. № 7. С. 74-75.

[10] Мисроков Т.З. Развитие Шанхайской организации сотрудничества в качестве новой опоры международной стабильности и участие Российской Федерации в её деятельности // *Право и управление*. 2022. № 9. С. 19.

[11] Мисроков Т.З. К вопросу об информационной грамотности сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации // *Право и управление*. 2022. № 7. С. 124.

[12] Грудцына Л.Ю. Развитие личной свободы индивида как основа формирования гражданского общества // *Право и жизнь*. 2011. № 151 (1). С. 87-96.

[13] Лагуткин А.В. Местное самоуправление как форма народовластия в Российской Федерации: Монография. - М.: Манускрипт, 1995.

[14] Грудцына Л.Ю. Государство. Гражданское общество. Информация: Монография. - М.: Юркомпани, 2014. 15 п.л.

[15] Игнатьева М.В. Перспективы развития системы электронного правосудия в Российской Федерации // *Право и управление*. 2022. № 9. С. 68.

[16] Гребенников В.В., Марчук Н.Н., Сангаджиев Б.В. Предпосылки реформы судебной власти в Бразилии // *Правоохранительная и правозащитная деятельность в России и за рубежом на современном этапе: Материалы Международной научно-практической конференции*. - М.: РУДН, 2013. с. 8-12. - 0,5 п.л.

[17] *How Statutes Are to Be Interpreted* // 3 *Vanderbilt Law Review*. 1949 - 1950. P. 396. *Ibid*. P. 403.

[18] Llewellyn K.N. *The Bramble Bush. On Our Law and Its Study*. 1996. P. 88 - 89.

[19] Эти и другие примеры см.: *Ibid*. P. 401 - 406.

[20] Грудцына Л.Ю. Направления и результаты сотрудничества государства и профессиональных юридических сообществ // *Образование и право*. 2011. № 3. С. 132-153.

[21] Llewellyn K.N. *A Realistic Jurisprudence - the Next Step* // 30 *Columbia Law Review*. 1930. P. 453.

[22] Миннигулова Д.Б. Концептуальный подход к систематизации законодательства об административных правонарушениях // *Право и управление*. 2022. № 7. С. 175.

[23] Гребенников В.В. Собственность как экономическая основа формирования гражданского общества в России / Под ред. Ю.А. Дмитриева. - М.: Юркомпани, 2009. - 272 с.

[24] Головистикова А.Н., Грудцына Л.Ю. К вопросу о признании прав человека комплексной отраслью российского права // *Государство и право*. 2009. № 1. С. 23-35.

[25] Llewellyn K.N. *A Realistic Jurisprudence - the Next Step* // 30 *Columbia Law Review*. 1930. P. 442.

Spisok literatury:

[1] Ardavov M.M., Bozиеv M.V. Tactical features of the production of individual investigative actions in the investigation of crimes in hot pursuit//*Law and management*. 2022. № 11. S. 127.

[2] For an overview of new European approaches to legal reasoning published in English, see: Feteris E.T. *Fundamentals of Legal Argument*. 1999.

[3] Llewellyn K.N. *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About* 1996. P. 84.

[4] Misrokov T.Z., Teppeev A.A. Activities of the internal affairs bodies of the Russian Federation to protect historical memory and counter attempts to falsify the history of Russia//*Law and management*. 2022. № 7. S. 213.

- [5] Yu. O. Khorsheva, A. A. Dorskaya. Features of Russian and foreign models of legal protection of the population during the First World War//Law and Administration. 2022. № 7. S. 209.
- [6] Lagutkin A.V. Russia at a crossroads: where shall we go? // International academic magazine of the Russian academy of natural sciences. 2013. № 4.
- [7] So, for example, in the list of the most cited authors in American legal journals, the top three include Richard Posner, Ronald Dworkin and Oliver W. Holmes, known primarily for their theoretical and methodological works: Shapiro F.P. The Most-Cited Legal Scholars//Journal of Legal Studies. 2000. Vol. 20. P. 409 ff.
- [8] Gelyakhova L.A., Moshkina N.A. Improving administrative procedures for the formation of personnel of the state civil service//Law and management. 2022. № 11. S. 194.
- [9] Metzger A.A. Institute for Guarantees of Citizens' Rights in the Russian Federation//Law and Management. 2022. № 7. S. 74-75.
- [10] Misrokov T.Z. Development of the Shanghai Cooperation Organization as a new pillar of international stability and the participation of the Russian Federation in its activities//Law and governance. 2022. № 9. S. 19.
- [11] Misrokov T.Z. On the issue of information literacy of employees of the internal affairs bodies of the Russian Federation//Law and management. 2022. № 7. S. 124.
- [12] Grudtsyna L.Yu. The development of individual personal freedom as the basis for the formation of civil society//Law and life. 2011. № 151 (1). S. 87-96.
- [13] Lagutkin A.V. Local self-government as a form of democracy in the Russian Federation: Monograph. - M.: Manuscript, 1995.
- [14] Grudtsyna L.Yu. State. Civil society. Information: Monograph. - M.: Yurkompani, 2014. 15 p.p.
- [15] M.V. Ignatieva. Prospects for the Development of the Electronic Justice System in the Russian Federation//Law and Management. 2022. № 9. S. 68.
- [16] Grebennikov V.V., Marchuk N.N., Sangadzhiev B.V. Prerequisites for the reform of the judiciary in Brazil//Law enforcement and human rights activities in Russia and abroad at the present stage: Materials of the International Scientific and Practical Conference. - M.: RUDN UNIVERSITY, 2013. from. 8-12. - 0.5 p.p.
- [17] How Statutes Are to Be Interpreted // 3 Vanderbilt Law Review. 1949 - 1950. P. 396. Ibid. P. 403.
- [18] Llewellyn K.N. The Bramble Bush. On Our Law and Its Study. 1996. P. 88 - 89.
- [19] For these and other examples, see: Ibid. P. 401 - 406.
- [20] Grudtsyna L.Yu. Directions and results of cooperation between the state and professional legal communities//Education and law. 2011. № 3. S. 132-153.
- [21] Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence - the Next Step // 30 Columbia Law Review. 1930. P. 453.
- [22] D.B. Minnigulova. Conceptual Approach to Systematization of Legislation on Administrative Offenses//Law and Management. 2022. № 7. S. 175.
- [23] Grebennikov V.V. Property as the economic basis for the formation of civil society in Russia/Ed. Yu.A. Dmitrieva. - M.: Yurkompani, 2009. - 272 p.
- [24] Golovistikova A.N., Grudtsyna L.Yu. On the issue of recognition of human rights as a comprehensive branch of Russian law//State and law. 2009. № 1. S. 23-35.
- [25] Llewellyn K.N. A Realistic Jurisprudence - the Next Step//30 Columbia Law Review. 1930. P. 442.

