

СУДЕБНОЕ НОРМОТВОРЧЕСТВО: ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Аннотация. Проблема становления и развития судебного нормотворчества в России остается актуальной для юридической науки и практики. Анализ различных точек зрения по данной проблематике, с учетом судебной практики высших судебных инстанций, позволил автору сформулировать дефиницию судебного нормотворчества, раскрыть сущность и роль судебного нормотворчества высших судебных органов в правовом регулировании общественных отношений. Эволюционное развитие правовой системы позволило выявить нормотворческую функцию судебной власти и связанные с ней проблемы правового признания ее в России. В литературе отсутствует единое мнение о судебной практике как об источнике российского права и о нормотворческой функции высших судебных органов, а поэтому остается и проблема признания для правовой системы.

Сложились две основные точки зрения по вопросу судебной практики как источника права и судебного нормотворчества. Одни признают судебное нормотворчество и судебную практику источником права, другие не относят судебную практику к источнику права, поскольку у судебных органов нет правотворческих функций, их основная задача — применять закон, а не создавать его.

Не обладая законодательно закрепленной нормотворческой функцией, Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ фактически ее выполняют, и эта деятельность ни в коей мере не ущемляет права и свободы граждан, юридических лиц, а наоборот, защищает их нарушенные права, свободы и законные интересы в случаях пробела, дефекта в нормативном правовом акте, признания нормативного акта не соответствующим Конституции РФ.

Судебное нормотворчество — побочная деятельность высшего судебного органа, она не постоянна, как законотворчество, а возникает тогда, когда в процессе осуществления своих функций суд сталкивается с пробелом, дефектом в праве или законе, с неконституционным законом, с нормой правового акта, требующей ее толкования. В этих случаях для разрешения спора суд формулирует судебную норму, которая как разрешает спор, так и становится дополнительным регулятором общественных отношений. Именно в таких случаях включается механизм судебного нормотворчества как необходимый и неотъемлемый элемент правовой системы.

Судебное нормотворчество представляет собой выработку высшими судебными органами общих норм правового регулирования, толкование норм в процессе своей деятельности (в определенном виде судопроизводства) с закреплением этих результатов в судебном акте.

Ключевые слова: правовая система, источники права, судебное нормотворчество, функция, механизм, высшие судебные органы, судебный прецедент, правовая позиция суда, судебная практика, судебная норма.

DOI: 10.17803/1729-5920.2016.116.7.014-027

© Гук П. А., 2016

* Гук Павел Александрович, доктор юридических наук, профессор Пензенского государственного университета

gukpola@mail.ru

440026, Россия, г. Пенза, ул. Красная, д. 40

В процессе развития и становления правового государства в современной России происходит формирование новых институтов правовой системы. Одним из них выступает судебная власть как самостоятельная ветвь государственной власти. Смена социально-экономических отношений и создание новых затрагивают все сферы государственного устройства, в том числе и правовую систему, представляющую собой сложный, многогранный механизм, без которого не может функционировать и существовать ни одно цивилизованное государство в мировом сообществе.

Состояние правовой системы невозможно оценить без учета глобальных интеграционных процессов, которые проходят в мире и оказывают определенное влияние на правовую систему. В этих условиях проблема совершенствования элементов правовой системы, особенно органов судебной власти как ее институтов, остается актуальной и для науки, и для юридической практики.

Процесс глобализации свойственен не только для экономических, национальных, экологических, политических отношений, он затрагивает и правовую систему государства. Поэтому проблема адаптации правовой системы России в глобальном мире остается в практическом плане достаточно острой и требует для своего решения разработки теоретического базиса, способного отразить проблемы воздействия глобализации и региональной интеграции на правовую систему государства и ее элементы. В современных условиях, отмечает Е. Г. Лукьянова, перед правом встает важная задача — проблема управления глобализацией, гармонизации ее процессов. Право выступает в качестве инструмента глобализации и одновременно средством управления ее процессами¹.

Специфика глобализации в правовой сфере состоит в том, что этот процесс проявляется в той или иной степени во всех структурных частях правовой системы страны. Речь идет в первую очередь о нормативной правовой базе,

системе источников права и об их соотношении. Проявляется глобализация и в ходе правотворчества и правоприменения, поскольку динамизм правовой системы обеспечивается, с одной стороны, механизмом правотворческой деятельности, а с другой — правореализационными факторами.

Одним из примеров влияния глобализации на источники национального права, как полагает М. Н. Марченко, может служить эволюция источников права современной России. Результатом ее стало широкое использование в различных отраслях права правового договора как источника права, признание и применение судебной практики (прецедента) в качестве источника права².

Это, в свою очередь, накладывает определенный отпечаток и на судебные органы. Г. Г. Шинкарецкая обоснованно приходит к выводу, что глобализация — настолько всеобъемлющее явление, что распространяется и на суды³.

Следует согласиться с Е. Г. Лукьяновой о том, что в силу своих исключительных свойств нормативный правовой акт продолжает оставаться доминирующим источником права в государствах романо-германской правовой системы. Вместе с тем важную роль стала играть судебная практика, в том числе и международно-правовая. Формально судебная практика в России не является обязательной при последующем рассмотрении аналогичных дел, однако суды низшей инстанции в большей степени, чем раньше, стали руководствоваться судебной практикой высших судов⁴.

Эволюционное развитие правовой системы позволило выявить нормотворческую функцию судебной власти и связанные с ней проблемы правового признания ее в России. Судебная власть как одна из ветвей государственной власти осуществляет в настоящее время не только функцию правосудия, но и функцию своеобразного судебного нормотворчества в форме судебного прецедента и судебной практики⁵.

¹ Лукьянова Е. Г. Основные тенденции развития российского права в условиях глобализации // Государство и право. 2004. № 7. С. 84.

² Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. М., 2008. С. 274.

³ Шинкарецкая Г. Г. Судебные средства разрешения международных споров (тенденции развития) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 14.

⁴ Лукьянова Е. Г. Указ. соч. С. 85.

⁵ См.: Лазарев В. В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. 2012. № 4. С. 6—15.

В литературе отсутствует единое мнение о судебной практике как об источнике российского права и о нормотворческой функции высших судебных органов, а поэтому остается и проблема признания для правовой системы. В связи с этим развитие российского общества требует дальнейшего исследования данного правового явления с учетом различных научных подходов.

Так, в науке и практике сложились две основные точки зрения по вопросу судебной практики как источника права и о судебном нормотворчестве вообще. Одни авторы, с учетом всех положительных факторов, признают судебное нормотворчество и судебную практику источником права, тогда как другие не относят судебную практику к источнику права, поскольку у судебных органов нет правотворческих функций, их основная задача — применять закон, а не создавать его.

В. С. Нерсисянц утверждает, что судебная практика во всех проявлениях представляет собой, согласно действующей Конституции РФ, не правотворческую, а лишь правоприменительную (и соответствующую правотолковательную) деятельность. Далее автор отмечает, что суд не творит право, он отправляет правосудие, т.е. судит и решает по праву, применяет его. В этом случае судебная практика не «источник права» (в смысле судебного правотворчества), а реальность действия, применения и защиты права. Это важно как само по себе, так и для совершенствования и развития права. В этом смысле можно сказать, что судебная практика, не будучи правотворчеством, является одним из важных источников для правотворчества⁶.

Конечно, с этим трудно не согласиться, поскольку выработанная высшими судебными органами судебно-нормативная материя в дальнейшем может быть воспринята законодательным органом и положена в основу новой нормы права. Что в последнее время и происходит с правовыми позициями Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, а ранее и Высшего Арбитражного Суда РФ (до 6 августа 2014 г.).

Рассматривая нормативность решений Конституционного Суда РФ, О. Е. Кутафин не относил данные акты к числу нормативных, они лишь акты применения Конституции РФ и они не создают, да и не могут создавать правовых норм с точки зрения Конституции РФ и других нормативных актов, регулирующих его деятельность. Тот факт, что они обязательны для исполнения, имеет такой же характер, как и обязательность всех других правовых актов, не обладающих нормативным характером⁷.

М. И. Байтин также полагает, что решения Конституционного Суда РФ не относятся к источнику права. Соответственно статусу Конституционного Суда его акты, в том числе итоговые решения, представляют собой не нормативные правовые акты, а особую разновидность актов толкования и применения права⁸.

Анализ формальных источников права на примере разных правовых систем позволил С. А. Дробышевскому и Т. Н. Данцевой сделать вывод о том, что в настоящее время в российском праве существует система формальных источников права, включающая в себя правовой обычай, нормативный договор и нормативный правовой акт. Основания для признания в качестве формальных источников современного отечественного права судебного прецедента и юридической доктрины отсутствуют⁹.

В противовес данным точкам зрения высказываются положительные мнения о существовании судебной практики как источника права и судебного нормотворчества в правовой системе России.

Состояние судебной власти — один из главных, узловых вопросов развития российского государства в современных условиях. Это лакмусовая бумажка, позволяющая судить об уровне демократии в стране. Б. Н. Топорнин подчеркивает, что Конституционный Суд стал именно правотворческим органом. Признавая законы и нормативные акты или их отдельные нормы не соответствующими Конституции, Конституционный Суд тем самым их отменяет, а значит, заменяет одни нормы права другими¹⁰.

⁶ См.: Нерсисянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34—41.

⁷ Кутафин О. Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 145.

⁸ Байтин М. И. Сущность права. М., 2005. С. 496—498.

⁹ Дробышевский С. А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. М., 2011. С. 158.

¹⁰ Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 40—41.

Н. С. Бондарь считает, что Конституционный Суд выступает своего рода генератором конституционно-правовой энергии, которая обеспечивает, в частности, конституционно-судебную «рихтовку» норм отраслевого законодательства, и относит его к квазиправотворческому органу¹¹.

Не обладая законодательно закрепленной нормотворческой функцией, Конституционный Суд РФ и Верховный Суд РФ фактически ее выполняют, и эта деятельность ни в коей мере не ущемляет права и свободы граждан, юридических лиц, не нарушает их интересы, а наоборот, защищает их нарушенные права, свободы и законные интересы в случаях пробела, дефекта в нормативном правовом акте, признания нормативного акта не соответствующим Конституции РФ.

В этих условиях, отмечает В. В. Лапаева, на высшие суды Российской Федерации ложится слишком большая нагрузка: они вынуждены не только противодействовать серьезным деформациям правовой системы, но попутно еще и вырабатывать необходимые для этого доктринальные положения, восполняющие пробелы в научно-теоретической разработке проблематики прав человека¹². Образующийся при этом пробел оперативно преодолевается судебными актами высших судебных органов в процессе разрешения правового спора с закрепленными в них правовыми позициями, обладающими характерными признаками прецедента.

Соглашаясь в принципе с тем, что только законодатель, а не суд может отменить или изменить нормативный правовой акт, не соответствующий Конституции или обычному закону, М. Н. Марченко не разделяет мнение, согласно которому это законодательно закрепленное положение может быть использовано в качестве аргумента в пользу тезиса об отсутствии у Конституционного Суда или любого иного суда в лице высших органов правотворческих возможностей¹³.

Дискуссии для российской науки и практики не новы, они то затихают, то вновь оживают, но проблема существования судебного нор-

мотворчества в российской правовой системе остается. По нашему мнению, следует признать и закрепить в нормативном акте функцию судебного нормотворчества за высшими судебными органами, определив их полномочия, пределы, форму, механизмы реализации, время действия. Лучше иметь нормотворчество в рамках закона, чем его игнорировать вообще. Вот это и будет движение вперед, к правовому государству. В реальной правовой жизни идет выработка механизма судебного нормотворчества применительно к национальной правовой системе.

И этот процесс не скорый, нужно найти те оптимальные процедуры, которые позволили бы высшим судебным органам в пределах их полномочий осуществлять нормотворческую функцию. В этом и будет заключаться особая роль высших органов судебной власти со своей процедурой судебного нормотворчества и формой ее выражения, отличающейся от законодательной и исполнительной властей.

По утверждению В. Е. Чиркина, сила судебной власти зависит главным образом от того, существует ли в данной стране правовое государство или установлен авторитарный режим, тоталитарная система, господствует олигархия. Роль судебной власти в обществе во многом определяется уровнем правовой культуры народа, коренится в уважении к суду, которое воспитывается даже не десятилетиями, а столетиями. В России, отмечает автор, такого нет. Нужна длительная кропотливая и настойчивая работа¹⁴. И эту работу необходимо начинать уже сейчас.

В этом случае положительный опыт судебного нормотворчества в международных правовых системах может способствовать формированию и развитию судебного нормотворчества в нашей правовой системе, но с учетом ее особенностей.

Так, в зарубежном праве активное правотворчество судов не считается нарушением принципа разделения властей. Судебное правотворчество есть, так как его попросту невозможно избежать. Неизбежность судебного

¹¹ Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 99—100.

¹² Лапаева В. В. Типы правопонимания в российской теории права // Российское правосудие. 2008. № 5. С. 21.

¹³ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. М., 2007. С. 411.

¹⁴ Чиркин В. Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. М., 1998. С. 410.

правотворчества предопределяется наличием пробелов в законах и имманентной неопределенностью и многозначностью многих норм законодательства, а также невозможностью отказа в правосудии при отсутствии четкой позитивной нормы, применимой к спору¹⁵.

Французский правовед Эвелин Серверэн пишет: «В правовых системах демократических стран признается, что суды вносят вклад в формирование прецедентов и создание норм, хотя признание данного факта противоречит априори принципу разделения властей»¹⁶.

По нашему мнению, нормотворчество высших судебных органов по самой природе судебной власти и ее деятельности направлено не только на разрешение правового спора, защиту прав, свобод и интересов субъектов, основанных на законе, но и на формулирование судебной нормы¹⁷. Поскольку неконституционный нормативный акт, пробел, расплывчатость норм закона, требующих толкования, дают суду право в процессе осуществления правосудия сформулировать нормативное правило, дать толкование, которое позволит как разрешить правовой спор, так и выполнить конституционное положение о судебной защите.

Демократические процессы правовой системы России касаются и юридической практики, в том числе и судебной. Именно практика адаптирует законы к жизненным ситуациям, показывает, насколько эффективна и совершенна действующая в государстве правовая система, сигнализирует о неблагополучии и сбоях в ее функционировании, предлагает пути совершенствования, исправления недостатков, вырабатывает правовые позиции, регулирующие определенный вид общественных отношений, повышает уровень правового сознания и правовой культуры участников правового общения.

Судебная практика и судебный прецедент в каждой правовой системе имеют свои особенности, закономерности развития. Г. В. Мальцев справедливо отмечает, что «прецеденты

являются органической частью любого вида творческой деятельности, их не надо вводить, искусственно культивировать в судебной сфере, поскольку они сами по себе способны возникать, изменяться и исчезать в структурах привычного образа действия судей, стандартах поведения суда, независимо от того, на какую форму права он преимущественно сориентирован — на закон или судебный прецедент»¹⁸. Это позволяет отметить, что судебная практика и прецедент оказывают непосредственное влияние на регулирование отношений в правовой системе. И чем правовая система стабильнее, тем совершеннее судебное нормотворчество.

Конституция РФ, основной закон и стержень правовой системы, выделяет судебную власть как одну из ветвей государственной власти. Судебная власть реализует функцию правосудия посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Правосудие в российской правовой системе осуществляется только судом, не допускается создание чрезвычайных судов и тем более каких-либо других государственных органов, общественных организаций, которые могли бы принимать общеобязательные решения по правовым спорам и другим делам, подведомственным судам.

Результатом такой деятельности судебной власти выступает судебная практика. В науке уже достаточно давно высказано мнение о том, что задачей судебной власти признается осуществление высокого уровня судебной деятельности — судебной практики, воплощенной в выработке правоположений на основе раскрытия смысла и содержания применяемых норм, а в необходимых случаях — их конкретизации и детализации¹⁹.

Современное понимание самостоятельности судебной власти, считает И. Б. Михайловская, предполагает наделение судей как ее носителей особым статусом, а судебные решения — силой закона²⁰.

¹⁵ См.: *Карпетов А. Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 304.

¹⁶ *Серверэн Э.* Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества // *Судебная практика как источник права*. М., 2000. С. 46—47.

¹⁷ См.: *Гук П. А.* Судебное нормотворчество: теория и практика : монография / под ред. проф. Н. И. Матузова. Пенза, 2009.

¹⁸ *Мальцев Г. В.* Социальные основания права. М., 2007. С. 643.

¹⁹ *Судебная практика в советской правовой системе* / отв. ред. С. Н. Братусь. М., 1975. С. 16—17.

²⁰ *Михайловская И. Б.* Суды и судьи: независимость и управляемость. М., 2008. С. 41.

Положение о судебной практике закреплено в статье 126 Конституции РФ, в Федеральном конституционном законе «О Верховном Суде Российской Федерации». В соответствии с этими нормативными актами Верховный Суд РФ дает разъяснения по вопросам судебной практики в форме постановлений Пленума Верховного Суда РФ, а Президиум Верховного Суда РФ при рассмотрении конкретных дел создает прецеденты толкования норм права, которые учитываются в судебном правоприменении нижестоящими судебными инстанциями, поддерживая единообразие в судопроизводстве.

В. Ю. Соловьев, исследуя проблемы судебной практики, приходит к выводу, что «судебная практика — не просто средство обеспечения единообразного применения закона в типовых ситуациях, но и в более широком смысле — индикатор фактического состояния правовой системы в каждый момент ее существования и вместе с тем “проводник к правому государству”, указатель, в каком направлении следует развивать и совершенствовать правовую систему, дабы она соответствовала высоким стандартам, провозглашенным Конституцией России»²¹.

В. Н. Синюков обоснованно полагает, что судебная практика — традиционный источник правового регулирования, занимающий определенное место в классических правовых системах. Именно судебная практика всегда создавала оригинальный «профиль» правовой системы, формировала ее направления развития, обеспечивала постоянную, возобновленную связь законодательства с динамикой социальных отношений²².

Анализируя деятельность Конституционного Суда, В. Д. Зорькин подчеркивает, что Суд ориентирует развитие правовой системы России, ее законотворчество и правоприменительную практику в целом в направлении соответствия современному пониманию прав и свобод человека и гражданина, закрепленных в Конвенции о защите прав человека и

основных свобод. Таким образом, Суд играет важную роль в становлении и упрочении российского права как составной части единого европейского пространства²³. Такая судебная практика способствует развитию правовой системы и всех ее элементов, а также защищает нарушенные права, свободы и законные интересы в соответствии с Основным Законом, международными актами и правовыми позициями высших судов.

По нашему мнению, именно судебная практика Конституционного Суда РФ в форме правовых позиций помогает правоприменителю разрешить правовой спор с помощью как нормативного акта, так и правовых позиций Конституционного Суда РФ. Этот механизм, признает М. Н. Марченко, отмечая, что в период между принятием судом соответствующего вердикта о несоответствии отдельных положений нормативного правового акта Конституции РФ и моментом внесения законодателем изменений в нормативный правовой акт действует норма (нормы), содержащаяся в судебном вердикте²⁴.

Рассматривая природу судебной власти, В. А. Ржевский и Н. М. Чепурнова обоснованно приходят к выводу о том, что без использования судебной практики не может быть обеспечена жизнедеятельность правовой системы²⁵.

Неутихающие дискуссии о судебной практике как об источнике права и о нормотворческих функциях высших судебных органов пока не нашли точек соприкосновения в разрешении данной проблемы. В основном авторы отождествляют решения высших судебных органов с нормативными актами, имеющими силу закона, а судебное нормотворчество с правотворчеством и законотворчеством. Именно эти обстоятельства и порождают дискуссию в науке и практике.

С точки зрения современного понимания и деятельности судебного нормотворчества жизнь права возможна только в практической деятельности, в его корректировке, дополнении, а в необходимых случаях — в выработке

²¹ Соловьев В. Ю. Судебная практика в российской правовой системе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 21.

²² Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. М., 2010. С. 491.

²³ Зорькин В. Д. Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 172.

²⁴ Общая теория государства и права. Академический курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2007. С. 485.

²⁵ Ржевский В. А., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. М., 1998. С. 63.

правоположений, правовых позиций (судебных норм) именно со стороны высших судебных органов для создания единой, общеобязательной судебной практики, которая выступает связующим звеном между нормативным правовым актом и общественными отношениями, обеспечивая тем самым правовую устойчивость и безопасность права в целом²⁶.

Судебное нормотворчество — побочная деятельность высшего судебного органа, она не постоянна, как законотворчество, а возникает тогда, когда в процессе осуществления своих функций суд сталкивается с пробелом, дефектом в праве или законе, с неконституционным законом, с нормой правового акта, требующей ее толкования. В этих случаях для разрешения спора суд формулирует судебную норму, которая и разрешает спор, и становится дополнительным регулятором общественных отношений с характерными признаками прецедента. Именно в таких случаях включается механизм судебного нормотворчества как необходимый и неотъемлемый элемент правовой системы.

Судебные нормы хотя и обладают определенной нормативностью, но сравнивать их с нормами права (закона) не следует, поскольку они содержат нормативные правила к конкретному случаю, распространяются только на схожие случаи и время их действия ограничено принятием новой нормы закона. Такое понимание нормотворчества со стороны высших судебных органов ни в коей мере не нарушает принципа разделения властей, поскольку у каждой ветви власти есть свои, строго определенные, функции нормотворчества. Законодательная власть изменяет, отменяет и принимает законы, исполнительная власть их исполняет, вырабатывает к ним подзаконные акты нормативного характера, судебная власть применяет нормативные правовые акты, создавая в необходимых случаях судебные нормы, выполняя функцию нормотворчества.

Следует признать, что развитие правовой системы тесно связано с деятельностью судебных органов, которые придают жизнеспособность нормативным актам своими решениями,

а в некоторых случаях дополняют и восполняют недостающие нормы права созданными в процессе этой деятельности судебскими нормами.

Судебное нормотворчество стало особой деятельностью высших судебных инстанций, позволяющей в современных условиях создавать судебские нормы, которые способны регулировать социально-правовые ситуации до принятия нормативного акта. Основными формами судебного нормотворчества выступают судебный прецедент и судебная практика высших судебных инстанций.

А. В. Мадьярова справедливо отмечает, что «известно две формы судебного нормотворчества: судебный прецедент и судебная практика»²⁷. На протяжении всего периода российской государственности судебный прецедент и судебная практика являлись ориентиром для единообразного рассмотрения судебных дел, правильного применения нормативных правовых актов, толкования норм и устранения пробелов в законодательстве.

Развитие судебного нормотворчества в основном зависит от политической воли государства и его правовой политики²⁸: будет ли данная деятельность иметь легальный, творческий, вспомогательный характер или будет просто правоприменительной деятельностью судебных органов.

Активная творческая самостоятельность судебного нормотворчества начинается с отделения судебной власти от законодательной и исполнительной. Впервые в России такой шаг был сделан в 1864 г. В результате судебной реформы судебная власть была отделена от законодательной, отменен запрет на толкование законов. Судам предписывалось всякое дело решать на основании закона, не останавливая решения под предлогом неполноты, неясности или противоречия законов.

Н. М. Коркунов отмечал значение судебной власти в регулировании общественных отношений. Судебная власть должна сама решать каждый представившийся ей вопрос. Нет никакого сомнения в том, что суд должен судить по закону или обычаю, а не по своему

²⁶ См.: Гук П. А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012.

²⁷ Мадьярова А. В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб., 2002. С. 68.

²⁸ См.: Малько А. В., Семикин Д. С., Люкина О. В. Судебная политика и судебно-правовой прогресс. М., 2013.

усмотрению, но этим отнюдь не исключается творческое значение судебной практики²⁹, поэтому если говорить с позиции современного понимания, то речь идет о нормотворческом характере судебной практики того периода.

В настоящее время начался новый этап развития как судебной практики, так и судебного прецедента в правовой системе России. Началось этому было положено в Концепции судебной реформы 1991 г. Конституция РФ 1993 г. законодательно закрепила разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Таким образом, был дан импульс судейскому нормотворчеству.

Сегодняшняя реальность позволяет по-новому взглянуть на роль суда в правовой системе России, поскольку своеобразный элемент «прецедентного права» послужит фактором непрерывного совершенствования суда³⁰.

В своей деятельности судебная власть должна не только применять закон, но и создавать общие нормы, когда законодатель молчит. Такая деятельность высших судебных органов действует законодателю как в корректировке нормативных актов, так и в восполнении, преодолении пробелов в нормативно-правовом регулировании и представляется оптимальной и объективно существующей формой судебной деятельности.

Правотворческая деятельность судов в правовой системе России формально (официально) не признается, в доктрине интерпретируется противоречиво, но реально существует и через высшие судебные инстанции влияет на развитие права — так же, как и в ряде других стран Европейского континента (Греции, Италии, Нидерландах, ФРГ и др.)³¹.

Нормотворческие полномочия судебной власти официально не закреплены в нормативных актах, но это не может свидетельствовать о том, что судебная власть как ветвь государственной власти лишена таких полномочий фактически и практически. Как раз наоборот —

высшие судебные органы, наряду с применением правовых норм, их толкованием, осуществляют также нормотворческую деятельность, восстанавливая справедливость нарушенных прав и свобод. По мнению В. Е. Чиркина, суд в определенных ситуациях в некоторых странах может создавать правовые нормы, заменяющие нормы закона³².

Рассматривая проблемы судебного правотворчества в европейском и американском праве, А. Г. Карапетов пишет: «На практике, конечно же, как в Англии, так и в США именно суды творили право и делали это, как и их коллеги на континенте, во многом ставя себе в качестве основной цели достижение справедливости, а иногда и социальной полезности»³³.

Судебное нормотворчество в российской правовой системе находит свое отражение в решениях Конституционного Суда РФ, содержащих правовые позиции, а также в судебной практике Верховного Суда РФ.

Фактическое существование нормотворческой функции у судебной власти требует его теоретического обоснования для более эффективной деятельности судов, определения четких возможностей ее реализации в правовой системе. А. В. Мадьярова признает, что «полномочие суда по обращению напрямую к “праву” является судебным нормотворчеством, а сформулированные таким способом правила составляют “судейское право” — “право, созданное судьями” (judg-made law). Поэтому наиболее взвешенной является позиция, рассматривающая судебное нормотворчество в качестве пусть неизбежного, но все же “побочного продукта” теории разделения властей»³⁴.

По нашему мнению, под судебным нормотворчеством следует понимать выработку высшими судебными органами общих норм правового регулирования, толкование норм в процессе своей деятельности (в определенном виде судопроизводства) с закреплением этих результатов в судебном акте.

²⁹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 359.

³⁰ См.: Путин В. В. Демократия и качество государства // Коммерсантъ. 2012. № 20. 6 февраля.

³¹ См.: Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3.

³² Чиркин В. Е. Законодательная власть. М., 2010. С. 164.

³³ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011. С. 211.

³⁴ Мадьярова А. В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб., 2002. С. 90.

Осуществление нормотворчества каждой из ветвей власти в пределах своей компетенции в процессе выполнения закрепленной за ней функции вовсе не искажает сущность теории разделения властей. Каждая из ветвей власти компетентна в определенной сфере отношений, поэтому весьма эффективным будет регулирование этих отношений созданными ею же нормами³⁵.

Поэтому, как бы уважительно мы ни относились к закону (главному источнику российского права), всегда будут обнаруживаться юридические неточности, и один из способов устранения этого — судебное нормотворчество, поскольку в процессе применения правовой нормы возникают определенные сложности, требующие практической судебной доработки, доведение закона до идеала.

В подобных ситуациях, а возникают они на протяжении всего существования права, помогают решать проблему судебный прецедент и судебная практика как концентрированные формы судебного нормотворчества высших судебных органов.

Судебная практика, отмечает Р. З. Лившиц, приспособливает общеправовую норму к особенному и единичному — конкретным жизненным ситуациям. Поэтому признание за судебной практикой роли источника права не умаляет полномочий законодательной и исполнительной власти. Суды выполняют только им присущие полномочия, которые не могут быть выполнены другими органами. Возрастание роли суда в жизни общества с необходимостью приводит к выполнению судебной практикой нормотворческой функции. Это и происходит в российской действительности³⁶.

Формирование судебными органами правовых позиций, правоположений судебной практики осуществляется как непосредственно в процессе судебной деятельности, так и в процессе обобщения судебной практики по конкретным делам.

В. И. Анишина и Г. А. Гаджиев так определяют механизм судебного нормотворчества: суд осуществляет правосудие по конкретным делам — применяет нормативные источники, оценивает их с точки зрения правовой бездефектности (конституционности, законности, соответствия международным нормам и правилам), выявляя дефект, использует различные процедуры преодоления (с обязательным учетом публичного интереса в дисквалификации ущербных норм) — разрешает дело — решение используется при аналогичных случаях³⁷. Прежде всего это связывается с деятельностью высших судебных органов, а именно Конституционного и Верховного судов РФ.

В практической деятельности такие решения Конституционного Суда РФ служат основанием для внесения изменения в закон и непосредственно применяются нижестоящими судами в случае признания отдельных положений закона не соответствующими Конституции РФ (до внесения изменения в нормативный правовой акт).

Практику судебного нормотворчества Конституционного Суда РФ можно проиллюстрировать на постановлениях по проверке конституционности ряда статей УПК РСФСР и УПК РФ, в которых сформулированы правовые позиции, обязательные для применения при расследовании и рассмотрении уголовных дел. Правовые позиции Суда для удобства применения на практике публикуются в законе под статьей, которая признана неконституционной³⁸.

Данные постановления обладают материально-правовой силой закона и обязательны для применения судом в практической деятельности как судебные прецеденты Конституционного Суда РФ, следовательно, они имеют силу источника права³⁹.

Такое понимание природы постановлений Конституционного Суда РФ разделяет М. В. Баглай. В частности, он отмечает, что формально Конституционный Суд не наделен нормотвор-

³⁵ См.: Воротынцева А. А., Колоколов Н. А., Павликов С. Г. и др. Право, закон, судебный прецедент в российской цивилизационной системе. М., 2009. С. 329.

³⁶ Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. 1997. № 6. С. 49—57.

³⁷ См.: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации / под ред. В. В. Ершова. М., 2006. С. 262.

³⁸ См.: Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. М.: Норма, 2000; УПК РФ. Новосибирск, 2007.

³⁹ См.: Эбзеев Б. С. Толкование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5. С. 5—12.

ческими полномочиями, но, давая толкование конституционных норм и формулируя правовые позиции по рассматриваемым им вопросам, он развивает законодательство и дополняет действующие источники конституционного права. В связи с этим более верно теоретически считать, что постановления Конституционного Суда являются источниками права⁴⁰.

Таким образом, можно отметить, что постановления Конституционного Суда РФ, содержащие правовые позиции, которыми преодолевается пробел в законе, в случае признания закона (нормы права) неконституционным или если дано официальное толкование конституционным нормам, обладают характерными признаками прецедента, что позволяет руководствоваться ими в практических ситуациях для урегулирования общественных отношений.

Процедура формирования правоположений (правовых позиций) Верховным Судом РФ осуществляется при рассмотрении конкретных дел определенной категории, выработке постановлений Пленума. В соответствии со своими полномочиями Верховный Суд изучает и обобщает судебную практику, анализирует судебную статистику и дает разъяснения судам по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел. Разъяснения Пленума Верховного Суда становятся для судов, правоохранительных органов и должностных лиц, применяющих закон, ориентирами для единообразного понимания и применения нормативного правового акта.

Правоположения, выработанные Верховным Судом, — это итог обобщения рассмотренных судебных дел определенной категории. На основе обобщения Пленум Верховного Суда принимает постановление, в котором содержится толкование, разъяснение действующего закона для единообразного применения судами при рассмотрении дел, формулируются правовые правила в случае установления пробела в законе для его преодоления.

А. Наумов отмечает, что разъяснения Пленума Верховного Суда есть особая разновидность судебного толкования. Жизнь показала,

что судебское толкование не только не посягает на принцип разделения властей, но даже является его гарантом, так как без этого права судебная власть перестает быть властью (не способна осуществлять свои властные судебные полномочия)⁴¹.

Одним из примеров может служить постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ»⁴². В постановлении содержатся обязательные для применения судами правоположения, выработавшие процессуальный порядок рассмотрения материалов по жалобам (п. 7—9), уголовно-правовое положение о месте рассмотрения таких жалоб (п. 6), что позволяет более точно регулировать порядок рассмотрения материалов, предусмотренных ст. 109, 125, 165 УПК РФ.

В новом УК РФ (1996 г.) законодатель ввел нормы о применении принудительных мер воспитательного воздействия к несовершеннолетним, но не предусмотрел процессуальный порядок рассмотрения прекращенного уголовного дела в отношении несовершеннолетнего. В результате отсутствия процедуры рассмотрения таких материалов в судах складывался разный порядок рассмотрения. С целью устранения процессуального пробела в законе и недопущения нарушений прав несовершеннолетних Пленум Верховного Суда РФ постановлением от 14 февраля 2000 г. № 7 «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних»⁴³ урегулировал пробел в законе, установил процедуру рассмотрения материалов в отношении несовершеннолетних (п. 14). В дальнейшем порядок рассмотрения таких материалов получил законодательное закрепление в ст. 427 УПК РФ 2001 г.

Выявленные судебной практикой неясности нормативных правовых актов, пробелы в них, противоречие между различными нормами и другие недостатки должны быть незамедлительно исправлены законодателем. При отсутствии необходимой реакции возрастает регулятивная роль судебной практики⁴⁴.

⁴⁰ И на «нет» суд есть. Конституционный // Российская газета. 2001. 29 мая.

⁴¹ Наумов А. Юридическая природа и значение постановлений Пленума Верховного Суда РФ по применению уголовного законодательства // Уголовное право. 2011. № 2. С. 60.

⁴² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4. С. 2—6.

⁴³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 4. С. 9—13.

⁴⁴ См.: Бошно С. В. Формы российского права. М., 2004. С. 201.

Именно судебная практика становится регулятором спорных отношений до принятия нового нормативного акта.

Постановления Пленума Верховного Суда являются ориентиром как для нижестоящих судебных инстанций, так и для других органов, должностных лиц в правоприменительном процессе, поскольку они заполняют пробел недостающей статьи кодекса (закона), позволяют на основе авторитетного толкования и разъяснения единообразно применять законодательство⁴⁵. Такая прецедентная судебная практика, несомненно, является результатом судебного нормотворчества.

Судебная практика Верховного Суда создается также Президиумом, судебными коллегиями при рассмотрении конкретных дел по первой инстанции в апелляционном, кассационном и надзорном порядках. Такие решения имеют авторитетное толкование норм права и учитываются нижестоящими судами для правильного применения законодательства в раз решении правовых споров.

Суд не может отказать в рассмотрении дела ввиду отсутствия закона, регламентирующего отношения сторон в возникшем споре, его неясности или противоречивости, поскольку это было бы равноценно отказу в правосудии. Поэтому нормотворчество суда в таких случаях можно расценивать как публично необходимое. Осуществление судебной властью нормотворческой деятельности по вопросам ее компетенции не выходит за рамки юрисдикционной функции и является вполне допустимым⁴⁶.

Функция судебного нормотворчества высших судебных органов фактически реализуется в судебной деятельности, а поэтому отвергать ее существование было бы крайне неверно, поскольку для механизма правового регулирования это один из способов урегулирования правовых споров применительно к национальной правовой системе. В России судебное нормотворчество пока не получило официального признания, но в силу практического значения

создаваемых высшими судебными инстанциями общих норм прецедентного характера все же неизбежно поднимается вопрос о его признании.

Вряд ли можно обойтись без официального нормативного регулирования данной проблемы. По мнению В. Е. Усанова, целесообразно на официальном уровне, законодательно признать судебное правотворчество за высшими судебными органами⁴⁷. В. А. Терёхин также считает, что необходимо законодательно закрепить дозволение органов судебной власти на применение прецедентов высших судов. Такое решение будет способствовать обеспечению единства судебной практики, подлинной реализации принципа равенства перед законом и судом, повышению эффективности юридической защиты субъектов правоотношений⁴⁸.

В тех странах, где юридическая сила и нормативный характер судебных решений не только признаются, но и закрепляются в законодательном порядке, создаются объективные и благоприятные условия для формирования теории и развития практики применения судебного прецедента и судебной практики, их правовых позиций.

Применительно к правовой системе России практическое существование судебного нормотворчества в настоящее время мало кем отрицается, но потребность практики требует его законодательного закрепления и выработки общей концепции судебного нормотворчества, поскольку формы судебного нормотворчества в виде прецедента, судебной практики, правовых позиций высших судебных органов фактически выступают регулятором общественных отношений, преодолевают законодательные пробелы и способствуют реализации конституционного принципа судебной защиты.

Таким образом, законодательное признание в российской правовой системе судебного нормотворчества, по нашему мнению, позволит более оперативно преодолевать пробелы в нормативных правовых актах, эффективно

⁴⁵ См.: Гук П. А. Судебная политика и практика в правовой системе России // Российская юстиция. 2009. № 8. С. 9—11.

⁴⁶ См.: Право, закон, судебный прецедент в российской цивилизационной системе : монография / А. А. Воротынцева, Н. А. Колоколов, С. Г. Павликов [и др.]. М., 2009. С. 166, 329.

⁴⁷ Усанов В. Е. Судебный прецедент: проблемы конвергенции в российскую правовую систему // Новая юстиция. 2008. № 1. С. 23.

⁴⁸ Терёхин В. А. К вопросу о легализации судебной практики как источника права // Правовая политика и правовая жизнь. 2011. № 3. С. 142—143.

осуществлять судебную защиту прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц, единообразно применять нормы права к спорным правоотношениям и установлению юридических фактов; будет выступать регу-

лятором баланса (путем механизма сдержек и противовесов) в отношениях между исполнительной и законодательной властью, способствовать формированию правовой государственности в Российской Федерации.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Байтин М. И. Сущность права. — М., 2005.
2. Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. — М., 2011.
3. Бошно С. В. Формы российского права. — М., 2004.
4. Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России. — М., 2004.
5. Дробышевский С. А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. — М., 2011.
6. Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2004. — № 12.
7. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. — М., 2011.
8. Кутафин О. Е. Источники конституционного права Российской Федерации. — М., 2002.
9. Лазарев В. В. Прецедент: реалии и перспективы в российском праве // Российское правосудие. — 2012. — № 4.
10. Лапаева В. В. Типы правопонимания в российской теории права // Российское правосудие. — 2008. — № 5.
11. Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. — 1997. — № 6.
12. Мадьярова А. В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. — СПб., 2002.
13. Малько А. В., Семикин Д. С., Люкина О. В. Судебная политика и судебно-правовой прогресс. — М., 2013.
14. Мальцев Г. В. Социальные основания права. — М., 2007.
15. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. — М., 2007.
16. Михайловская И. Б. Суды и судьи: независимость и управляемость. — М., 2008.
17. Наумов А. Юридическая природа и значение постановлений Пленума Верховного Суда РФ по применению уголовного законодательства // Уголовное право. — 2011. — № 2.
18. Нерсесянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. — М., 1997.
19. Право, закон, судебный прецедент в российской цивилизационной системе : монография / А. А. Воротынцева, Н. А. Колоколов, С. Г. Павликов [и др.]. — М., 2009.
20. Ржевский В. А., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. — М., 1998.
21. Серверэн Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества // Судебная практика как источник права. — М., 2000.
22. Терёхин В. А. К вопросу о легализации судебной практики как источника права // Правовая политика и правовая жизнь. — 2011. — № 3.
23. Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. — М., 2000.
24. Усанов В. Е. Судебный прецедент: проблемы конвергенции в российскую правовую систему // Новая юстиция. — 2008. — № 1.
25. Чиркин В. Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. — М., 1998.
26. Эбзеев Б. С. Толкование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. — 1998. — № 5.

Материал поступил в редакцию 12 октября 2015 г.

JUDICIAL RULE-MAKING: QUESTIONS OF THEORY AND PRACTICE

GUK Pavel Aleksandrovich — Doctor of Law, Professor at the Penza State University

gukpola@mail.ru

440026, Russia, Penza, ul. Krasnaya, d. 40.

Review. *The problem of formation and development of judicial rulemaking in Russia remains relevant for both legal science and judicial practice. The analysis of different opinions on this issue with due account for the jurisprudence of the higher courts allowed the author to define judicial rulemaking, understand the essence and the role of judicial rulemaking of the highest judicial bodies in the legal regulation of social relations. Evolutionary development of the legal system has allowed defining a normative function of the judiciary and the related problems of its legal recognition in Russia. In the literature there is no single point of view with regard to judicial practice as a source of Russian law and a normative function of the higher judicial bodies, and, therefore, the problem of its recognition in the legal system remains unsolved.*

Two main approaches to the problem of applying judicial practice as a source of law and the judicial rulemaking have developed. Under the first approach judicial rulemaking and judicial practice are acknowledged as a source of law. Under the second approach judicial practice is not considered to be the source of law because judicial bodies do not have rulemaking functions, and their main task is to apply the law, not to make it.

In fact, both the Constitutional Court of the RF and the Supreme Court of the RF serve the rulemaking function, although this function is not enshrined in law, and this activity in no way violates rights and freedoms of citizens, but rather protects their infringed rights, freedoms and legitimate interests in cases of loopholes and fouls in a regulatory enactment (a norm), or if a regulatory enactment contradicts the Constitution of the RF.

Judicial rulemaking is a non-core activity of the highest judicial body, it is not permanent as compared with legislative law-making and it takes place when the court in its operation faces with a gap or foul in law or legislature or with the rule of a legislative enactment that needs interpreting. Then, to resolve the dispute the Court establishes a judicial rule that becomes a supplementary regulator of social relations as soon as it resolves the dispute. In such cases the mechanism of judicial rule-making starts its operation as a necessary and integral part of the legal system.

Judicial rulemaking is the process of developing general rules of legal regulation and their interpreting by the highest judicial bodies in the process of their performance (in accordance with a certain type of court procedure) and their further consolidation in a judicial act.

Keywords: *legal system, sources of law, judicial rulemaking, function, mechanism, higher judicial organs, judicial precedent, legal determination of the court, judicial practice, judicial rule*

BIBLIOGRAPHY

1. Baytin, M. I. The Essence of Law. -M., 2005.
2. Bondar, N. S. Judicial Constitutionalism in Russia in Light of Constitutional Justice. -M., 2011.
3. Boshno, S. V. Forms of Russian Law. — M., 2004.
4. Vereshchagin, A. N. Judicial Rulemaking in Russia. — M., 2004.
5. Vorotyntseva, A. A., Kolokolov, N. A., Pavlikov, S. G., Potapova, A.V., Ralko, V. V., Slobodyanyuk, I. P. Law, Statute and Legal Precedent in Russian Civilization System. — M., 2009.
6. Drobyshevskiy, S. A., Dantseva, T. N. Formal Sources of Law. — M., 2011.
7. Zorkin, V. D. Precedent Character of the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation // Russian Law Journal. — 2004. — N. 12.
8. Karapetov, A. G. The Struggle for Recognition of Judicial Rulemaking in European and American Law. — M., 2011.
9. Kutafin, O. E. Sources of Constitutional Law of the Russian Federation. — M., 2002.
10. Lazarev, V. V. Precedent: Realities and Perspectives in Russian Law // Russian Justice. — 2012. — N. 4.
11. Lapaeva, V. V. Types of Law Understanding in the Russian Theory of Law // Russian Justice. — 2008. — N. 5.
12. Livshits, R. Z. Judicial Practice as a Source of Law // Russian Law Journal. — 1997. N. 6.
13. Madjarova, A. V. Clarifications of the Supreme Court of the Russian Federation in the Mechanism of Criminal Law Regulation. — SPb., 2002.
14. Malko, A. V., Semikin, D. S., Liukina, O. V. Judicial Policy and Progress in the Systems of Justice and Law. — M., 2013.

15. *Maltsev, G. V.* Social Foundation of Law. — M., 2007.
16. *Marchenko, M. N.* Judicial Rulemaking and Judge-made Law. — M., 2007.
17. *Mikhailovskaya, I. B.* Courts and Judges: Independence and Controllability. — M., 2008.
18. *Naumov, A.* The Legal Nature and Weight of Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the RF Regarding the Application of Criminal Law // Criminal Law. — 2011. N. 2.
19. *Nersesyants, V. S.* The Court does not Legislate or Control, it Applies Law // Judicial Practice as a Source of Law. — M., 1997.
20. *Rzhevskij, V. A., Chepurnova, N. M.* Judiciary in the Russian Federation: Constitutional Foundations of its Organization and Activity. — M., 1998.
21. *Serveren, E.* The Role of Judges and Judicial Practice in the Rulemaking Process // Judicial Practice as a Source of Law. — M., 2000.
22. *Terekhin, V. A.* To the Issue of Legitimizing Judicial Practice as a Source of Law // Law Policy and Legal Life. 1 2011. N. 3.
23. *Topornin, B. N.* The System of Sources of Law: Development Tendencies // Judicial Practice as a Source Law. — M., 2000.
24. *Usanov, V. E.* Judicial Precedent: Problems of Convergence into the Russian Legal System // New Justice. — 2008. N. 1.
25. *Chirkin, V. E.* Constitutional Law: Russia and Foreign Experience. — M., 1998.
26. *Ebzeev, B. S.* Interpretation of the Constitution by the Constitutional Court of the Russian Federation: Theoretical and Practical Problems // State and Law. — 1998. — N. 5.