

КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ

С.А. Дробышевский, Е.Ю. Тихонравов. СПОСОБЫ ВОСПОЛНЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ПРАВЕ. М.: Норма, 2014. 176 с.

Монография преподавателей Сибирского федерального университета С.А. Дробышевского и Е.Ю. Тихонравова представляет собой фундаментальное и новаторское исследование теоретической, конституционной и политической роли судебных решений, которые восполняют пробелы в праве.

Methods of Filling Gaps in the Law by Sergey Drobyshevskiy and Evgeny Tikhonravov of the Siberian Federal University was published in Russian in Moscow in 2014 by Norma Publishing House. It is an incisive, path-breaking treatment of the theoretical, constitutional, and political role of judicial precedents that fill lacunae in the law.

Ключевые слова: монография, С.А. Дробышевский, Е.Ю. Тихонравов, пробелы в праве, судебные решения.

Key words: monograph, S.A. Drobyshevsky, E.Yu. Tikhonravov, gaps in legislation, judicial decisions.

Монография преподавателей Сибирского федерального университета С.А. Дробышевского и Е.Ю. Тихонравова представляет собой фундаментальное и новаторское исследование теоретической, конституционной и политической роли судебных решений, которые восполняют пробелы в праве.

Книга начинается с описания концепции, которую авторы уместно и искусно именуют “созидательной юридической фикцией”. Согласно С.А. Дробышевскому и Е.Ю. Тихонравову созидательные юридические фикции есть суждения, которые скрывают или по крайней мере стремятся утаить факт того, что судьи формулируют и реализуют судебное решение под маской применения законодательного правила к фактическим ситуациям, которые логически не могут быть подведены под эту норму посредством традиционных способов толкования, а именно: путем использования текстуального, исторического или телеологического методов (с. 23).

Затем авторы дают содержательное описание пробелов в праве (или юридических лакун), которые являются результатами правотворчества. Юридические лакуны обнаруживаются в обеих сферах правового регулирования, которые Г. Кельзен именовал позитивным и негативным. В первой названной области упомянутые лакуны заключаются в наличии сформулированных в праве положений, непонятных или противоречащих друг другу либо нуждающихся для практической реализации в дополнении другими. В сфере негативного правового регулирования пробелы в праве образуют находящиеся в этой области разряды поступков, которые, исходя из целей суверена, следует упорядочить позитивным правовым регулированием, т.е. или запретить, или предписать, или дозволить, сформулировав дополнительные правила права (с. 36).

При этом авторы намеренно отказываются от именования всех обозначенных в праве положений юридическими нормами. Ведь последние должны обладать способностью регулировать социальную деятельность и общественные отношения. Эта регламентация не в состоянии осуществиться, если “правила права” непонятны или противоречат друг другу либо нуждаются в регулятивной конкретизации. Следовательно, такие “юридические нормы” не достигают уровня правил права; они оказываются лишь положениями и другими речевыми формулировками, которые могут быть обнаружены в различных источниках права (с. 39) и которые неизбежно приводят к юридическим лакунам. Пробелы в праве в сфере негативного правового регулирования охваты-

вают случаи “классических” лакун, когда, например, легислатура не смогла предусмотреть определенной фактической ситуации и поэтому не приняла правовой нормы для упорядочения данного случая.

В следующей главе авторы анализируют судебные постановления, которые восполняют пробелы в праве. Здесь С.А. Дробышевский и Е.Ю. Тихонравов выдвигают два основных аргумента. Во-первых, выработка этих постановлений не образует правотворчества, так как судьи лишь пытаются разрешить рассматриваемые ими дела, а не сконструировать юридическое правило общего действия. Во-вторых, создание правовосполняющих судебных решений не есть применение действующего права, ибо существование юридической лакуны по самому ее определению предполагает отсутствие любой нормы права, распространяющейся на определенную ситуацию, с которой столкнулся суд (с. 66).

Для определения содержания правовосполняющего постановления судьи должны сформулировать конкретную цель, которую суверенная власть имела бы, преодолевая в данном случае юридическую лакуну в соответствии с проводимой в рассматриваемое время политикой. Для того чтобы сделать это надлежащим образом, судьям требуется обратиться к праву в его формальных источниках, к другим правовым актам, политическим документам, научным работам по политологии и юриспруденции, сведениям, распространяемым в средствах массовой информации. Ознакомление с названными материалами даст возможность понять современные цели суверенной власти (с. 83).

Авторы используют термин “суверен” в соответствии с тем смыслом, который вложил в него Д. Остин: “1. Большинство членов общества находится в привычном повиновении или подчинении определенному и общему для всех правителю: последний есть индивид или коллектив таких индивидов. 2. Этот определенный индивид или коллектив таких индивидов не находится в привычном повиновении какому-либо правителю”¹.

На мой взгляд, едва ли возможно согласиться с первым аргументом авторов монографии, т.е. что судебные постановления, преодолевающие юридические лакуны, не образуют правотворчества, ибо судьи в этих делах лишь пытаются разрешить рассматриваемые ими дела, а не сконструировать юридическое правило общего действия. Насколько я

¹ Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. L., 1832. P. 199.

понимаю доводы авторов, когда законодатель создает право, он свободен устанавливать любую норму, которая, по мнению законодателя, является подходящей: он, по словам Д. Остина, не “находится в привычном повиновении или подчинении определенному и общему для всех правителю”. Однако, в отличие от законодателя, когда судьи решают дела, при рассмотрении которых обнаруживаются юридические лакуны, они действуют в соответствии с целями “определенного и общего для всех правителя”, т.е. законодателя.

Я полагаю, что основная проблема, связанная с этим аргументом, состоит в том, что именно судьи, но не законодатель единолично решают вопрос о наличии пробела в праве. Только судьи решают, что одна сторона по рассматриваемому делу должна выиграть иск, а не проиграть его, несмотря на отсутствие закона, с помощью которого возможно обосновать судебное решение в пользу упомянутой стороны. В каждом деле, где суд впервые решает обратиться к созидательной юридической фикции, сторона, которая должна была бы выиграть, становится проигравшей стороной. Вкратце, когда судьи меняют юридический статус-кво, они свободны установить любую норму, которая, по их мнению, является подходящей: судьи, если использовать выражение Д. Остина, не “находятся в привычном повиновении или подчинении определенному и общему для всех правителю”. Напротив, судьи в такой ситуации в прямом смысле этого слова создают свое собственное право, которому “большинство членов общества привычно” повинуются. Единственное различие заключается в том, что в случае использования созидательных юридических фикций законодатель может принять статут, который противоречит сформулированной судами юридической фикции и тем самым лишает ее юридической силы. Однако мне не известен ни один случай, где это произошло бы. Отсюда я считаю, что было бы более верным не лишать обсуждаемую судебную деятельность качества правотворческой, а охарактеризовать ее как совместное правотворчество, подобное делегированному нормотворчеству (и поэтому правотворчеству) административного органа.

Но вернемся к идеям, изложенным в монографии. Авторы утверждают, что любое судебное постановление, восполняющее пробел в праве, должно быть юридически обосновано. Для достижения этой цели применяются два метода: аналогия закона и аналогия права. Они отличаются лишь характером юридической нормы, которая служит обоснованию судебного решения. Когда последнее обосновывается юридическим принципом, т.е. нормой, которая обобщает содержание нескольких более конкретных юридических правил, судьи используют аналогию права. Когда же судебное решение поддерживается конкретным юридическим правилом, непосредственно регулирующим определенные жизненные ситуации, т.е. нормой, которая не является правовым принципом, судьи применяют аналогию закона (с. 85, 87).

Авторы объясняют этот обосновывающий процесс следующим образом: после определения стороны по делу, в пользу которой должно быть принято решение, судья объявляет, что последнее есть результат применения действующего права, а именно: его решение – итог логического применения конкретной юридической нормы или правового принципа (с. 119). Несмотря на то что весь процесс создания правового постановления скрывается под видом простого применения функционирующего права, судья согласно авторам должен определить содержание этого постановления так, как продемонстрировано ранее, т.е. он должен принять во внимание политические цели законодателя. Так как судьи в подобных делах фактически просто скрывают свои правотворческие постановления, ссылаясь

на конкретную юридическую норму (аналогия закона) или на правовой принцип (аналогия права), авторы причисляют аналогию закона и аналогию права к созидательным юридическим фикциям (с. 118–122).

Изучая причины, которые побуждают судей использовать эти фикции, авторы утверждают, что посредством такой практики судьи в состоянии скрыть или по крайней мере предпринять попытку утаить нарушение законности, которое неизбежно происходит при создании правотворческого постановления (с. 31–33, 122). Под законностью авторы понимают принцип, который требует, чтобы каждое дело было разрешено согласно действующей норме права, принятой законодательным органом.

Авторы продолжают свою аргументацию следующим образом: если бы судьи при формулировании правотворческих решений открыто излагали неюридические доводы, обнажая тем самым невозможность правового обоснования этих постановлений, то факт, что судьи формулируют решения при отсутствии законной основы для принятия последних, стал бы очевиден. Согласно авторам один из возможных пагубных результатов для общества таков: другие люди могут последовать плохому примеру судей и решить не подчиняться праву. Вот почему в той мере, в которой созидательные юридические фикции позволяют судьям скрывать (хотя бы в некоторой степени) их несанкционированную творческую деятельность, они минимизируют негативные последствия, причиняемые судебным правотворчеством (с. 31–33).

Мне не известно, насколько часто российские суды используют созидательные юридические фикции. Однако в Германии, где последние обыкновенно именуются аналогиями (Analogien), такая практика очень распространена. При этом немецкие суды не выражают политических выражений, стоящих за данными фикциями. Они также не используют упомянутых аргументов, чтобы обосновать определенное толкование правовых норм, когда отсутствует обращение к аналогии. Скорее в Германии судьи в большинстве случаев ограничивают свою обосновывающую аргументацию узкоопределенными юридическими доводами, сформулированными посредством общих, бездоказательных выражений². В своей другой работе я уже отмечал, что когда немецкие суды интерпретируют право Европейского Союза, они должны открыто называть действительные причины, лежащие в основе их постановлений, ибо это окажет значительное содействие уяснению данных решений, а также обеспечит возможность их надлежащей и необходимой оценки и критики³.

Я желал бы обратить внимание на еще несколько интересных идей, содержащихся в рецензируемой монографии. Так, авторы проводят различие между “автоматическим” и “специальным” применением аналогии права. Предпосылкой этого разделения выступает теоретическая позиция, что любая правовая система может быть рассмотрена как иерархическая структура выше- и нижестоящих юридических норм⁴. Отсюда содержание конкретной нормы права, непосредственно регулирующей определенные социальные

² См.: *Lundmark T. Legal Science and European Harmonisation* (2014) 130 LQR 68–82, где утверждается, что этот формалистский, “автоматический” подход к юридическому обоснованию связан со стремлением немецких юристов рассматривать право в качестве науки.

³ *Lundmark T. “Soft” stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe, Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Schulze & Seif eds (2003).

⁴ *Kelsen H. On the Theory of Interpretation*. 10 *Legal Studies* 127 (1990).

отношения, составляют все юридические принципы, которые посредством индукции могут быть выведены из группы правовых предписаний, включающей упомянутую и другие конкретные нормы права. Соответственно, когда конкретное юридическое правило служит обоснованию правосполняющего решения, эти принципы права также обеспечивают, хотя и косвенно, юридическую поддержку указанному постановлению. Иными словами, если решение основывается на конкретной юридической норме X, то оно автоматически опирается на каждый принцип права, который сформулирован в результате процесса обобщения нормы X и других конкретных юридических правил. Поэтому обращение к аналогии закона предполагает “автоматическое” применение аналогии права. Вот почему если аналогия закона используется для обоснования решения, то ссылка для этой же цели на принцип права оказывается излишней (с. 108).

“Специальное”, т.е. “неавтоматическое”, применение аналогии права подразумевает, что правосполняющее решение обосновывается исключительно юридическими принципами. Однако если аналогия закона применяется для восполнения того же самого пробела в праве, то это судебное постановление будет обосновано не только отмеченными принципами права, но и конкретной юридической нормой, непосредственно регламентирующей определенные социальные отношения. Следовательно, в таких случаях аналогия закона дает более полное юридическое обоснование правосполнительного решения, чем “специальное” приме-

нение аналогии права (с. 109). Наконец, авторы утверждают, что каждый более абстрактный юридический принцип выводится посредством обобщения нескольких более конкретных. Таким образом, определенная часть более конкретного принципа права находит свое воплощение в содержании более общего. Отсюда возможно сделать вывод, что если правосполняющее решение может быть обосновано группой из нескольких юридических принципов, различающихся по степени общности, то самый конкретный из них должен быть выбран и применен для указанного обоснования. В этом случае все остальные юридические принципы из упомянутой группы тоже будут использованы, хотя и не явно, для обоснования судебного решения (с. 110).

Итак, рецензируемая монография, как я написал в самом начале, является хорошо аргументированным, глубоким и новаторским исследованием теоретической, конституционной и политической роли правосполнительных судебных решений, а также юридического мышления, в частности.

Томас Лундмарк, профессор Университета Халла (Англия) и Университета Мюнстера (Германия) – в отставке, доктор права
(E-mail: t.lundmark@hull.ac.uk)

Thomas Lundmark, Professor University of Hull Law School, Doctor of Law
(E-mail: t.lundmark@hull.ac.uk)