

УДК 342.56 :340.132.666.4

Созидательные фикции в практике законодательного санкционирования и судебного применения аналогии права и закона

Е.Ю. ТИХОНПРАВОВ,
аспирант кафедры истории государства и права Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
С.А. ДРОБЫШЕВСКИЙ,
доктор юридических наук, профессор,
зав. кафедрой истории государства и права
Юридического института Сибирского федерального университета

В статье объясняется, почему в любом государстве судебные органы вынуждены предпринимать определенные шаги по формированию новых юридических правил, и отмечаются причины, в силу которых трибуналам подчас приходится скрывать выполнение указанной деятельности. Анализируется метод такого утаивания, предполагающий созидательные фикции, используемые при законодательном санкционировании и судебном применении аналогии права и закона.

Ключевые слова: созидательные фикции, аналогия права, аналогия закона, пробелы в праве.

CREATIVE FICTIONS: THEIR USE IN LEGISLATIVE ADOPTION AND JUDICIAL APPLICATION OF ANALOGIA JURIS AND ANALOGIA LEGIS

Tihonravov E.

The article reveals why courts in any state are forced to make certain steps towards the creation of new legal rules, and points out the reasons which often compel tribunals to hide the mentioned practice. The paper considers a method employed for this concealment. Specifically, the article examines creative fictions which are used in legislative adoption and judicial application of analogia juris and analogia legis

Keywords: creative fictions, analogia juris, analogia legis, gaps in the law.

В научной литературе по юриспруденции и в правовых нормах сформулированы противоречащие друг другу представления о том, как действовать судам в случаях пробела в праве¹. Рассмотрим идеи ученых, юридические правила, а также судебную практику с целью выявить закономерности, реализация которых позволяет государственной организации успешно функционировать.

К этим необходимым, существенным и повторяющимся взаимосвязям относится прежде всего то, что действующие в любом государстве суды не могут не принимать участия в правотворчестве. Одна из главных причин данной закономерности состоит в следующем. Законодатель не способен предвидеть грядущее полностью. Вот почему он не может заранее создавать нормы права, рассчитанные на регулирование всех будущих ситуаций.

Отсюда судебные учреждения, чаще других государственных органов сталкивающиеся с непредвиденными legislaturой обстоятельствами, вынуждены предпринимать определенные шаги по формированию новых юридических правил. Невыполнение этой функции в таких ситуациях пагубно для интересов государства.

Скажем, Ф.В. Тарановский писал, что при обнаружении случаев, не предусмотренных действующим правом, «оставление спорных казусов и скрывающихся за ними конфликтов реальных интересов» без юридического решения «лишало бы общественные отношения необходимой юридической регламентации и того мирного улажения конфликтов, без которого невозможно нормальное течение общественного оборота»². Подобную мысль излагал и А.С. Пиголкин. По его представлениям, если дела «не

¹ См., например: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М., 2001. С. 92—105; Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. — Спб., 1911. С. 362; Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 55; Акимов В.И. Аналогия в советском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. — Л., 1970. С. 12; Cheng B. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. 2006. P. 400—408.

² Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. — Юрьев, 1917. С. 255.

будут решаться из-за отсутствия или неполноты законодательства, то это может отрицательно сказаться на развитии... экономики... на соблюдении прав и законных интересов граждан, государственных и общественных организаций и, следовательно, нанести вред... правопорядку»¹.

Осуществление трибуналами шагов по формированию новых юридических правил вступает в противоречие с рядом теоретических представлений. Прежде всего речь идет об идеях законности и разделения властей.

Как известно, принцип легальности предполагает обязанность государства действовать на точном основании юридических правил и соответствующее ей правомочие адресатов этих норм². Однако во всех случаях, когда трибунал разрешает рассматриваемое дело на базе предписания, которое отсутствует в существующем праве, законность нарушается.

Равным образом по доктрине разделения властей, изложенной, в частности, Ш.Л. Монтескье, «власть создавать законы, власть приводить в исполнение постановления общегосударственного характера и власть судить преступлений или тяжбы частных лиц»³ должны быть обособлены друг от друга. «Все погубило бы, если бы в одном и том же лице или учреждении... были соединены»⁴ перечисленные три власти.

Столкновение отмеченных теоретических представлений с необходимостью участия судов в правотворчестве не могло не отразиться на деятельности трибуналов. Например, последним нередко приходится скрывать выполнение указанной созидательной функции, чтобы породить впечатление реализации ими идей законности и разделения властей. Скажем, еще Е.В. Васьяковский, ссылаясь на немецкого ученого-юриста Д. Колера, утверждал: «Не имея формального права отменять и изменять закон, суд старается сделать это под видом толкования закона: перетолковывая его вквивь и вкось, он “хватается за каждую соломинку, за каждый кажущийся довод, лишь бы как-нибудь мотивировать свое решение”. История права любого народа представляет массу примеров подобного приспособления закона к жизни. Индийские юристы проделывали его

над законами Ману, китайские — над законами Конфуция, римские — над Двенадцатью таблицами, глоссаторы — над Юстиниановыми сводами, французские суды — над Наполеоновым кодексом»⁵.

Нельзя сомневаться, что аналогичная практика сокрытия судами их созидательной функции продолжится и в будущем. Вот почему исследование приемов, направленных на такое утаивание, представляет большой интерес для юридической науки.

Все упомянутые способы целесообразно именовать созидательными фикциями. Причем подобного рода решение не является для юриспруденции новым. Так, еще английский ученый-юрист XIX века Г.С. Мэн называл фикцией «любое предположение, которое скрывает или стремится скрыть факт того, что норма права изменилась, ее словесная форма осталась прежней, ее действие было модифицировано»⁶.

Разумеется, к созидательным фикциям относится не только мнимое толкование, о котором писал Е.В. Васьяковский. К данным приемам нередко обращается суверенная власть при законодательном санкционировании, а трибуналы — при применении так называемой юридической аналогии. Другое дело, что ученые-юристы два последних факта, как правило, не осознают.

С помощью юридической аналогии конструируется новое предписание, которое призвано преодолеть пробел в праве. Это оригинальное установление возможно назвать незаконным. По крайней мере, именно для таких ситуаций чешский правовед Л. Шпигель предложил именовать право указанным образом⁷.

Внезаконное предписание может быть создано по образцу имеющейся правовой нормы, когда она регулирует вопрос, сходный с рассматриваемым судом. В этой ситуации речь идет об использовании аналогии закона.

Также суд способен обратиться к аналогии права. Она предполагает конструирование незаконного предписания с помощью воплощения здесь черт правовых положений, обобщенных в одном или нескольких юридических принципах.

Правда, выработанные в результате отмеченной деятельности установления никогда не

¹ Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов права // Советское государство и право. 1970. № 3. С. 54.

² См.: Градовский А.Д. О судебном толковании законов по русскому праву // Журнал гражданского и уголовного права. 1874. № 1. С. 19, 20; Петражицкий Л.И. Модные лозунги юриспруденции // Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права. — СПб., 1897. С. 374, 375; Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности // Ученые записки Императорского Казанского ун-та. — Казань, 1898. Кн. 2. С. 63; Еллинек Г. Общее учение о государственном праве. — СПб., 2004. С. 360.

³ Цит. по: Дробышевский С.А. История политических и правовых учений: основные классические идеи. — М., 2007. С. 118.

⁴ Там же.

⁵ Васьяковский Е.В. Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Т. 2. — Пг., 1914. С. 412.

⁶ Maine H.S. Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas. 1864. P. 25.

⁷ См.: Гошбарг А.Г. Что такое «пробелы в праве» // Вестн. гражданского права. 1916. № 3. С. 115.

являются тождественными по сфере их действия нормам права, сформулированным законодателем. Если законодательное правило обязательно для всех ситуаций в государстве, подпадающих под него, то предписание, выработанное судом, должно быть проведено в жизнь только в деле, по которому трибуналом вынесено решение¹.

Использование обсуждаемых приемов представляет собой созидательную деятельность судебных органов. В самом деле, как утверждал Ю.С. Гамбаров, аналогия есть «не применение закона и не интерпретация в настоящем смысле этого слова, а новообразование юриспруденции»².

Вот почему заслуживают упрека исследователи, которые относят аналогию права и закона к правоприменительной практике. Например, В.И. Акимов считал, что «восполнение пробелов осуществляет суд методом аналогии, причем и в этих условиях деятельность... суда... остается деятельностью по применению права»³. К.И. Комиссаров также отмечал: «Аналогия есть правоприменительный и ни в коем случае не правотворческий процесс»⁴.

Противоречие правовосполнительной деятельности судебных органов идеям законности и разделения властей ставит суверена перед решением трудной задачи. С одной стороны, он не может официально признать осуществляемую трибуналами роль в формировании права без создания угрозы дезорганизации государства. С другой — суверен вынужден предписывать шаги судов по выработке ранее отсутствовавших правовых норм, порождая такую опасность, чтобы избежать еще большей. Здесь имеется в виду отрыв изменившейся жизни от юридических правил, созданных без учета возможности данной модификации.

Именно в этих условиях суверенная власть при законодательном санкционировании аналогии закона и аналогии права зачастую обращается к вполне определенным созидательным фикциям. Последние скрывают формулирование восполняющего пробел положения под видом применения действующих правовых установлений. Иными словами, при отсутствии необходимой юридической регламентации известной области социальной жизни суду предписывается применить здесь либо принцип

права, либо более конкретную норму последнего, которая регулирует вопрос, сходный с рассматриваемым трибуналом.

Например, § 49 Прусского земского уложения 1794 года гласит: «Если судья не находит закон, который может быть применен для разрешения спорного отношения, то он должен найти и применить по своему усмотрению общие принципы законодательства»⁵. Сходные правила закреплены в ст. 6 ГК РФ. Так, согласно пунктам 1 и 2 этой статьи «в случаях, когда... отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствуют применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям... применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона)». При невозможности же «использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости».

Реализуя подобного рода законодательные предписания, суд в процессе преодоления пробела использует отмеченные созидательные фикции. Скажем, действующее гражданское право России не определяет последствия издания органом местного самоуправления акта, сделавшего исполнение обязательства невозможным. Вместе с тем ВАС РФ указал: «Сходные отношения регулирует статья 417 Кодекса (ГК РФ. — *Е.Т.*), которая должна применяться к рассматриваемым отношениям»⁶.

Однако трибунал может обратиться к характерным созидательным фикциям и в иной ситуации, когда законодатель вообще не упоминает о юридической лакуне⁷ и, естественно, не устанавливает порядок ее восполнения, игнорируя упомянутую опасность отставания права от жизни. Так, в НК РФ применение юридической аналогии не санкционируется. Тем не менее ВС РФ занял следующую позицию: «В Налоговом кодексе... нет норм, которые бы допускали или запрещали возможность уменьшения суммы начисленных пеней ввиду явно несоразмерной величины этой суммы размеру недоимки самого налога... Следовательно, можно считать, что в этом вопросе имеется пробел в налоговом... законодательстве.

¹ См.: *Завадский А.В.* К учению о толковании и применении гражданских законов. — М., 2008. С. 162—163, 237.

² *Гамбаров Ю.С.* Указ. соч. С. 362.

³ *Акимов В.И.* Указ. раб. С. 12.

⁴ *Комиссаров К.И.* Указ. раб. С. 55.

⁵ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten.* — Berlin, 1835. S. 7.

⁶ См. п. 4 информационного письма Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 104 «Обзор практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса РФ о некоторых основаниях прекращения обязательств» // КонсультантПлюс (Судебная практика).

⁷ Этот термин нередко употребляется в качестве синонима пробела в праве (см.: *Langenbacher K.* Argument by Analogy in European Law. 57 Cambridge Law Journal 481, 483 (1998); *Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. — М., 2004. С. 96).

«...» Поэтому к отношениям по уплате пеней за несвоевременное внесение налогов... может применяться по аналогии закона ст. 333 ГК РФ»¹.

Иногда судебные органы вырабатывают оригинальные незаконные предписания открыто и прямо, не прибегая к созидательным фикциям. Скажем, УК РСФСР 1926 года не содержал правовых норм об организаторе как одном из соучастников преступления. Данный пробел был восполнен Пленумом ВС СССР при рассмотрении уголовного дела по обвинению Сырцова и др. В постановлении от 8 января 1942 г. указанный трибунал дал детальное описание роли организатора преступления, а также регламентировал аспекты ответственности этого соучастника преступления, не ссылаясь на применение каких-либо норм права².

В некоторых государствах подобного рода практика законодательно санкционируется самим сувереном. Здесь имеются в виду случаи, когда суверенная власть приказывает суду при отсутствии необходимого правового регулирования вынести решение согласно правилам, которые он установил бы, будучи законодателем.

Так, статья 1 Швейцарского гражданского уложения 1907 года гласит: «Закон имеет применение ко всем правовым вопросам, к которым он относится по букве или по смыслу какого-либо своего предписания. При отсутствии в законе соответствующего предписания суд должен вынести решение согласно обычному праву, а при отсутствии обычая — согласно правилам, которые он установил бы, будучи законодателем. Он следует при этом взглядам, принятым в доктрине и в судебной практике»³. Идентичная норма содержится и в Гражданском кодексе Турции 1926 года⁴.

Рассматриваемое законодательное предписание суду действовать в роли законодателя не подразумевает официального установления для трибунала возможности формулировать восполняющие пробел положения, которые противоречат существующему праву. В частности, это ясно из рассуждений Е. Губера, ведущего разработчика Швейцарского граждан-

ского уложения 1907 года, высказанных по поводу данного кодекса.

Так, анализируя последний в связи с немецкоязычной юридической литературой конца XIX — начала XX века, упомянутый правовед отмечал прискорбный, по его мнению, факт. В некоторых из соответствующих сочинений принцип подчинения закону «потрясается учеными юристами», ибо «делается попытка обосновать положение, что судья может встать выше закона, раз он находит, что в законе сказано то, что теперь уже несправедливо». «Мы, — заявлял Е. Губер, — хотим это предостеречь и сказать: у вас есть закон, который бдит, и этот бдительный закон содержит те положения, которых вы должны держаться, и высшим принципом должно быть: раз из закона можно найти правовую норму, ее должен судья применить»⁵.

По-видимому, полномочия суда для преодоления юридической лакуны при открытом приказе ему действовать в качестве законодателя тождественны тем, которые подразумеваются законодательной санкцией обращения судебных учреждений к аналогии права. Вот почему оценивать решения суверена об использовании того или другого из этих способов побуждения трибуналов к восполнению пробела следует, руководствуясь не возможностью предоставления судебному органу большей или меньшей власти, а иными соображениями⁶.

Таковы основные выводы рассмотрения необходимых, существенных и постоянно повторяющихся взаимосвязей в деятельности суда при пробеле в праве, до сих пор слабо исследованных в научной юридической литературе. Не исключено, что эти заключения заслуживают критики по причине неточного отражения ими закономерностей соответствующих сфер государственной жизни. Однако возможная дискуссия относительно указанных выводов, скажем, по поводу присутствия созидательных фикций в практике законодательного санкционирования и судебного применения аналогии права и закона способна принести пользу для совершенствования правового регулирования в России и за рубежом.

¹ Обзор судебной практики ВС РФ за четвертый квартал 1999 года // КонсультантПлюс (Судебная практика).

² См.: *Болдырев Е.В., Иванов В.Н.* Судебная практика и уголовное право // Судебная практика в советской правовой системе. — М., 1975. С. 261—262.

³ Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. 1. — М., 1983. С. 64. В.К. Забигаило, ссылаясь на зарубежного юриста Е. Вольфа, утверждал, что процитированная статья была воспроизведена в процессуальном и административном праве Швейцарии (см.: *Забигаило В.К.* Проблема «пробелов в праве» (К критике буржуазной теории). — Киев, 1974. С. 85).

⁴ См.: *Cheng B.* Op. cit. P. 406.

⁵ Цит. по: *Завадский А.В.* Указ. соч. С. 358.

⁶ См., например: *Тарановский Ф.В.* Указ. соч. С. 478.