

УДК 340.1

В статье рассматриваются актуальные аспекты деятельности судов высшей инстанции по толкованию правовых норм (на примере новейших постановлений по семейным делам), которая по своей сущности квалифицируется как правотворчество, выявляются предпосылки данной формы судебного активизма, констатируются ее новейшие тенденции.

Ключевые слова: высшие судебные инстанции; судебный активизм; предпосылки; толкование; судебное нормотворчество.

The article examines the topical aspects of the activity of higher courts in interpreting legal norms (by the example of the latest decisions on family matters), which in its essence is qualified as lawmaking, the prerequisites of this form of judicial activism are revealed, and its latest trends are noted.

Key words: higher judicial instances; judicial activism; prerequisites; interpretation; judicial rule-making.

Н. Н. Тарусина

Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова

E-mail: nant@univ.uniyar.ac.ru

Судебное толкование как вид «чрезвычайного» нормотворчества

Научная статья

N. N. Tarusina

P. G. Demidov Yaroslavl State University

Judicial interpretation as a kind of “extraordinary” rulemaking

Scientific article

Судебный активизм, как известно, присущ как англосаксонской, так и континентальной правовым системам. Однако его характер, набор элементов и конкретные формы проявления, несмотря на сближение указанных систем, имеют различия – от несущественных до принципиальных [1, с.119–128]. Но и внутри каждой из них наличествуют весьма яркие особенности и тенденции развития инициативных компонентов судебного правоприменения. В полной мере это относится и к деятельности российских судов – прежде всего высшего звена. Классику содержания судебного активизма составляют: толкование и конкретизация нормативно-правовых предписаний, применение аналогии права и закона, субсидиарные технологии, разрешение коллизий законодательства, вынесение решений за пределами заявленных сторонами процесса требований, институт особого мнения судьи [2]. В «полузапретной» зоне правоприменения находится нормотворческая деятельность высших судебных инстанций, которая, рождаясь в рамках указанных классических компонентов судебного активизма (усмотрения), и прежде всего деятельности по расширительному толкованию правовых норм и применению аналогии, периодически выходит в

«открытое море» юридических практик, не вполне предназначенных для «судов» данного типа.

Важнейшими предпосылками той или иной формы активной части правоприменительной деятельности являются: характер предмета правового регулирования (ключевые особенности тех или иных групп общественных отношений), соответственно – характер (особенности) гражданского дела как предмета судебного разбирательства, изменчивость социальных практик, постоянно воспроизводящих обновление указанных предметов, объективно неизбежное и массовое присутствие в законодательстве правовых норм с относительно определенным содержанием (альтернативных, факультативных, ситуационных), ошибки законодателя (либо намеренное принятие им решений, заведомо не отражающих существа регулируемых ими отношений), опережающие наработки судебной практики по разрешению различных категорий дел [3, с.72–73]. Нельзя «сбрасывать со счетов» и факты осознания судами особой общественной значимости защищаемых в процессе по той или иной категории гражданских дел интересов – ребенка, другой социально слабой стороны – женщины в состоянии беременности, супруги, занятой

домашним хозяйством, уходом за детьми и другими членами семьи, иными лицами с семейными обязанностями, граждан с ограничениями по здоровью и др.), а также интересов семьи, общества, национальной безопасности и т.п. Это также нередко подвигает суд, в целях достижения справедливого и/или политически целесообразного результата разрешения гражданской тяжбы, к применению технологий толкования, аналогии закона с выходом далеко за пределы правил такового применения. Небезосновательными остаются факторы, характеризующие личность судьи (гендерные, религиозные, национальные, культурологические, психологические, образовательные, жизненный опыт и т. п.) [4, с.228–235].

Эти ключевые и факультативные предпосылки формируют оригинальное лицо российской судебной практики, особенно в наиболее активной, усмотренческой, ее части. Наиболее полно, ярко и с точки зрения правовых последствий значимо все указанные композиции проявляются в деятельности высших судебных инстанций (Конституционного Суда РФ, Верховного суда РФ).

Их решения содержат, как правило, весь спектр судебного усмотрения, вплоть до чрезвычайного по своей природе варианта его проявления – формирования правовой позиции на грани нормотворчества или уже в рамках такового. Подобные чрезвычайные практики наблюдаются в течение десятилетий и по всему пространству российского (советского) права. Они не соответствуют букве закона, однако продиктованы, как правило, соображениями о необходимости увеличения меры актуальности, разумности, справедливости судебных решений. При этом следует заметить, что история развития законодательства по большей части это подтверждает тем, что по истечении времени, иногда весьма долгого, судебные правовые позиции с элементами изобретенных судами правовых норм уже волею законодателя приобретают статус классического (а не «прецедентного») нормативно-правового предписания.

В качестве образца подобных многочисленных историй рассмотрим несколько судебных актов, предметом реагирования которых явились семейные правоотношения. В качестве отдаленной во времени иллюстрации, демонстрирующей воздействие на данный тип отношений судебной правотворческой энергетики, можно «прооперировать» правовую позицию ч. 3 п. 15 постановления Пленума Верховного Суда СССР № 9

от 28.11.1980 г. «О практике применения судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»: судам предлагалось признавать имущество, нажитое супругами в период фактического прекращения семейных отношений и ведения общего хозяйства, их раздельной собственностью. Между тем нормы КоБС РСФСР 1969 г., регулировавшие имущественные отношения между супругами, устанавливали «категорический императив» общности имущества, нажитого в браке (ст.20), – без каких бы то ни было исключений (кроме классических оснований для режима личной собственности). Причем совершенно очевидно, что вектор законодательства того времени о расторжении брака был ориентирован исключительно на сохранение семьи, что неоднократно подчеркивалось и самим Верховным судом, поэтому придание юридического значения так называемому фактическому разводу на этом фоне выглядело непоследовательно. В целом правовая позиция ч. 3 п. 15 отвечала соображениям справедливости и разумности, что и было подтверждено новеллой п. 4 ст. 38 СК РФ. Однако справедливости «с перчинкой»: в случаях, когда речь шла о сходном фактическом состоянии (фактическом браке), и законодатель, и суд оставались и остаются неумолимыми: даже устойчивый, длительный фактический союз с общими детьми не вызывает сочувствия ни у правоприменителя, ни у законодателя, что в очередной раз подтверждено в текущем году [5, с.57–61].

Обратимся, однако, к анализу новейших правовых позиций Верховного суда РФ, которые могут быть квалифицированы как нормотворческие – с той или иной степенью бесспорности. Так, в ч. 3 п. 29 постановления Верховного Суда РФ № 16 от 16.05.2017 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей» Суд вводит вариант социального отцовства, не предусмотренный СК РФ, – ни буквой его, ни духом: суд вправе отказать в удовлетворении иска об оспаривании отцовства при совокупности ряда условий (не заявлено требование относительно биологического отца; лицо, записанное отцом ребенка, возражает против удовлетворения иска; отказ соответствует интересам ребенка ввиду длительности семейных отношений, устойчивой эмоциональной привязанности между ребенком и данным мужчиной – социальным отцом, намерением последнего продолжать воспитывать ребенка и заботиться о нем). Вполне

справедливое и разумное соображение. Однако оно противоречит норме ст. 47 СК РФ: «Права и обязанности родителей и детей основываются на происхождении детей, удостоверенном в установленном законом порядке». Исключение делается законодателем только для ситуации отцовства при применении ВРТ (п. 3 ст. 52 СК РФ). Закономерен вопрос: почему же Верховный суд РФ своевременно не обратился с соответствующей законодательной инициативой? Как известно, в доктрине в течение более двадцати лет высказываются соображения о целесообразности расширения действия конструкции социального отцовства – за счет предоставления суду возможности отказывать в иске об установлении или оспаривании отцовства, если это очевидным образом обеспечивает интересы ребенка и семьи, в которой он благополучно воспитывается и «окормляется» [6, с. 60–61]. В доктрине, впрочем, предлагается также обязать суд испрашивать согласие ребенка по рассматриваемому вопросу, расширив соответствующий перечень нормы ст. 57 СК РФ [7, с. 11–15]. Системно сформулированная законодательная инициатива высшей судебной инстанции явно ускорила бы принятие к рассмотрению и продвижение законопроекта по указанной актуальной проблематике. «Чрезвычайность» ее позиции преобразовалась бы в законные действия по упорядочению актуальных и общественно значимых отношений.

На грани нормотворчества находится правовая позиция Верховного суда РФ о возможности удовлетворения иска о признании генетических родителей-заказчиков юридическими родителями ребенка, рожденного в рамках программы суррогатного материнства, даже в случае отказа суррогатной матери дать согласие на соответствующую запись, а также смежного с данным иском требования о передаче им ребенка (ч. 4 и 5 п. 31). Следует заметить, что российский законодатель между двумя формами биологического родительства закрепляет безусловный приоритет суррогатной матери (п.4 ст.51 СК РФ). Это решение критикуется рядом семейноведов и не является универсальным – зарубежное законодательство по данному вопросу разнообразно, практика его применения далеко не однозначна. В частности, имеются судебные прецеденты (в рамках действия нормы о приоритете прав на ребенка генетических родителей-заказчиков) о предоставлении суррогатной матери права общения с ребенком; в немалом числе стран суррогатное материнство либо запре-

щено, либо возможности данной программы существенно ограничены [8].

При этом правовая позиция Верховного суда РФ выглядит избыточно экстремальной не только потому, что, по сути, противостоит императивной норме СК РФ (это, как мы уже отмечали, встречалось в судебной практике и ранее), но и в связи с тем, что по данному вопросу высказался Конституционный Суд РФ. В определении № 880-О от 15.05.2012 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 федерального закона “Об актах гражданского состояния”» Суд констатировал конституционность оспариваемых заявителями норм, так как в них избран один из возможных вариантов правового развертывания событий. Следует заметить, что в рамках данного судопроизводства были высказаны два особых мнения. Так, судья С. Д. Князев подчеркнул, что законодатель, закрепляя прерогативу суррогатной матери в решении вопроса о наделении генетических родителей соответствующими правами и обязанностями, не учитывает их права и интересы (именно их половые клетки используются для оплодотворения); тем самым не учитываются и интересы ребенка (в том числе его право воспитываться в полной семье, что далеко не всегда способна обеспечить суррогатная мать); само по себе вынашивание и рождение суррогатной матерью ребенка не может давать ей неограниченную свободу в определении субъекта родительских прав; спорное право суррогатной матери не соответствует целям института суррогатного материнства – позволить людям, страдающим бесплодием, стать родителями своего генетического ребенка. Судья Г. А. Гаджиев отметил значительную сложность решения обсуждаемого вопроса, среди прочего подчеркнув следующее: исключительное право суррогатной матери заведомо не может не приводить к спорам о судьбе ребенка; законодательство не содержит определения понятия «мать ребенка», в связи с чем возникает неопределенность относительно того, является ли суррогатная мать матерью в том смысле, в каком Конституция РФ предоставляет защиту материнству; с медицинской точки зрения происхождение человека устанавливается тождеством генов, законодатель же исходит из более значимого факта вынашивания и рождения ребенка, что не бесспорно.

Тем не менее данные весьма основательные сомнения не позволили Конституционному Суду реализовать свои полномочия «негативного правотворчества». Верховный же суд, традиционно позволив себе выйти за пределы своих полномочий, в определенном смысле противопоставил свою правовую позицию позиции Конституционного Суда, что, на наш взгляд, является недопустимым прецедентом. Можно, конечно, предположить, что речь идет о ситуациях с пороком воли суррогатной матери или же экономическом шантаже с ее стороны заказчиков, однако, во-первых, Суд этого не фиксирует, а, во-вторых, предписывает судьям выяснять, был ли договор, каковы его условия, причины отказа суррогатной матери дать соответствующее согласие, а также, что еще более примечательно, существо интересов ребенка. Это явно расширяет предмет исследования – в противоречие норме СК РФ и ее толкованию Конституционным Судом РФ.

Обсуждаемые аргументы обоих судов (и судей) свидетельствуют о том, что потребность в корректировке нормы п. 4 ст. 51 СК РФ достаточно очевидна. Наиболее приемлемым ее вариантом является, на наш взгляд, перевод предписания из императивного состояния в диспозитивное, то есть предоставление суду права на усмотрение с учетом всех обстоятельств дела и интересов всех участников спора. Исходным пунктом при этом может остаться и приоритет суррогатного материнства – лишь бы не исключались иные решения. Дело – за законодательной инициативой, той самой, которую Верховный суд РФ столь экономно использует в своей деятельности.

На подобной же нормотворческой грани находится и правовая позиция Пленума Верховного суда РФ, изложенная в ч. 2 п. 10 постановления № 44 от 14.11.2017 г. «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни и здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав». Суд, ввиду юридического тождества правоотношений родительства и усыновления/удочерения, предлагает применять к последним по аналогии нормы ст. 73 СК РФ об ограничении родительских прав – в случаях, когда достаточных оснований для отмены усыновления/удочерения нет, но оставление ребенка с усыновителями/удочерителями (или одним из них) для ребенка опасно по причинам, не зависящим от

последних (болезнь, стечение тяжелых жизненных обстоятельств и др.). Вполне резонное рассуждение. Однако рассматриваемая правовая позиция заявлялась Судом еще 19 лет назад (в постановлении № 10 от 27.05.1998 г.)... Что же мешало ему и в этом случае проявить настойчивую законодательную инициативу – вместо повторения рекомендации, находящейся на грани нормотворчества? Тем более когда речь идет о правовом регулировании приоритетной формы отношений и охране жизненно важных интересов детей. Причем, к слову сказать, тождество правоотношений родительства и усыновления/удочерения, если уж решать проблему в полном объеме, системно, вполне может предполагать распространение ограничения усыновления/удочерения (вместо отмены) и на ситуации виновного поведения усыновителей/удочерителей как превентивной, предупредительной меры, если обстоятельства дела свидетельствуют о возможном благоприятном изменении взаимоотношений в семье.

В ч. 2 п. 45 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 56 от 26.12.2017 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов» Суд, реализуя идею гендерного равенства и руководствуясь наилучшими интересами ребенка, предлагает применять по аналогии правило п. 1 ст. 90 СК РФ о праве жены/бывшей жены на алименты в течение беременности и трех лет со дня рождения ребенка от мужа/бывшего мужа к ситуации, когда ребенок остается с отцом. Вполне резонно. Но норма СК РФ этого не предполагает. Ссылка же на конституционный принцип равенства граждан независимо от половой принадлежности – отнюдь не универсальна, ибо гендерная дифференциация весьма распространена в российском законодательстве. Впрочем, в последнем наблюдается и очевидная тенденция гендерной нейтрализации правовых норм – там, где это возможно по объективным характеристикам (прежде всего в рамках реализации статуса лиц с семейными обязанностями) [9]. Однако указанная нейтрализация осуществляется классическим способом – посредством внесения изменений в закон, а не предельно широкого прочтения возможностей применения его по аналогии или чрезмерно широкому толкованию смыслов. И будем последовательны: имеется ли обращение Суда к законодателям с соответствующей инициативой?... Если нет, планируется ли она? (Следует заметить, что в доктрине и экспертами, в рамках

концепции совершенствования семейного законодательства, предложение о гендерной нейтрализации нормы ст. 90 СК РФ уже высказано. Надеемся, что Верховный суд, опираясь на собственную же позицию, его хотя бы поддержит в своем заключении о грядущем законопроекте.)

Таким образом, очевидно, что предложенная к размышлению информация свидетельствует о различной степени проявления судебного активизма в его чрезвычайной форме – либо на грани нормотворчества, либо уже в рамках последнего, вплоть до правовых позиций, противоречащих императивным нормативно-правовым предписаниям, а также актам конституционного контроля. Не будучи догматами, мы понимаем, что богатство жизненных ситуаций не может укладываться в жестко очерченное лоно норм абсолютно определенного типа. Собственно, по этой же причине догматиком не является и законодатель, в изобилии творящий правовые нормы ситуационного содержания. Это же должно быть свойственно (и, полагаем, свойственно) и правоприменителю, в том числе носителю судебной власти. Однако пределы выхода в «открытое море» толкования и усмотрения и правила поведения на «открытой воде», как мы уже констатировали, также существуют. Как существует, к общему удовлетворению, и право законодательной инициативы для избранных субъектов российской правовой системы, которое должно реализовываться по убеждению и в разумные сроки.

Ссылки

1. Малешин Д. Я. Судебный прецедент в России: социокультурные особенности // Закон. 2010. № 11. С. 119–128.
2. Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014. 288 с.
3. Тарусина Н. Н. О судебном правотворчестве по семейным делам как проблемной форме судебного усмотрения // Вестник Тверского государственного университета. Серия: Право. 2018. №1. С. 72–82.
4. Клеандров М. И. Статус судьи. Правовые и смежные компоненты. М.: Норма, 2008. 448 с.
5. Тарусина Н. Н. Институт супружества: брачные «игры на гендерном поле» // Вестник Ярославского государственного университета. Серия Гуманитарные науки. 2018. № 1. С. 57–61.
6. Тарусина Н. Н., Сочнева О. И. Права детей. М.: Проспект, 2018. 176 с.
7. Беспалов Ю. Ф. Семейно-правовой статус ребенка: проблемы семейного законодательства // Семейное и жилищное право. 2016. № 5. С.11–15.
8. Биомедицинское право в России и за рубежом / Г. Б. Романовский, Н. Н.Тарусина, А. А.Мохов [и др.]. М.: Проспект, 2015. 368 с.
9. Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендер в законе. М.: Проспект, 2015. 480 с.