

Тихонравов, Е. Ю. Понятие фикций и необходимость их использования при вынесении судебных постановлений [Текст] / Е. Ю. Тихонравов // Проблемы наук теории и истории государства и права: сб. науч. ст. / отв. ред. С. А. Дробышевский; Сиб. федер. ун-т, Юрид. ин-т. — Красноярск : ИПЦ СФУ, 2008. — Вып. 2. — С. 172–186.

Толковые словари русского языка определяют термин «фикция» как нечто несуществующее, вымышленное, выдаваемое с определенной целью за действительное¹. Данное понятие находит свое применение и в юридической науке, правда, с некоторыми дополнениями и уточнениями. Так, например, В. В. Лазарев и С. В. Липень, понимая под фикцией разновидность юридических фактов, определяют её как «несуществующее явление или событие, признанное в установленных юридических процедурах существующим»². При этом они указывают, что «юридические фикции вносят четкость в правовое регулирование общественных отношений, именно поэтому они необходимы»³.

Н. И. Матузов рассматривает фикции как «особый прием, который заключается в том, что действительность подводится под некую формулу, ей не соответствующую, или даже вообще ничего общего с ней не имеющую, чтобы затем из этой формулы сделать определенные выводы»⁴. Юридические фикции «дополняют собой классические правовые нормы и служат важным подспорьем в регулировании сложных взаимоотношений между людьми... помогают выходить из наиболее затруднительных ситуаций и коллизий»⁵.

По мнению С. С. Алексеева, «к своего рода связкам в нормативном материале, обеспечивающим оптимальное функционирование правовой системы, могут быть отнесены презумпции, юридические фикции»⁶. Последние используются «в некоторых областях права главным образом для обеспечения формальной определенности права»⁷.

А. В. Мелехин рассуждает о юридической фикции как о «заведомо ложном, неистинном утверждении, которому законодатель придает значимость юридического факта»⁸. Фикция есть «несуществующее положение, признанное законодательством существующим, а значит, и общеобязательным»⁹. Она позволяет «внести в регулирование общественных отношений необходимую четкость, конкретность и определенность»¹⁰.

¹ См.: Социологический энциклопедический словарь на русском, английском, немецком, французском и чешском языках / Редактор-координатор Г. В. Осипов. М., 1998. С. 391; Словарь русского языка. Составил С. И. Ожегов / Под общей ред. С. П. Обнорского. М., 1953. С. 778.

² Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права: учеб. М., 2004. С. 355.

³ Там же.

⁴ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учеб. М., 2004. С. 265.

⁵ Там же.

⁶ Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 52.

⁷ Там же. С. 277.

⁸ Мелехин А. В. Теория государства и права: учеб. М., 2007. С. 296.

⁹ Там же.

¹⁰ Там же.

Л. А. Морозова видит в фикции одну из технико-правовых категорий. «Юридические фикции — это несуществующее положение, однако признаваемое законодательством в качестве существующего и ставшее в силу этого признания общеобязательным»¹¹. В качестве приема юридической техники фикции в праве «представляют собой конструирование условной реальности, которая охраняется законом, закреплена в нормативном правовом акте и является обязательным предписанием. Юридические фикции позволяют установить определенность в правовых отношениях, так как с этими фактами связываются возникновение и прекращение правоотношений»¹².

В. М. Шафиров относит правовую фикцию к нормативно-регулятивным средствам. Причем, чтобы стать юридической, фикция должна быть закреплена в официальных источниках права¹³. По его мнению, «правовые фикции, оказывая управомочивающее регулятивное воздействие на субъектов, вносят в правовое регулирование общественных отношений необходимый динамизм и определенность; ограничивают возможность произвольных, необоснованных решений; способствуют реализации и охране прав граждан, обеспечивают простоту и экономию в правовом регулировании»¹⁴.

Таким образом, российские ученые придерживаются различных подходов к определению юридических фикций. Однако они, как правило, сходятся в понимании её цели: придать правовому регулированию четкость и определенность.

Также отечественные исследователи используют близкие подходы при классификации юридических фикций. Они делят их по определенным основаниям. В зависимости от отраслевой принадлежности различаются фикции, применяемые в рамках конституционного, гражданского, уголовного права, гражданского процесса и т. д.¹⁵. По так называемому «характеру» выделяются фикции в сфере материального и процессуального права¹⁶. В соответствии с источником закрепления распознаются фикции, содержащиеся в конституции, законах, подзаконных актах, международно-правовых актах¹⁷. В зависимости от способа выражения различаются фикции, которые

¹¹ Морозова Л. А. Теория государства и права: учеб. М., 2007. С. 343.

¹² Там же.

¹³ См.: Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 180.

¹⁴ Там же. С. 182.

¹⁵ См.: Душакова Л. А. Правовые фикции: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2005. С. 79; Никиташина Н. А. Юридические предположения в механизме правового регулирования: правовые презумпции и фикции: дис. ... канд. юрид. наук. Абакан, 2005. С. 169; Курсова О. А. Юридические фикции современного российского права: сущность, виды, проблемы действия // Проблемы юридической техники / Под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 458; Филимонова И. В. Фикции в досудебном производстве: уголовно-процессуальный и криминалистический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2007. С. 91.

¹⁶ См.: Душакова Л. А. Указ. соч. С. 84; Никиташина Н. А. Указ. соч. С. 169–170; Танимов О. В. Юридические фикции и проблемы их применения в информационном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Саранск, 2003. С. 75; Курсова О. А. Указ. соч. С. 458; Филимонова И. В. Указ. соч. С. 91.

¹⁷ См.: Никиташина Н. А. Указ. соч. С. 170; Танимов О. В. Указ. соч. С. 75–76; Душакова Л. А. Указ. соч. С. 81; Филимонова И. В. Указ. соч. С. 92; Курсова О. А. Указ. соч. С. 459.

сформулированы в виде суждений (отрицательных или утвердительных), а также в виде неопровержимых предположений¹⁸.

В зависимости от способа фингирования И. В. Филимонова выделяет приписывающие и отрицающие фикции. В первой разновидности «чему-либо приписывается несуществующая характеристика (например, свойства недвижимости — воздушному судну), а во второй предмет (явление, процесс) лишается характеристики, которой он на самом деле обладает (например, доказательство — своей юридической силы)»¹⁹. Кроме того, в соответствии с особенностью формулировки правовой фикции указанный правовед (вместе с Е. Ю. Марохиным²⁰) распознаёт открытые и латентные фикции. Первые из них видны «невооруженным глазом»²¹, тогда как последние «обнаруживаются путем анализа общих принципов отрасли и систематического толкования правовых норм»²².

Правовые фикции давно являются предметом рассмотрения юридической науки. В частности, они анализировались еще в древнеримской юриспруденции, ибо широко применялись римскими преторами²³.

Классической зарубежной работой XX в., посвященной исследованию фикций, является сочинение профессора Гарвардского университета Л. Фуллера «Юридические фикции»²⁴, где он детально изучил их место и роль в праве. По его словам, фикция есть утверждение, которое, во-первых, провозглашается с полным или частичным осознанием его ложности; и, во-вторых, несет в себе полезность²⁵. Если одна из двух частей указанного определения игнорируется, то соответствующее утверждение перестает быть фикцией²⁶.

Л. Фуллер проводил классификацию функций по нескольким критериям. Например, он выделял утвердительные и предположительные фикции²⁷. Последние были характерны для римского права и формулировались как связки предположения и следовавшего из него вывода («если бы... то»). Первые же, которые часто использовались в Англии, выражались в констатации несоответствующего действительности положения посредством его простого утверждения. Скажем, как отмечал Д. Грей, «в Риме фикция того, что иностранец должен рассматриваться в качестве гражданина, применялась так. Прямо не утверждалось, что он был гражданином, однако приказ претора судье выражался в следующей форме: “Следует принять то решение, которое должно быть вынесено при предположении, что Аулус —

¹⁸ См.: Никиташина Н. А. Указ. соч. С. 170; Танимов О. В. Указ. соч. С. 76; Филимонова И. В. Указ. соч. С. 92; Курсова О. А. Указ. соч. С. 459.

¹⁹ Филимонова И. В. Указ. соч. С. 92.

²⁰ См.: Марохин Е. Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2005. С. 6.

²¹ Филимонова И. В. Указ. соч. С. 92.

²² Там же.

²³ См.: Римское частное право: учеб. / Под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. М., 2006. С. 48, 79, 91, 132, 165, 249, 251.

²⁴ See: Fuller L. L. *Legal Fictions*. Stanford University Press. Stanford, California. 1967.

²⁵ See: *ibid.* P. 9.

²⁶ See: *ibid.* P. 10.

²⁷ See: *ibid.* P. 36.

римский гражданин”. В Англии же истец утверждал факт, которого не было, и суды не позволяли ответчику оспорить это суждение»²⁸.

Кроме того, Л. Фуллер различал «живые» и «мертвые» фикции²⁹. Живая фикция, то есть ложное утверждение, становится мертвой, когда «в смысле слов или фраз, ее выражающих, имеет место компенсаторное изменение, которое устраняет разрыв, ранее существовавший между фикцией и реальностью»³⁰.

Представляется, что приведенное разделение фикций на живые и мертвые противоречит следующему требованию, предъявляемому к любой научной классификации. В ней определенная часть содержания рода всегда должна присутствовать в каждой более мелкой классификационной единице, то есть виде. В упомянутой же классификации Л. Фуллера весь род охватывается ее первым видом. Следовательно, суждение этого правоведа о том, что «имеются живые и мертвые фикции»³¹, ошибочно. Существуют лишь живые фикции. Впрочем, его дальнейшие рассуждения подтверждают такое заключение³². Об этом свидетельствует приводимый Л. Фуллером пример развития живой фикции в мертвую. Он взят из древнеримского права. Как известно, здесь комиции первоначально имели полномочие только санкционировать изменения в законодательстве, предложенные царем. Иными словами, законодательная функция народного собрания сначала была лишь негативной и заключалась в праве вето. Однако постепенно комиции приобрели полномочия выступать с законодательной инициативой и приказывать произвести модификацию права.

После такой перемены со временем произошло изменение в юридическом языке. Эволюция, которая вела от права вето «в комициях к их праву приказывать, отражается в параллельном развитии смысла слова “*jubere*” (в формуле *velitis jubeatis quirites*), который равно претерпел трансформацию от “принятия” к “приказыванию”»³³.

Утверждение, что комиции просто санкционировали предлагаемые им изменения законодательства, первоначально было верным. Оно стало фикцией после приобретения народным собранием ранее отсутствовавших прав и было таковым до тех пор, пока смысл слова *jubere* оставался первоначальным. Когда же упомянутый термин стал обозначать и новые полномочия, фикция прекратила свое существование³⁴.

Л. Фуллер делил предмет своего рассмотрения на виды и еще по одному основанию. В зависимости от того, имеют ли фикции цель внести изменение в право или нет, этот мыслитель классифицировал их на исторические или

²⁸ Gray J. *Nature and Sources of the Law*. 1921. P. 31.

²⁹ See: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 14.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² See: *ibid.* P. 14–19.

³³ Girard P. F. *Manuel Elementaire de droit romain*. 1929. P. 17 (see in: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 14). На русский язык формула в приведенной цитате переводится следующим образом: «Постановите и одобрите, Квиристы».

³⁴ See: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 14–15.

созидательные, направленные на такую модификацию, и неисторические³⁵. Последние же он разделял на аббревиатурные, с одной стороны, и милосердные, или извинительные, — с другой³⁶.

Что касается первой упомянутой группы неисторических фикций, то их суть еще до Л. Фуллера прекрасно выразил судья О. Холмс в следующем изречении. «Корабль не является лицом. Он не может совершить правонарушение или заключить договор. Сказать, что корабль совершил деликт — это просто лаконичная форма утверждения, что вы решили рассматривать судно как будто бы оно совершило правонарушение по той причине, что некоторый человек совершил деликт в действительности... Противоположное понимание означало бы, что вы реально верите в фикцию, что корабль есть независимая личность как факт, выражаемый правом»³⁷.

В данном случае субъект правонарушения описывается посредством фикции «судно» в высшей степени коротко, в то время как его адекватное действительности описание потребовало бы многословия. В этом проявляется роль аббревиатурной фикции в правовом регулировании. Как писал Л. Фуллер, она полезна, когда способна дать краткое и яркое описание сложного предмета. И, разумеется, «такой фикции можно избежать, если имеется желание заплатить цену более длинного и неуклюжего описания»³⁸ того же предмета.

Использование в юриспруденции «милосердных» или «извинительных» фикций объясняется другой причиной. Как полагал Л. Фуллер, «применение права было бы более приятной задачей, если бы юридические последствия, приписываемые действиям сторон»³⁹, они всегда предвидели. Такое невозможное для людей предвосхищение реальности формулируется во всех фикциях рассматриваемой группы.

В частности, речь идет об утверждении, что каждый человек знает право. Здесь, с точки зрения Л. Фуллера, формулируется извинение «за присущую праву нужду приписывать действиям сторон правовые последствия, которые они не в состоянии предвидеть»⁴⁰. И само утверждение, выступающее в качестве фикции, для участников правового регулирования более приятно, чем прикрываемая им истина. Она заключается в следующем: незнание права не является оправданием.

К рассматриваемому виду фикций Л. Фуллер отнес утверждение, что «король не может нарушить право»⁴¹. Однако едва ли приведенное суждение не соответствует действительности при предположении, что король

³⁵ See: *ibid.* P. 56.

³⁶ See: *ibid.* P. 81–85.

³⁷ *Tyler v. Judges of the Court of Registration* (1900) 175 Mass. 71, 77 (see in: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 81).

³⁸ Fuller L. L. *Op. cit.* P. 83.

³⁹ *Ibid.* P. 84.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.* P. 85. Аналогичное суждение встречается в советской и современной юридической литературе. См.: Черниловский З. М. Презумпции и фикции в истории права // Совет. государство и право. 1984. № 1. С. 104; Джазоян Е. А. Категория фикции в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 84; Душакова Л. А. Указ соч. С. 13.

понимается в качестве суверена, из которого Л. Фуллер, бесспорно, исходил. Как известно, безответственность суверена есть обязательная предпосылка нормального функционирования любой правовой системы. Эту закономерность в свое время сформулировал еще И. Кант. Согласно его взглядам, «право наказания»⁴² есть «право повелителя причинить страдание подчиненному за совершенное им преступление. Глава государства, следовательно, не может быть наказан, можно лишь уйти из-под его власти»⁴³. Более того, по словам И. Канта, «сам суверен, рассматриваемый как источник законов, не может поступать не по праву»⁴⁴. Вот почему попытка Л. Фуллера отнести анализируемое положение к фикциям едва ли верна.

Однако таких сомнений не может быть относительно первого вида анализируемой классификации, имеющего цель породить изменения в праве. Речь идет об исторических или созидательных фикциях, классическое определение которых было дано еще Г. С. Мэном. По мнению последнего, они представляют собой «любое предположение, которое скрывает или стремится скрыть факт того, что норма изменилась, её словесная форма осталась прежней, её действие было модифицировано»⁴⁵.

После Г. С. Мэна исторические фикции как форма правообразования неоднократно подвергались анализу в юридической литературе. Например, в 1917 г. Д. Смит отмечал, что к фикциям этого вида «часто прибегают в судебной практике в попытке скрыть факт изменения права в руках судей»⁴⁶. При этом нередко утверждается, что такая техника применяется не только в англо-американской, но и в континентальной правовой семье⁴⁷. Не случайно поэтому и Л. Фуллер в упомянутой работе подверг тщательному анализу исторические или созидательные фикции в деятельности судов как форму создания новых юридических норм⁴⁸.

Тем не менее большинство российских правоведов выражают скептическое отношение к правообразовательной деятельности судов⁴⁹. Однако есть и те, которые положительно высказываются по поводу данного феномена⁵⁰. Понять их теоретические позиции возможно, если обратиться к

⁴² Дробышевский С. А. История политических и правовых учений: основные классические идеи: учеб. пособие. М., 2007. С. 148.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Maine H. S. Ancient law. Beacon Press ed., 1963. P. 25.

⁴⁶ Smith J. Surviving Fictions. 27 Yale Law Journal 147, 150 (1917).

⁴⁷ See: Ehrlich E. Die juristische Logik. 1925. S. 148–149; Ihering R. Geist des romtschen Rechts. 1923. В. III. S. 301–306.

⁴⁸ See: Fuller L. L. Op. cit. P. 56–72.

⁴⁹ См., напр., Нерсисянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судеб. практика как источник права. М., 1997. С. 38–39; Байтин М. И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ // Государство и право. 2006. № 1. С. 5–11; Парог А. И. Правовое значение разъяснений пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 2. С. 51–57; Тарасова В. В. Акты судебного толкования правовых норм: Юридическая природа и классификация. Саратов, 2002. С. 82.

⁵⁰ См., напр., Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судеб. практика как источник права. М.: ИГП РАН, 1997. С. 16; Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Там же. С. 48; Зорькин В. Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журн. Рос. права. 2004. № 12. С. 3–9; Гук П. А. Судебный прецедент в России: теория и практика // Правоведение. 2004. № 4. С. 50–60.

изложенным в юридической литературе концепциям так называемых идеалов правовой безопасности и гибкости⁵¹. Последние, согласно взглядам сформулировавших их теоретиков, должны реализовываться в праве отдельных государств.

Суть указанных идеалов в формулировке Г. Кельзена сводится к тому, что «применительно к отношению между законодательным органом и судами разграничиваются два технически различных типа правовой системы. В рамках первого, который является составной частью идеала правового государства, создание общих правовых норм полностью централизован, то есть осуществляется лишь законодательным органом, а суды ограничиваются только их применением в конкретных делах... Так как законодательный процесс, чтобы нормально функционировать, должен преодолеть много трудностей, особенно в парламентской демократии, чтобы приспособить право в системе такого типа к изменяющимся обстоятельствам. Эта система имеет недостаток — отсутствие гибкости. Однако она имеет достоинство: судебные решения являются предвидимыми...»⁵² и вычисляемыми их адресатами, то есть соблюдается принцип правовой безопасности.

«Прямо противоположен этому типу правовой системы другой тип — в его пределах никакого законодательного органа не существует вообще. Здесь судьи и административные органы решают индивидуальные дела в соответствии с их свободным усмотрением. Оправданием всякой правовой системы этого типа является предположение, что ни одно дело не бывает полностью подобным любому другому. Отсюда применение общих норм, предопределяющих судебное решение или административный декрет и таким образом не дающих соответствующим органам учитывать специфические особенности индивидуальных дел, может вести к нежелательным результатам»⁵³. Чтобы их исключить, в этом типе правовых систем как бы устраняется законодательный орган. Вот почему они носят название «свободной юрисдикции»⁵⁴. Из-за «предполагаемой радикальной децентрализации правотворчества она выделяется огромной гибкостью, но не имеет никакой правовой безопасности. Ибо при таком правовом порядке подчиненные ему индивиды не могут предвидеть решения конкретных судебных и административных дел, в которых они могут участвовать...»⁵⁵.

Между этими двумя крайними типами юрисдикции, являющимися идеалами, находятся все реально функционирующие системы правового

⁵¹ Указанные идеалы могут иметь и иные названия. Например, идеал правовой безопасности также называется «формализмом», «легализмом», «механической юриспруденцией», «формальным стилем» юридической деятельности, «конвенционализмом», а идеал правовой гибкости — «нормо-скептицизмом», «реалистической концепцией права» (see: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 127; Hart H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, 1994. P. 129, 136; Дробышевский С. А. *Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции*. Красноярск, 1995. С. 25, 206).

⁵² Kelsen H. *The Pure Theory of Law*. Berkeley, Los Angeles. 1970. P. 251.

⁵³ *Ibid.* P. 252.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

регулирувания. Они «представляют собой различные степени централизации или децентрализации правотворческой функции по созданию норм права и тем самым различные степени реализации принципа гибкости права, который связан обратно пропорциональной зависимостью с принципом правовой безопасности»⁵⁶.

«Теория, что только суды создают право, выросшая на почве англо-американского общего права»⁵⁷, хотя и имеет преимущество в том, что она «фокусирует внимание на значимом моменте сложного процесса законотворчества и правоприменения»⁵⁸, «является такой же односторонней, как и теория, выросшая на почве европейского континентального права, согласно которой суды не создают право вообще, а только применяют уже имеющееся право»⁵⁹. Как свидетельствует юридическая практика, истина, находящаяся в частичном противоречии с каждым из раскрытых идеалов, лежит посредине⁶⁰.

Убедительные доказательства этому были представлены английским правоведом XX в. Г. Хартом. По его представлениям, «не стоит придерживаться концепции, пусть даже как идеальной, о таком детальном праве, в котором все будущие вопросы о применимости нормы к возникшей ситуации решаются заранее... Если бы мы жили в мире, который мог бы быть описан только ограниченным числом признаков, сочетания которых были бы нам все известны, то мы могли бы предварительно урегулировать все возможные вопросы. Мы могли бы издавать законы, применение которых никогда бы не вызывало затруднений. Все было бы известно заранее, и каждая ситуация разрешалась бы уже сделанной для нее нормой. Этот мир подходил бы для “механической” юриспруденции. Но... у законодателей нет возможности предвидеть все вероятные комбинации обстоятельств, которые будущее нам готовит»⁶¹.

Отечественные мыслители также высказывали схожие идеи. Еще Н. Г. Чернышевский считал, что «... даже самый относительно совершенный юридический закон, регулирующий общественные отношения, изначально обречен на содержание пробелов и противоречий, поскольку не может и не должен в момент своего появления предвидеть тех жизненных отношений, которые только зарождаются и проявят себя в полной мере впоследствии»⁶².

Подобную аргументацию учитывали в своих работах и советские правоведы. Например, Л. С. Явич указывал на «неизбежность пробельности правовых систем по причине постоянного развития общественных отношений и невозможности заранее предвидеть все конкретные жизненные ситуации»⁶³.

⁵⁶ Ibid. P. 254.

⁵⁷ Ibid. P. 255.

⁵⁸ Fuller L. L. Op. cit. P. 127.

⁵⁹ Kelsen H. Op. cit. P. 255.

⁶⁰ See: *ibid.*

⁶¹ Hart H. L. A. Op. cit. P. 128.

⁶² Цит. по: Аверин А. В. Правоприменительная деятельность суда и формирование научно-правового сознания судей: Проблемы теории и практики. Саратов, 2003. С. 154.

⁶³ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 145.

Из указанных рассуждений Г. Харта, Н. Г. Чернышевского, Л. С. Явича очевиден логический вывод, который, в частности, был сделан Р. Паундом. Как писал последний, законодательный орган «неизбежно не может создавать нормы права столь полные и всеохватывающие, что осуществление правотворчества не потребует также и от судов. По крайней мере, данный вывод подразумевается безуспешными попытками исключить судебное правотворчество посредством подробного, детального законодательства»⁶⁴.

К сожалению, ряд авторитетных отечественных правоведов не рассматривает сделанное заключение в качестве верного. Например, это видно из следующего теоретического положения С. С. Алексеева: «... при длительном действии нормативного акта возникают новые факты и обстоятельства, которые хотя и охватываются предусмотренной нормой ситуацией и, следовательно, соотносятся с волей законодателя, но не подпадают под буквальную формулировку акта»⁶⁵.

В свете изложенных идей Г. Харта, Н. Г. Чернышевского, Р. Паунда и Л. С. Явича указанное теоретическое положение С. С. Алексеева, на которое он не раз опирался в своих работах⁶⁶, нельзя признать полностью верным, потому что перед правоприменителем могут вставать такие вопросы, которые вообще никогда не возникали перед законодательством. Именно эту ситуацию Д. Грей называл «трудными случаями толкования»⁶⁷. При таких обстоятельствах суды в любом государстве должны формулировать юридические нормы, необходимость которых не в состоянии предвидеть законодатель⁶⁸. В самом деле, судья не может сказать: «Так как для рассматриваемого мною дела не установлено правовых норм, я вынужден оставить дело нерешенным»⁶⁹. По словам Л. Фуллера, «если каждый раз при появлении сомнения о смысле юридического правила работающие... судьи заявляли бы о наличии правового вакуума, то эффективность всех подобных норм, функционирующих в стране, оказалась бы серьезно ослабленной. Ведь для уверенных действий по юридическим правилам людям следует не только знать право, регулирующее их поведение, но и обладать убеждением: при споре о содержании правовых норм есть метод преодоления разногласий»⁷⁰.

Схожую позицию занимал и Л. С. Явич. Как он отмечал, «с точки зрения законности, лучше предоставить определенному органу право восполнять пробелы, чем молчаливо соглашаться и допускать это вопреки законоположению»⁷¹. Деятельность по восполнению пробелов квалифи-

⁶⁴ Дробышевский С. А. История политических и правовых учений ... С. 445.

⁶⁵ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 292.

⁶⁶ См.: его же. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 330.

⁶⁷ Дробышевский С. А. История политических и правовых учений ... С. 538.

⁶⁸ См.: там же. С. 540–541.

⁶⁹ Fuller L. L. Op. cit. P. x.

⁷⁰ Дробышевский С. А. История политических и правовых учений ... С. 541.

⁷¹ Явич Л. С. Указ. соч. С. 144.

цированное всех может осуществлять «высший судебный орган государства»⁷². Ведь «в противном случае... будут возникать... нарушения, снижающие действенность юридической формы, и... усугубляющие дефекты законодательства»⁷³.

Приведенная аргументация неопровержимо доказывает следующий факт. Зачастую перед судьей возникают ситуации, в которых он вынужден создавать новые нормы права. Одним из способов решения такой задачи является использование описанных исторических фикций, которые, как ранее отмечалось, вуалируют действительные изменения юридических норм. Поэтому, по словам Г. С. Мэна, исторические фикции выполняют «две роли: преобразования системы права и маскировки этого преобразования»⁷⁴.

К сожалению, нынешняя российская юридическая наука уделяет мало внимания указанному виду фикций. Ученые упоминают о его существовании лишь в римском праве⁷⁵. Правда, они не дают детальной характеристики древнеримской исторической формы таких фикций. Изучение же последних как способа судебного правообразования в современном российском государстве ведется недостаточно. Более того, при изучении новейшей отечественной юридической литературы складывается впечатление, что большинство российских авторов не знают ранее охарактеризованной классификации правовых фикций Л. Фуллера на исторические и неисторические. Причем некоторые специалисты полагают, что в приведенном определении фикции Г. С. Мэна формулируется ее общее родовое понятие, а не один из видов⁷⁶. Может быть, поэтому названная дефиниция подчас воспринимается широкой⁷⁷, либо неудовлетворительной⁷⁸. В частности, по мнению Н. А. Никиташинной, «такие определения правовых фикций [как данное Г. С. Мэном] не могут не вызывать возражений, поскольку они не содержат характеристику содержания фиктивных положений (то есть больше внимания уделялось внешней форме, а не внутреннему содержанию)»⁷⁹.

В отличие от нынешнего российского правоведения исторические фикции обстоятельно анализировались в дореволюционной отечественной литературе-

⁷² Там же. С. 148.

⁷³ Там же. С. 144. Интересно отметить, что ст. 4 Гражданского кодекса Франции 1804 г. в целях предотвращения вредных последствий «правового вакуума», указанных Л. Фуллером и Л. С. Явичем, «обязывает судью вынести решение даже в случае молчания, неясности или недостаточности закона и тем самым наделяет его творческой ролью» (Фабр Р. Роль судебной практики в развитии права // СССР — Франция: Социологический и международно-правовой аспекты сравнительного правоведения. М., 1987. С. 49).

⁷⁴ Мэн Г. С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873. С. 25.

⁷⁵ См.: Марохин Е. Ю. Указ. соч. С. 17, 18, 29; Курсова О. А. Фикции в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2003. С. 39; Танимов О. В. Указ. соч. С. 46.

⁷⁶ См.: Марохин Е. Ю. Указ. соч. С. 34; Курсова О. А. Фикции в российском праве ... С. 17; Никиташина Н. А. Указ. соч. С. 41.

⁷⁷ См.: Марохин Е. Ю. Указ. соч. С. 34.

⁷⁸ См.: Курсова О. А. Фикции в российском праве ... С. 17.

⁷⁹ Никиташина Н. А. Указ. соч. С. 41.

туре⁸⁰. В советский период эта традиция была прервана. Вот почему для исследования современных теоретических представлений о причинах обращения судей к фикциям «для внесения изменений в право и создания новых законов под маской старых»⁸¹, нужно обратиться к работам западных юристов, и, в частности, к упоминавшейся книге Л. Фуллера «Юридические фикции». В ней мотивы использования созидательных фикций в процессе судебного правообразования были детально исследованы.

Этот американский правовед полагал, что «импульсом здесь служит консерватизм нескольких видов. Каждый из них выступает в качестве мотива, обуславливающего обращение судьи к фикции. Всего Л. Фуллером выделено четыре вида такого консерватизма: политический, эмоциональный, удобства и интеллектуальный»⁸².

Сначала Л. Фуллер охарактеризовал первый из них. Для этого он обратился к трудам классиков английской юриспруденции, которые дали вполне определенную оценку рассматриваемому мотиву. В частности, для И. Бентама политически мотивированные фикции были «злостной ложью, предназначенной для кражи законодательной власти людьми, которые не могли или не смели открыто требовать последней; причем помимо этого рода ухищрения такие лица оказывались не в состоянии осуществлять её»⁸³. Д. Остин же, рассуждая о том же предмете, признавал, что в качестве политического мотива использования фикций «может служить желание успокоить... почитателей закона, который на самом деле судьи аннулировали. Если бы претор или другой... судья сказал открыто и прямо: “Я отменяю данный закон”... то он нанес бы обиду упомянутым приверженцам действующей юридической нормы такой открытой претензией на законодательную власть. Посредством же прикрытия изменения пристойным введением в заблуждение судья обращался с лишенным юридической силы законом со всем подобающим уважением, хотя и уничтожал его»⁸⁴. Иными словами, констатировал Л. Фуллер, когда действует рассматриваемый мотив использования фикции, «судья, полностью осознавая, что он изменяет закон, выбирает, руководствуясь политическими причинами, путь введения других в заблуждение, будто он просто применяет действующую правовую норму»⁸⁵.

Это должностное лицо подчас прибегает к фикциям и еще по одному мотиву. «Судья может установить новый закон под внешним видом старого... поскольку такая форма... удовлетворяет его собственную потребность в

⁸⁰ См., напр.: Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях / Избранные произведения по гражданскому праву. М., 2003; Муромцев С. А. О консерватизме римской юриспруденции. М., 1875; Дормидонтов Г. Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895.

⁸¹ Fuller L. L. Op. cit. P. 56.

⁸² See: *ibid.* P. 57.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

консерватизме и уверенности»⁸⁶. Более того, при модификации юридической нормы «чувство, что правило “сохранилось неизменным” и рассматриваемое дело регулируется действующим правом, выступает в качестве утешения»⁸⁷ для судьи.

В частности, этот «эмоциональный»⁸⁸ мотив обращения к фикциям в правоприменительной деятельности имел в виду известный американский судья Б. Кардозо. Он, как известно, писал, что при трансформации правовых предписаний в ходе судебного правоприменения «мы можем думать, что право остается неизменным, если мы отказываемся менять формулировки»⁸⁹.

Л. Фуллер называл характеризуемый мотив эмоциональным потому, что он вытекает не из какой-либо ясно сформулированной теории правотворчества, а из эмоционального и смутно осознаваемого суждения, что «стабильность представляет собой вещь настолько дорогую, что даже ее форма, пустая тень, имеет ценность»⁹⁰. Как он полагал, если политический мотив состоит в обмане других, то эмоциональный «включает в себя процесс... самообмана»⁹¹.

Использование в юриспруденции для удобства созидательных фикций не предполагает никакого заблуждения участников правового регулирования. Об этом мотиве обращения к последним, как известно, писал Р. Иеринг⁹². По его мнению, римский претор, распространяя иск на новый случай и сохраняя при этом формулировку нормы неизменной, делал это из весьма простого побуждения: он руководствовался удобством при правовом регулировании. Ведь использование фикции позволяло избежать долгой и обременительной процедуры изменения словесного выражения правила. Тем не менее применяемый претором технический прием давал возможность при рассмотрении конкретного юридического дела достичь результат, получаемый при модификации упомянутой нормы посредством изменения ее формулировки в процессе законодательной деятельности.

Л. Фуллер соглашался с приведенным рассуждением Р. Иеринга об обращении в процессе правового регулирования к фикциям в целях удобства. Этот американский правовед писал, что изменение действующего юридического правила «всегда несет с собой трудное приспособление к новой ситуации. Поэтому давайте ограничим реформу настолько узкими пределами, насколько это возможно. Окажем воздействие на содержание, а не на форму существующей правовой нормы. Этим путем созданные научные труды не нужно будет переписывать... юристы не окажутся вынужденными менять свои понятия. Придется лишь изменить их содержание»⁹³.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid. P. 58.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Cardozo B. The Paradoxes of Legal Science. 1928. P. 11 (see in: Fuller L. L. Op. cit. P. 58).

⁹⁰ Fuller L. L. Op. cit. P. 58.

⁹¹ Ibid.

⁹² See: Ihering R. Op. cit. S. 301–306.

⁹³ Fuller L. L. Op. cit. P. 62–63.

Аналогичной теоретической позиции придерживался и С. А. Муромцев. По его словам, «большинство фикций» в римском праве «образовывались потому, что без них пришлось бы ломать строй установившихся понятий — работа, которая могла казаться римским юристам чересчур трудною и вовсе ненужною»⁹⁴.

В качестве четвертого мотива использования созидательных фикций в судебной деятельности Л. Фуллер называл интеллектуальный консерватизм. Приведенное понятие он характеризуется следующим образом. «Судья может применять фикцию не просто для уклонения от подрыва существующих понятий или с целью сокрытия от себя или от других факта собственной законодательной деятельности, но лишь потому, что это должностное лицо не знает, как иначе формулировать и объяснять новые принципы, которые он использует»⁹⁵.

Для установления отличия рационального консерватизма от трех предыдущих мотивов использования созидательных фикций Л. Фуллер обратился к вымышленному случаю. Пожилая женщина, не посещающая светских мероприятий, приглашена на бал. Перед ней встает вопрос: что надеть? У неё есть лишь одно вечернее платье, которое было приобретено три года назад и уже вышло из моды. Должна ли она купить новую, более модную одежду или надеть старую? Предположим, что она выбрала второй вариант, и подумаем о мотивах её поступка. Во-первых, возможно допустить, что почтенная дама является женой светского человека, который желает окружить себя аурой солидности, гармонирующей с немного устаревшими нарядами. Если бы женщина следовала этому мотиву в выборе старого платья, то она руководствовалась бы соображениями политики. Во-вторых, вероятно и то, что дама отчасти не симпатизирует нововведениям молодого поколения и связывает чересчур свободные манеры современности с нынешней модой в одежде. В таком случае женщина, надев старое платье, чувствует себя в безопасности от всего неприятного, что связано с нынешним поколением. В данной ситуации мотивом действий дамы был бы эмоциональный консерватизм. В-третьих, она может решить надеть старую одежду по причине боязни неудобств и денежных расходов, предполагаемых покупкой нового платья. В этих обстоятельствах ее поведение мотивировалось бы соображениями удобства. И, наконец, в-четвертых, почтенная женщина в состоянии вообще быть незнакомой с новой модой либо последняя может ставить ее в тупик. В итоге дама надевает старое платье просто потому, что не видит другого пути решения стоящей перед ней проблемы. В этой ситуации ее консерватизм проистекал бы из интеллектуальных соображений⁹⁶.

Приведенный пример иллюстрирует деятельность судьи. «Он может быть вынужденным применить фикцию из-за неспособности сформулировать свой результат иным образом»⁹⁷. Разбираясь в причинах этого, Л. Фуллер

⁹⁴ Муромцев С. А. Указ. соч. С. 366.

⁹⁵ Fuller L. L. Op. cit. P. 63–64.

⁹⁶ See: *ibid.* P. 64.

⁹⁷ *Ibid.*

констатирует следующее. «Человеческий ум есть машина, подчиненная определенным ограничениям. Возможно, наибольшее из них заключается в факте, что человеческий разум всегда должен действовать, приспособлявая неизвестное к уже известному. Ситуации, представляемые для решения судьи, бесконечны в своем количестве; интеллектуальный же запас правил, различий, концепций, слов, на которые судья должен полагаться при решении дела, ограничен и конечен. Мы вынуждены справляться с новыми проблемами на базе существующего концептуального аппарата, который по природе вещей никогда не может быть полностью адекватным для будущего»⁹⁸.

Эту идею, полагал Л. Фуллер, прекрасно конкретизировал П. Туртоулон. «Для понимания требуется определенная степень интеллектуальной стабильности, которая не может быть достигнута иначе, чем путем принесения в жертву истины. Последняя же находится в состоянии вечного колебания; ее изменчивость и разнообразие сбивают с толку. Мы не можем постичь её, не фальсифицируя»⁹⁹. Под таким искажением П. Туртоулон понимал «введение новых ситуаций, возникающих в процессе вечного течения действительности, в ограниченные рамки существующего интеллектуального аппарата»¹⁰⁰.

Анализ приведенных Л. Фуллером мотивов использования созидательной фикции в судебной деятельности позволяет установить следующую закономерность. Три первых мотива имеют общую черту, не свойственную четвертому. Последний мотив предполагает неспособность судьи в процессе создания новой юридической нормы дать ее адекватное словесное выражение. Здесь это должностное лицо прибегает к фикции как к единственно доступному ему способу правотворчества¹⁰¹. Первые же три мотива подразумевают боязнь судьи при создании ранее неизвестного правила отказаться от существующих в праве формулировок, хотя он и способен это сделать¹⁰². Другое дело, что в условиях упомянутого страха необходимость конституирования новой юридической нормы посредством созидательной фикции мотивируется по-разному.

Л. Фуллер не уточнил, какова сфера распространения в существующих в мире правовых системах выделенных им мотивов использования созидательных фикций судьями. Здесь, в частности, встает вопрос, в равной ли мере применимы все эти побуждения в национальных правовых системах, где юридически признается или не признается судебный прецедент в качестве формального источника права.

Для ответа на него, скорее всего, нужно исходить из следующей аргументации. Мотивы использования судьями созидательных фикций

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Tourtoulon P. *Philosophy in the Development of Law*. 1922. P. 395 (see in: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 65).

¹⁰⁰ Ibid. (see in: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 65).

¹⁰¹ See: Fuller L. L. *Op. cit.* P. 64.

¹⁰² See: *ibid.* P. 63.

подразумевают не юридическую, а только фактическую способность или неспособность этого должностного лица сформулировать новое правило при обращении к фикции. И последняя из упомянутых двух способностей существует во всех правовых системах, независимо от того, признается ли в них судебный прецедент в качестве формального источника права или нет. Равным образом, вне зависимости от такого признания или непризнания во всякой правовой системе у судьи может присутствовать страх изменять существующие формулировки права, в силу которого он способен прибегать к созидательным фикциям, опираясь на перечисленные мотивы. Проанализированные четыре мотива в равной мере способны существовать в любой из национальных правовых систем.