

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК РОССИЙСКОГО ПРАВА (МАТЕРИАЛЬНЫЙ И ФОРМАЛЬНЫЙ АСПЕКТЫ ПРОБЛЕМЫ)

© 2009 г. О.П. Сауляк¹

В правоведении всегда существовали вопросы, разрешение которых сопровождалось горячими и бескомпромиссными научными дискуссиями. К числу таковых, без сомнения, может быть отнесен и вопрос о том, является ли судебная практика источником права в нашей стране. “Старый спор” своими корнями уходит в далекое прошлое. Но, как и прежде, сегодня на поставленный вопрос у юридической науки нет однозначного ответа, правоведы придерживаются разных, порой взаимоисключающих, точек зрения. Несколько перефразируя известное высказывание И. Гете, можно смело утверждать: когда по одному и тому же вопросу высказываются диаметрально противоположные суждения, то очевидно, что между ними лежит не истина, а проблема. Задача юридической науки видится в том, чтобы решить эту проблему.

Наличие различных мнений по поводу обозначенной выше проблемы вполне объяснимо, если учитывать сложность и многомерность понятия “источник права”, имеющего несколько граней познания. В рамках настоящей статьи представляется целесообразным выделить, как минимум, два подхода к анализу категории “источник права”: материальный и формальный. С позиций материального подхода под источником права понимаются прежде всего разнообразные социальные факторы, участвующие в образовании права². В этой связи правомерна постановка вопроса: является ли судебная практика в современной России тем фактором, который влияет на процессы эволюции права?

Безусловно, является, хотя на первый взгляд подобное утверждение может показаться несколько курьезным. Получается, что право отчасти черпает силы для своего развития в себе самом, уподобляясь в некотором плане известному ска-

зочному герою, который, попав в болото, сумел вытащить себя за собственные волосы. Однако в положительном ответе на поставленный вопрос нет ничего удивительного, ибо судебная практика с учетом сформировавшихся исторических традиций и реалий настоящего момента является мощным фактором, влияющим на развитие всех элементов национальной правовой системы. Нет, например, никаких сомнений в том, что именно при отправлении правосудия чаще всего выявляются погрешности и дефекты действующего нормативно-правового массива, связанные с существованием юридических коллизий, пробелов в праве и даже правового вакуума. В этом ракурсе судебная практика является действенным стимулом, подстегивающим непрерывное развитие и совершенствование законодательства, да и всего правотворческого процесса.

Сложно переоценить ту роль, которую играют суды и судьи в формировании реального облика правопорядка. Особая миссия судьи сопряжена с тем, что он получает право говорить не только от имени государства, но и от имени права. Судье делегированы особые полномочия: во-первых, право ставить точку в деле (*jurisdictio*); во-вторых, право распоряжаться (*imperium*), которое состоит в издании предписаний, обеспечивающих исполнение судебных решений³. В конечном итоге именно правосудие делает правопорядок таким, каким желает его видеть государство.

В ходе судебного правоприменения осуществляется перевод абстрактных правил должностования в плоскость конкретных правоотношений, устраняются препятствия и барьеры, на которые “натыкаются” субъекты права в процессе самостоятельной реализации юридических норм, в силу чего у участников социального взаимодействия возникают вполне определенные субъективные права и юридические обязанности. Судебная практика в этой связи выступает как детерминанта, поддерживающая регулятивный потенциал права в общественной жизни.

¹ Заместитель заведующего кафедрой теории и истории государства и права Российского государственного торгово-экономического университета, кандидат юридических наук, доцент.

² См.: Проблемы общей теории государства и права / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2001. С. 265.

³ См.: Бергезль Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 534.

Верно, что большинство судебных актов по своей юридической природе – это акты, с помощью которых осуществляется индивидуальное правовое регулирование. Однако было бы ошибочным полагать, что на этом их регулятивные функции исчерпаны. Каждый акт, вынесенный судом, обладает особым информационным и даже идеологическим потенциалом, который воздействует на поведение не только лиц, непосредственно участвующих в деле. Разрешая конкретную спорную ситуацию на текущий момент, суд вместе с тем обращается и в будущее. Он информирует, предупреждает всех иных субъектов права: если кто-либо когда-нибудь сделает то, что определено в настоящем судебном решении, то для него наступят указанные в этом решении последствия⁴.

Такой взгляд на судебную практику позволяет сделать вывод о том, что грань между нормативным и индивидуальным правовым регулированием хотя и существует, но не является настолько жесткой. Любой акт правосудия содержит некие ориентиры той правоприменительной политики, которых на сегодняшний день придерживаются судебные органы государства. Эти ориентиры наряду с юридическими нормами непосредственно влияют на мотивацию и правовые установки всех других участников социальной игры, которым стало известно о существовании соответствующего судебного решения. В таком понимании судебная практика оказывается сопряженной с определенными индивидуальными, групповыми и общественными ожиданиями, которые воздействуют и на развитие правового сознания различных участников общественных отношений, и на выбор ими моделей своего поведения в правовой сфере.

С учетом изложенных выше моментов представляется возможным сделать вывод о том, что с позиций материального подхода судебная практика была, есть и будет оставаться одним из важнейших источников российского права.

При формальном подходе к трактовке понятия “источник права” происходит отождествление последнего с формой права. В этом плане само выражение “источники права” используется отчасти как технический термин. Источниками права в таком контексте выступают “формы объективирования юридических норм, служащие признаками их обязательности в данном обществе и в данное время”⁵. По сути дела речь идет об

исходящих от государства или признаваемых им официальных способах (приемах, средствах) выражения и закрепления норм права, придания им юридического, общеобязательного значения⁶.

Основные дебаты по поводу возможности признания судебной практики в качестве самостоятельного источника права развернулись именно в формальной плоскости, где суть проблемы видится в решении ключевого вопроса: создают ли российские суды в процессе своей деятельности новые юридические нормы? Несмотря на многообразие существующих точек зрения по этому вопросу, все они (с определенной степенью условности) могут быть сведены к трем позициям: *первая* из них отрицает любую возможность рассмотрения деятельности судов в качестве источника российского права; *вторая* заключается в признании судебной практики источником права, но лишь частично, а именно: в той мере, в какой она находит свое отражение в постановлениях высших судебных инстанций нашей страны; наконец, *третья* базируется на том, что вся судебная практика (в полном объеме, включая деятельность судов первой инстанции) является источником права в современной России.

Доводы противников признания судебной практики в качестве самостоятельного источника российского права, как правило, сводятся к следующим аргументам. *Аргумент первый* – признание судебной практики источником российского права противоречит принципу разделения властей, закрепленному в Конституции РФ.

Едва ли можно согласиться с указанным тезисом. Суть принципа разделения властей, лежащего в основе функционирования механизмов многих современных государств, заключается вовсе не в том, чтобы лишить суд возможности создавать новые юридические нормы. Реализация указанного принципа должна обеспечить эффективное функционирование государственной власти, рассматриваемой в качестве целостной системы. Достигается успешное решение этой задачи с помощью разнообразных мер, одной из которых является разграничение предметов ведения и полномочий между различными органами государственной власти⁷. Однако только чисто теоретическая модель разделения властей исхо-

⁴ См.: Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 123.

⁵ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М., 2004. С. 343.

⁶ См.: Алексеев С.С. Право. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 76; Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное понимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 67.

⁷ См.: Байтин М.И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ // Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С. 375.

дит из того, что законодательная власть должна заниматься принятием законов и ничем иным; исполнительная власть должна лишь следить за их соблюдением и в случае необходимости добиваться их принудительного выполнения; судебная власть должна заниматься только правосудием⁸. Ни в одном из государств подобная модель разделения властей никогда не могла, да и не может быть успешно реализована. Более того, ее реализация в таком виде была бы вовсе нежелательна и даже опасна для общества, поскольку это фактически открывает возможности для установления диктатуры каждой из ветвей власти в ее собственных пределах.

Современная концепция разделения властей предусматривает необходимость выстраивания более гибкой модели, согласно которой формально разделенные государственные органы используют власть совместно благодаря системе “сдержек и противовесов”. В рамках такого подхода, нацеленного на обеспечение равновесия различных звеньев государственного механизма, признаются важные исключения из чисто теоретической модели разделения властей: например, право парламента на осуществление неких судебных функций, связанных с лишением депутатского иммунитета, отрешения главы государства от должности; право органов исполнительной власти на осуществление подзаконного нормотворчества. В этих условиях наделение суда дополнительными функциями (например, судебного нормоконтроля, посредством которой он отчасти реализует свою правотворческую миссию) также является важной составной частью программы обеспечения необходимого баланса между различными ветвями власти и эффективности государственного управления в целом.

Аргумент второй. Выступая против признания судебной практики полноценным источником права в нашей стране, правоведы утверждают, что российская правовая система продолжает оставаться в рамках континентальной (романо-германской) правовой семьи, где в силу типологических особенностей последней, закономерностей ее формирования и развития отсутствует судебное правотворчество (судебный прецедент) как источник права⁹.

С таким выводом можно было бы согласиться, но только в том случае, если исходить из того, что

направление развития национальных правовых систем в рамках романо-германской правовой семьи раз и навсегда предопределено. Однако такой жесткой зависимости не существует. В рамках континентальной правовой семьи судья уже давно не рассматривается в качестве лишь хранителя права и квалифицированного интерпретатора юридических текстов. Со времен принятия Гражданского кодекса Наполеона (1804 г.) в странах континентальной Европы меняется взгляд на роль судьи в ходе отправления правосудия. Так, согласно ст. 4 Гражданского кодекса Франции судья не может отказаться от рассмотрения дела под предлогом отсутствия необходимой нормы, неясности или недостаточности соответствующего закона. Более того, положения названной статьи предусматривают, что судья, который отказывается судить под этим предлогом, подвергнется преследованию как виновный в отказе отправления правосудия. В этой ситуации представляется возможным говорить о правотворческой функции судебной практики, призванной восполнить то, о чем недоговорил закон.

Еще более последовательно право судьи на “паразаконодательную” деятельность закреплено в ст. 1 Гражданского кодекса Швейцарии. Ее правила определяют, что “в случае, когда отсутствует подходящее положение в виде закона, судья выносит решение в соответствии с обычным правом, а в случае, когда отсутствует обычай, в соответствии с правилами, которые он утвердил бы, если бы мог действовать на правах законодателя. При этом судья должен опираться на решения, уже закрепленные в традиции толкования и в судебной практике”¹⁰.

Анализ функций, которые выполняют суды в правовых системах других стран (ФРГ, Италии, Испании, Португалии и др.), принадлежащих к континентальной правовой семье, не оставляет никаких сомнений в том, что за судебной практикой официально признается правотворческая роль¹¹. Да и российский опыт свидетельствует, что вопрос о роли и месте судебной практики в системе форм (источников) национального права всегда находился в фокусе внимания ученых-юристов и практических работников. Еще в дореволюционный период выдающийся отечественный

⁸ См.: Ллойд Д. Идея права. М., 2004. С. 292.

⁹ См.: Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (О правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права. М., 1998. С. 34–35.

¹⁰ Бержель Ж.-Л. Указ. соч. С. 135.

¹¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 141; Попов Н. Верховный кассационный суд Италии // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 12. С. 27–29; Марченко М.Н. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина // Вестник МГУ. 2000. № 4. Серия 11 “Право”. С. 60 и др.

правовед Н.М. Коркунов отмечал: "...Источники русского права те же самые, что и всякого положительного права: закон, обычай, судебная практика"¹². В советское время также неоднократно высказывалась точка зрения, согласно которой "судебная практика должна получить признание как один из источников советского права"¹³. По этому пути в конечном итоге и пошел советский законодатель: судебная практика, выраженная в разъяснениях Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР, рассматривалась как источник советского права, поскольку эти разъяснения были обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение¹⁴.

Таким образом, принадлежность Российской Федерации к странам романо-германской правовой семьи вовсе не означает, что судебная практика не может рассматриваться в качестве самостоятельного источника современного российского права. Во всяком случае ни зарубежный, ни отечественный правовой опыт не дают для такого вывода никаких оснований.

К тому же следует учитывать еще один очень важный момент. Он связан с тем, что сегодня в мире набирают мощь процессы глобализации, под воздействием которых происходит сближение разноплановых национальных правовых систем. Речь по сути дела идет об "интернационализации права"¹⁵, которая находит свое выражение в унификации принципов права, юридических норм и практики. Яркий пример того — деятельность Европейского суда по правам человека, чьи решения во многом носят прецедентный характер. Юрисдикцию этого Суда признала и Россия. Согласно ст. 1 Федерального закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней" от 30 марта 1998 г. Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает *ipso facto* (т.е. в силу самого факта, ввиду самого события) и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам

толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней¹⁶. В этом свете решения Европейского суда по правам человека должны рассматриваться как источник (форма) современного российского права.

Аргумент третий. По мнению противников признания судебной практики источником российского права, суд не создает новых юридических норм, поэтому судебная практика во всех ее проявлениях представляет собой не правотворческую, а лишь правоприменительную (и соответствующую правотолковательную) деятельность. Суд не законодательствует и не управляет, а лишь применяет право¹⁷.

Нет необходимости оспаривать тот факт, что суд — это прежде всего орган правоприменительный. Однако обладает ли суд правотворческими полномочиями? Для ответа на этот вопрос следует четко определиться с тем, что представляет собою правотворчество как вид деятельности и каковы его результаты. Очевидно, что правотворчество связано с внесением изменений в действующий нормативно-правовой массив. При этом результаты такой деятельности могут рассматриваться, во-первых, как создание новых юридических норм, во-вторых, как отмена (прекращение действия) норм определенного содержания, в-третьих, как изменение смысла и содержания правовых норм без внесения каких-либо изменений в текст общеобязательного юридического правила.

Суд действительно не подменяет законодателя и органы исполнительной власти. Он не создает абсолютно новых юридических норм (во всяком случае не вносит изменений и дополнений непосредственно в тексты законов или подзаконных актов). Но деятельность судов нередко сопряжена с отменой или изменением смысла и содержания норм без изменения их текстуально-го обрамления. Доказательством того выступает практика Конституционного Суда РФ, связанная с проверкой конституционности федеральных законов или иных нормативных правовых актов, законов субъектов РФ, международных договоров РФ. Согласно положениям ст. 79 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" от 21 июля 1994 г. акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу¹⁸.

¹² См.: Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 370.

¹³ Вильянский С.И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые записки ВЮОН. Вып. IX. М., 1947. С. 244.

¹⁴ См., например: ст. 56 Закона РСФСР "О судостроительстве РСФСР" от 8 июля 1981 г. // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР. 1981. № 28. Ст. 9.

¹⁵ См.: Лукьянова Е.Г. Основные тенденции развития российского права в условиях глобализации // Правовая система России в условиях глобализации и региональной интеграции: теория и практика. М., 2006. С. 273.

¹⁶ См.: Собрание законодательства РФ. 1998. № 14. Ст. 1514.

¹⁷ См.: Нерсисянц В.С. Указ. соч. С. 34.

¹⁸ См.: Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

Подобные решения Конституционного Суда РФ приводят, таким образом, к изменению количества действующих общеобязательных юридических правил. На языке математики это означает буквально следующее: до принятия решения Конституционным Судом РФ количество юридических норм в нормативно-правовом массиве составляло N , а после такого решения их количество уменьшилось, как минимум, на единицу и составляет уже $N - 1$. Как известно, решениям Конституционного Суда РФ придается особый статус: во-первых, они окончательны, не подлежат обжалованию и вступают в силу немедленно после их провозглашения; во-вторых, действуют непосредственно и не требуют подтверждения другими органами и должностными лицами; в-третьих, юридическая сила постановлений о признании акта неконституционным не может быть преодолена повторным принятием этого же акта; в-четвертых, они обязательны на всей территории РФ для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений. Должна ли такая деятельность Конституционного Суда РФ рассматриваться как правотворчество? Вопрос, надо полагать, риторический.

По аналогичному алгоритму выстраивается деятельность арбитражных судов и судов общей юрисдикции в процессе осуществления ими функции судебного нормоконтроля по делам о признании недействующими нормативных правовых актов полностью или в части. Придя к выводу о незаконности спорного нормативного правового акта, суд вправе признать такой акт недействующим (полностью или в части) со дня его принятия или иного указанного судом времени и не подлежащим применению с момента вступления решения в законную силу.

Может ли судебный акт изменить смысл и содержание правовой нормы без внесения каких-либо изменений в ее текст? Безусловно, такая ситуация возможна. Подтверждением тому служат акты Конституционного Суда РФ, связанные с официальным толкованием Конституции России, а также постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ, посредством которых восполняются пробелы в праве.

В юридической литературе почему-то до сих пор нередко отрицается нормативный характер постановлений пленумов высших судебных ин-

станций страны¹⁹. Между тем вопрос об обязательности постановлений, например, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ давно решен на законодательном уровне. Согласно положениям ч. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона “Об арбитражных судах в Российской Федерации” от 28 апреля 1995 г. по вопросам своего ведения Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ принимает постановления, обязательные для арбитражных судов в РФ²⁰.

На федеральном уровне пока отсутствует закон, который исчерпывающим образом определял бы правовой статус Пленума Верховного Суда РФ. Однако представляется, что и разъяснениям Пленума этой судебной инстанции законодатель придаст обязательный характер. В противном случае неизбежна курьезная ситуация. Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ нередко принимают совместные постановления. Если же предположить, что постановления Пленума Верховного Суда РФ не будут обладать свойством нормативности, тогда возникнет парадокс: одни и те же разъяснения в системе арбитражных судов будут носить обязательный характер, а в системе судов общей юрисдикции – лишь рекомендательный.

Аргумент четвертый. Правоведы, выступающие против признания судебной практики источником права, нередко в обоснование своей позиции ссылаются на ту неопределенность, которая возникает в правовой жизни в результате правотворчества судей. В свое время И. Бенхам сравнивал процесс судейского правотворчества с выработкой человеком правил для собаки. “Если ваша собака делает то, от чего вы хотели бы ее отучить, вы ждете, когда она это сделает, а затем бьете ее за это. Таким способом создаются правила для вашей собаки, – утверждал известный философ. И так же судьи делают право для вас и для меня”²¹.

Подобный аргумент кажется весьма убедительным, ибо никто не желает оказаться в положении собаки, для которой каждый раз придумывают новые правила. Однако в научном плане в данном случае речь идет о необходимости правильного решения проблемы обратной силы судебных актов.

¹⁹ См., например: Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. М.; Н. Новгород, 2007. С. 8.

²⁰ См.: Собрание законодательства РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

²¹ Цит. по: Барак А. Указ. соч. С. 224.

Подводя итог, следует отметить, что судебная практика в современной России, безусловно, является источником права и в материальном, и в формальном аспектах. Это и не хорошо, и не плохо, это реальность, с которой нужно считаться. Угрозу для нормального развития национальной правовой системы и социальных процессов представляет не сам факт признания судебной практи-

ки источником права, но лишь те судебные акты, которые сопряжены с судебскими ошибками и произволом. И то и другое, к сожалению, имеет место в российской правовой действительности. В этой связи одна из задач юридической науки, видимо, связана с тем, чтобы четко определить критерии и границы судебного правотворчества.