

ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК

СЕРИЯ
«НОВОЕ В ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ И ПРАКТИКЕ»

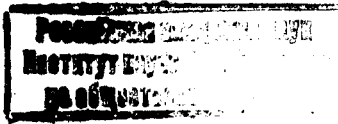
Судебная практика как источник права

*Ответственный редактор серии
академик Б. Н. Топорнин*

1111652 f

МОСКВА, 1997

06524
94
11



116
94

Судебная практика как источник права. — М.: Институт государства и права Российской Академии наук, 1997. — 48 с.
ISBN 5-201-01359-7

В сборнике представлены материалы обсуждения на Ученом совете Института государства и права РАН научного доклада «Судебная практика как источник права».

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов, работников суда и прокуратуры

© Институт государства и права РАН, 1997 г.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

Редактор *М.М. Славин*
Корректор *М.М. Сапожникова*
Художник *А.В. Иванов*

ЛР № 061639 от 29.09.92.
Подписано в печать 07.07.97. Формат 60 x 90 1/16.
Бумага офсетная. Печать офсетная. Усл.-печ. л. 3,0.
Уч.-изд. л. 2,8. Тираж 3000 экз. Заказ № 1005

Институт государства и права
Российской Академии наук
Москва, ул. Знаменка, 10

отпечатано в Щербинской типографии
113623, Москва, ул. Типографская, 10

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

1. История проблемы

Является ли судебная практика источником права, иными словами, может ли суд создать правовую норму? В течение многих лет юридическая наука и юридическая практика нашей страны давали безоговорочно отрицательный ответ на вопрос.

В монографии «Социалистическое право» читаем: «Социалистические государства не знают такого источника права, как судебный прецедент, который ведет к отступлениям от начал законности и подрывает роль представительных органов государства в законодательной деятельности. Социалистические судебные органы осуществляют правосудие как одну из форм применения закона, не связанную с правотворческими полномочиями суда при разрешении конкретных дел»².

В монографии «Судебная практика в советской правовой системе» (под ред. С.Н. Братуся, 1975 г.) также обоснован отрицательный ответ на вопрос (гл. 1 монографии). Исключение сделано для руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР, за которыми признается нормативный характер (с. 55). Аналогичная позиция высказана С.Л. Зивсом в монографии «Источники права» (1981. С. 176 и сл.). Противоположная точка зрения была высказана С.И. Вильнянским, по мнению которого «наша судебная практика должна получить признание как один из источников советского права»³. Но эта позиция поддержки не получила.

Рассмотрим подробнее причины негативной оценки юридической наукой судебной практики как источника права. По-видимому, эти причины заключаются в исходных положениях, которых придерживалась теория права в то время. Напомним, что в основе правопонимания лежал нормативистский подход. Опираясь на формулу К.Маркса и Ф.Энгельса о том, что буржуазное право есть возведенная в закон воля

¹ Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор.

² Социалистическое право. М., 1973. С. 325. Там же приведена библиография работ, где высказана аналогичная точка зрения.

³ Вильнянский С.И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. М., 1947. Вып. IX. С. 244.

буржуазии, А.Я.Вышинский говорил, что право — это не один закон, а вся сумма или вся совокупность законов¹. И в течение десятков лет юридическая наука исходила из понимания права как совокупности законов, системы норм. Отсюда и тезис о том, что наиболее распространенная форма советского правотворчества — прямое установление норм права органами государства, что эта форма имеет большие преимущества перед прецедентной формой².

Теория подводила к выводу, что источником права должен быть признан закон, и только он. И то, что этот вывод оказался нереализованным, связано отнюдь не с идейными сомнениями. Дело оказалось в том, что советский законодатель, принимавший всего по 3—4 закона в год, оказался просто не в состоянии обеспечить практические потребности общества в правовом регулировании. И тогда закон как основной (или единственный) источник права был подменен законодательством. В теории права была обоснована конструкция широкого понимания законодательства, согласно которой законодательство включало акты не только законодательных органов, но и органов управления, причем в него вошли как постановления Правительства, так и акты министерств и ведомств и местных органов государственной власти и управления³. Эта конструкция нашла практическое применение. В Собрании действующего законодательства СССР, которое было издано в 70-х годах Министерством юстиции, преобладающее место заняли не законы, а акты органов управления. И даже в Своде законов СССР вопреки наименованию нашлось место не только законам, но и актам органов управления. Акты органов управления вытеснили закон с положенного ему места главного источника права: инструкция оказалась сильнее закона.

Стоит задуматься, почему, отойдя от чистой схемы: источник права — закон, мы охотно предоставили место в ряду творцов права органам управления, но категорически отказали в этом третьей власти — судебной. Это было далеко не случайно. Дело в том, что суд в силу его большей независимости и квалификации гораздо менее приемлем и удобен для тоталитарного режима в качестве органа власти. И в этом, видимо, причина упорного и многолетнего неприятия нами теории разделения властей. Теория декларировала равноправие властей, а наша практика исходила из приоритетного положения законодательства и управления, но подчиненной, второстепенной роли суда. И дело не ограничивалось непризнанием теории. Практическое положение суда в обществе было именно второстепенным. Судебная юрисдикция по

1 См.: *Вышинский А.Я.* Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 411.

2 См.: *Социалистическое право.* С. 326.

3 См.: Там же. Гл. 10, § 3.

гражданским делам оставалась урезанной и ограниченной, суд не играл важнейшей для него роли защитника человека от государства, о возможности судебного обжалования нормативных актов в суде не было и речи. Такое место суда в обществе (с практической точки зрения) и нормативистский подход к праву (с теоретической точки зрения) обусловили непризнание судебной практики в качестве источника права.

Единственное изъятие допускалось, и то с многочисленными оговорками, для руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда. Необходимость подобных разъяснений диктовалась потребностью в управлении судебной практикой, ее единым ориентированием. Кстати, разъяснения Пленума — наиболее директивные и наименее судебные акты во всей судебной практике. В разъяснениях нет типичной для суда формы приговора или решения, в них отсутствуют конкретные обстоятельства того или иного дела. Разъяснения внешне выглядят как типичный акт органа законодательства или управления, в них можно при желании обнаружить, как в правовой норме, гипотезу, диспозицию и санкцию. То обстоятельство, что за разъяснениями Верховного Суда признавалась нормативная роль, было скорее административным вторжением в судебную практику, чем признанием самостоятельной роли судебной практики в регулировании общественных отношений.

2. Современная ситуация

В последнее время (начиная с 1985 г.) жизнь в стране претерпела огромные изменения, которые, естественно, коснулись и права. Прежде всего изменилось правопонимание. На смену всеохватывающему нормативизму пришел широкий разброс концепций и точек зрения. При всех различиях в новых взглядах (а без различий научное продвижение невозможно) общим для них стала несводимость права к закону. Под правом все больше понимается не только закон как его внешняя оболочка, но внутреннее гуманистическое содержание. Элементы свободы, равенства, справедливости признаются существом права, они находят отражение и закрепление в нормах. Таким образом, с теоретических позиций закон перестал быть единственным выражением и воплощением права. И, следовательно, не только законодательство может рассматриваться в качестве источника права. Если судебная практика начала отражать и реализовывать гуманистические, справедливые, подлинно правовые начала, то отпали теоретические предпосылки для непризнания ее источником права. Отход от нормативизма как единственного правопонимания дал теоретическую возможность признать су-

дебную практику источником права. Соответствующие высказывания появились как в литературе по общей теории права, так и в отраслевых дисциплинах. В журнале «Российская юстиция» (1994. № 12) была опубликована статья Е.Мартынчика и Э.Колоколовой под характерным названием «Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике», в которой высказаны интересные соображения в пользу судебного прецедента. О расширении роли судебной практики в трудовом праве писал С.А.Иванов¹; А.В.Гребенщиков в курсе российского трудового права высказался за «более широкое внедрение в практику правового регулирования судебного прецедента»²; аналогичная точка зрения была обоснована А.В.Наумовым в курсе лекций по уголовному праву³. Все это способствовало теоретическому обоснованию возможности признания судебной практики источником права.

Российская юридическая практика не замедлила воспользоваться этой возможностью. Правовая действительность последних лет свидетельствует о крупных изменениях, из которых, пожалуй, наиболее важным следует признать изменение отношения к суду. Получила полное признание и стала конституционной нормой конструкция разделения властей. Согласно ст. 10 Конституции, органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны. Получил законодательное закрепление механизм, обеспечивающий высокую и авторитетную роль суда в обществе. Суду были предоставлены полномочия, соответствующие его конституционному положению в государстве.

Центральное место в новом механизме принадлежит возможности судебной проверки нормативных актов. Конституция (п. 2 ст. 46) устанавливает, что решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд. Отсюда следует, что нормативный акт любого уровня может быть обжалован в суд. Решения федеральных органов государственной власти, высших государственных органов субъектов Российской Федерации и их должностных лиц подлежат обжалованию в Конституционный Суд РФ (ст. 85 Закона о Конституционном Суде РФ), причем Конституционный Суд РФ может признать акты неконституционными, что является основанием для их отмены. Решения других органов, нарушающие права и свободы граждан, могут быть обжалованы в общие суды (ст. 3 Закона «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих

¹ См.: *Иванов С.А.* Трудовое право переходного периода: новые источники // Государство и право. 1996. № 1.

² Курс российского трудового права. СПб. 1996. Т. 1. С. 565.

³ См.: *Наумов А.В.* Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. М., 1996. С. 108–109.

права и свободы граждан» от 27 апреля 1993 г.). Жалобы на нормативные акты хозяйственной компетенции рассматриваются арбитражными судами.

Предоставление судам права признавать недействительными и отменять нормы органов власти и управления кардинально меняет роль суда. Он перестал быть только органом разрешения индивидуальных споров, его компетенция распространяется на нормотворчество. Сам суд, казалось бы, не издает новых норм. Но решение суда об отмене того или иного нормативного акта порождает новые права и обязанности участников общественных отношений. По существу, такое решение безусловно оказывается нормотворческим. При этом авторитет суда в определенном смысле поднимается выше авторитета другого властного органа, поскольку суд может отменить решение этого органа, а тот не может отменить решение суда. Судебное решение об отмене того или иного нормативного акта оказывается источником права. 5 февраля 1988 г. в КЗоТ РСФСР была включена норма (п. 1¹ ст. 33), предоставившая администрации право увольнять работников, достигших пенсионного возраста и имеющих право на получение полной пенсии по старости. Увольнения по этой статье приобрели распространенный характер. Обжалование таких увольнений в суде оказывалось безрезультатным: суд в точном соответствии с нормой проверял только возраст работника и наличие у него необходимого трудового стажа и не входил в другие вопросы (о трудоспособности работника, качестве выполнения им работы и др.). Беда заключалась не в сложившейся судебной практике, а в той норме, на основании которой эта практика сложилась. Но вот группа граждан, уволенных по п. 1¹ ст. 33 КЗоТ, обжаловала эту норму, обжаловала Закон в Конституционный Суд РФ. В своем решении от 4 февраля 1992 г. (четыре года норма работала!) Конституционный Суд признал, что п. 1¹ ст. 33 КЗоТ не подлежит применению, поскольку эта норма носит дискриминационный характер, легализует принудительный вывод работников на пенсию, противоречит Конституции и многочисленным международным договорам и конвенциям МОТ. Законом от 12 марта 1992 г. п. 1¹ ст. 33 КЗоТ был исключен из Кодекса. Решение Конституционного Суда безусловно явилось источником права, с его принятием трудовая деятельность пенсионеров обрела другое правовое регулирование.

В практике применения трудового законодательства долгие годы оставался спорным вопрос о присоединении дополнительных отпусков к основному. После увеличения в 1991 г. минимальной продолжительности отпуска до 24 рабочих дней дебатировался вопрос о том, к чему присоединять дополнительные отпуска: к 24 рабочим дням или к прежней основе — 12 рабочим дням. Министерство труда РФ в разъяснении

от 25 июня 1993 г. № 7 указало, что дополнительные отпуска следует присоединять к прежней 12-дневной основе. Вопрос стал предметом рассмотрения суда, причем рассматривался дважды. Первый раз в суд обратился прокурор, опротестовавший решение администрации учреждения о суммировании дополнительного отпуска с 24-дневным. При рассмотрении дела в Президиуме Верховного Суда РФ было признано, что при суммировании дополнительного отпуска с 12-дневной основой дополнительные отпуска не достигают своего назначения и смысл их предоставления утрачивается. Президиум Верховного Суда РФ отклонил протест прокурора, т.е. поступил вопреки разъяснению Министерства труда РФ от 25 июня 1993 г. Симптоматична реакция специалистов. Авторы комментария к КЗоТ (1995 г., изд-во «Вердикт») пишут, что «разделяют позицию Верховного Суда РФ, хотя вопрос требует дополнительного законодательного решения, поскольку имеются и иные мнения» (с. 111), в частности указанное разъяснение Министерства труда. Тем самым они отказывались признать постановление Президиума Верховного Суда РФ источником права.

Дальнейшее развитие событий опровергло мнение авторов комментария. В Верховный Суд РФ поступило заявление об отмене разъяснения Министерства труда от 25 июня 1993 г. И просьба заявителей (ОАО «Томскнефть» и территориального комитета профсоюза Северного флота) была удовлетворена. В решении Верховного Суда РФ от 10 июня 1996 г. дан глубокий юридический анализ разъяснения Министерства труда и сделан вывод о его незаконности. Таким образом, Верховный Суд в одном решении разрешил спор вопреки разъяснению Министерства труда, а другим решением отменил само разъяснение. Совершенно очевидно, что оба решения являются источником права, на их основе сейчас производится суммирование основного и дополнительных отпусков. Косвенно это было признано и Министерством труда. Отменяя после решения Верховного Суда свое разъяснение, министерство указало, что новый порядок суммирования отпусков действует со дня принятия Верховным Судом своего решения, а не со дня отмены разъяснения Министерства труда¹.

Количество подобных примеров можно увеличить. Они с убедительностью свидетельствуют о том, что, отменяя правовую норму, суд фактически создает новую норму. Значит, судебное решение об отмене нормы является источником права.

Ведущую роль в судебной практике всегда играли и продолжают играть разъяснения высших судебных органов. Право Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ давать разъяснения по вопро-

¹ Постановление Министерства труда РФ от 17 июля 1996 г. № 44.

сам судебной практики закреплено в Конституции РФ (ст. 126, 127). Авторитет таких разъяснений очень велик, они безоговорочно принимаются судами, и не только судами. Каждое разъяснение состоит из конкретных правовых норм. Если обычное решение общего или арбитражного суда имеет обязательное значение только для участников судебного процесса, т.е. носит персонифицированный характер, и его общее значение основывается скорее на авторитете суда, чем на конкретной норме, то разъяснение Пленума носит общий, персонифицированный характер и подлежит всеобщему применению в силу закона. Очень часто разъяснения пленумов ложатся в основу будущих нормативных актов. Но они подлежат применению и до облечения в законодательную форму, и в тех случаях, когда остаются вне поля зрения законодателя. Тот факт, что разъяснения пленумов являются источниками права, прямо или косвенно всегда признавался в юридической литературе, тем более он должен быть признан сейчас.

Источником права являются не только разъяснения пленумов. В современной действительности таким источником может быть и решение суда по конкретному делу. Мы в этом уже убедились на примере судебных решений об отмене нормативных актов. Источниками права являются и судебные решения по непосредственному применению Конституции. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении № 8 от 31 октября 1995 г. разъяснил, что суд, разрешая дела, применяет непосредственно Конституцию, если придет к выводу, что федеральный закон или закон субъекта Федерации противоречит Конституции (п. 2 упомянутого постановления). Естественно, подобные решения судов означают новое по сравнению с ранее действующими актами регулирование общественных отношений, следовательно, они являются источником права.

Согласно ст. 210 КЗоТ (в редакции 25 сентября 1992 г.), отказ в приеме на работу мог быть обжалован в суд в случаях, когда прием на работу составлял юридическую обязанность администрации (приглашение в порядке перевода, направление молодых специалистов и др.). Гр-ка Л. обратилась в суд с требованиями к Серебряно-Прудскому опытному заводу медицинских полимеров и директору завода К. признать необоснованным отказ в приеме на работу. Требование было обосновано тем, что на заводе имелись вакантные должности, соответствующие ее квалификации. Дело рассматривалось судами неоднократно, и в требовании Л. было отказано со ссылкой на ст. 210 КЗоТ, поскольку у администрации не было обязанности принять ее на работу. 25 марта 1996 г. дело было рассмотрено Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ. «Ссылка судов на ст. 210 КЗоТ, — указала коллегия, — ограничивающую рассмотрение в судах споров об

отказе в приеме на работу конкретными основаниями, является ошибочной, поскольку Конституция РФ имеет, согласно ст. 15, высшую юридическую силу и прямое действие. Согласно ст. 46 Конституции, «каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод»¹. Коллегия предложила суду проверить доводы Л. по существу. Этим решением Судебная коллегия РФ признала невозможным применение ст. 210 КЗоТ в части, ограничивающей право на судебную защиту. Отныне обжалование в суд отказа в приеме на работу стало возможным во всех случаях. Решение коллегии — безусловно источник права.

Еще один аналогичный пример. Согласно ст. 218 КЗоТ, законодательством РФ могут быть установлены особенности рассмотрения споров о восстановлении на работе отдельных категорий руководящих работников. Это указание довольно часто служило основанием для отказа судов в приеме заявлений руководящих работников о восстановлении на работе и рекомендации им обратиться в вышестоящий в порядке подчиненности орган. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ признала такую практику судов противоречащей ст. 46 Конституции, гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод. Отказы судов в приеме исковых заявлений неоднократно отменялись коллегией. Сложилась устойчивая линия Верховного Суда РФ на обеспечение каждому работнику, какую бы должность он ни занимал, судебной защиты его права на труд. Эта линия получила отражение в обзоре судебной практики по гражданским делам, опубликованном в Бюллетене Верховного Суда РФ (1996. № 11), где приводятся конкретные дела, разрешенные коллегией, и конечный вывод о невозможности применения ст. 218 КЗоТ для ограничения судебной защиты прав граждан. Судебная практика, опираясь на ст. 46 Конституции, отменила ограничительное действие ст. 218 КЗоТ. Естественно, такая практика — источник права.

Ограничение судебной защиты права на труд долгие годы было существенным пороком трудового законодательства. И вот, не дожидаясь совершенствования КЗоТ, судебная практика, правда, с опорой на Конституцию, покончила с этим пороком. Мы подчеркиваем заслугу судебной практики в решении проблемы. Ведь и Конституция СССР 1977 г. предусматривала (ст. 57, 58) судебную защиту прав граждан. Но применение перечней отдельных категорий руководящих работников как основания для отказа в приеме их заявлений продолжалось. И только в самое последнее время судебная практика решительно изменила облик трудового законодательства.

В приведенных примерах судебная практика могла быть объяснена

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 6. С. 2.

прямым действием Конституции РФ. Но это совсем не обязательное условие. Практика дает многочисленные примеры, когда судебная практика изменяет действующее право в силу внутреннего убеждения судей и без ссылки на Конституцию. Приведем только один из примеров. Согласно Правилам возмещения работодателями вреда, причиненного повреждением здоровья работника, от 24 декабря 1992 г., при ликвидации предприятия суммы возмещения подлежали капитализации и внесению в органы государственного страхования. Если капитализация не была произведена, то потерпевший мог предъявить иск органу государственного страхования (ст. 32 Правил). Однако при рассмотрении конкретного дела Пермский областной суд пришел к выводу, что в современных условиях иск должен быть адресован органу государственного социального страхования, а не органу государственного страхования. Не будем полностью пересказывать доводы суда, они достаточно сложны, обратим внимание только на конечный вывод. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ согласилась с выводом областного суда, дело было опубликовано¹.

Мы видим, что судебная практика в самых различных проявлениях — и при отмене нормативных актов, и в разъяснениях пленумов, и при прямом применении Конституции, и при разрешении конкретных споров — оказывается источником права. Принятые судебные решения служат образцом для будущих судебных решений, т.е. складывается механизм судебного прецедента. Следует обратить внимание на важную особенность основополагающих решений, на базе которых складывается судебный прецедент. Все эти решения в той или иной форме апробируются Верховным Судом РФ или Высшим Арбитражным Судом и публикуются. Опубликование судебного решения превращает это решение в основу прецедента. Эта черта сближает судебную практику с другими источниками права. Нормативные акты, принимаемые парламентом и органами управления, подлежат опубликованию. В опубликовании актов состоит одно из условий их применения: акты должны быть известны всем участникам общественных отношений — и гражданам, и организациям. То же относится и к судебному решению. Неопубликованное решение остается втуне, оно обязательно только для участников конкретного спора, другие граждане, организации, суды о нем не знают. Опубликование решения делает его предметом общего достояния, свидетельствует о его апробации Верховным Судом РФ или Высшим Арбитражным Судом; эти суды издадут свои бюллетени, являющиеся основным источником судебной практики. Механизм судебного прецедента сегодня предстает в таком виде: принятие

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 12. С. 2.

решения — апробация решения Верховным Судом РФ или Высшим Арбитражным Судом (если решение принято иным судом) — опубликование решения — применение его другими судами. Такова сложившаяся реальная ситуация.

3. Некоторые вопросы теории

Фактическое положение дел свидетельствует о становлении судебной практики как источника права. Как можно оценить эту ситуацию с позиций правовой теории?

Теория и практика разделения властей, принятые в России, видят в суде орган власти. Все три власти — законодательная, исполнительная, судебная — осуществляют управление обществом, каждая власть — своими средствами. По идеальной схеме разделения властей представительная власть занимается законодательством, исполнительная власть — собственно управлением, администрацией, судебная власть — разрешением споров. В реальной действительности разделение властей состоит отнюдь не в изоляции одной власти от другой, их деятельность взаимно переплетена. При ближайшем рассмотрении оказывается, что все три власти используют одно и то же средство управления — издание обязательных для исполнения правил поведения. Представительная власть принимает самые важные, крупные, общие правила — законы. Исполнительная власть принимает во исполнение законов более конкретные правила. Наконец, судебная власть принимает правила, дающие разрешение спорных ситуаций. Признавая в судебной системе самостоятельную ветвь государственной власти, мы тем самым признаем допустимость принятия судами правовых норм. Именно судебные правовые нормы являются типичным средством управления в цивилизованном обществе. Разрешение конкретной спорной жизненной ситуации дается судом в виде судебного решения. Такое решение является правилом поведения, обладающим принудительной силой. В этом смысле оно не отличается от правовой нормы. Да, мы привыкли видеть отличие в том, что норма имеет всеобщее применение, а конкретное судебное решение персонифицировано, относится только к определенной ситуации. По-видимому, в таком подходе больше традиционности, чем справедливости. Суть правовой нормы — в обязательности содержащегося в ней правила, но отнюдь не в том, скольких людей оно касается. Можно придать властные функции и конкретному судебному решению, распространить его на широкий круг аналогичных ситуаций.

Этот механизм судебного прецедента абсолютно корректен с позиций разделения властей, он имеет широкое применение в мировой практике и постепенно внедряется в российскую действительность.

Уже сейчас, как следует из приведенных выше примеров, есть основания признать, что суды создают нормы права, другими словами, судебная практика является источником права. На нынешнем этапе этот тезис безусловно охватывает судебную практику в обобщенном виде, в виде постановлений вышестоящих судебных органов. Но не только. И другие судебные решения стали источниками права. Так, решения Конституционного Суда, решения общих и арбитражных судов об отмене правовых норм являются типичными правовыми нормами, их действие распространяется на неопределенный круг субъектов. Решение общего или арбитражного суда по конкретному делу обязательно в пределах данного дела, это пока еще не правовая норма. Однако если аналогичные решения принимают многие суды, то можно говорить о сложившейся судебной практике, которая имеет персонально неопределенную сферу применения. Путь от единичного судебного решения к правовой норме лежит через апробацию этого решения и его опубликование.

Признав судебную практику источником права, нужно указать ее место в общей системе источников права. Основополагающее место в этой системе бесспорно принадлежит Конституции, главный закон страны является эталоном, образцом, критерием для всех источников права любого уровня. Следующее за Конституцией место в системе источников права принадлежит законам. Законы являются источниками права крупного масштаба, они обладают значительной степенью всеобщности, охватывают, как правило, широкие области общественных отношений. Есть области, где закон является (разумеется, после Конституции) единственным источником права, достаточно указать на права человека, уголовное право, процессуальное право. Законодатель обладает значительной свободой в избрании того или иного решения, он ограничен только общеправовыми гуманистическими принципами и нормами Конституции.

Следующее по иерархии звено в системе источников права — акты органов управления. Осуществляя свои полномочия, исполнительная власть не может не издавать правовых норм. Но эти нормы носят подзаконный характер, они не могут противоречить законам, они лишь продолжают законы, в той или иной степени их развивают, дополняют, конкретизируют. Любое несоответствие закона и акта органа управления решается в пользу закона. В то же время не вызывает сомнения тот факт, что подзаконный акт является источником права, обладает исполнительной силой.

Акты судебных органов занимают своеобразное место в системе источников права. Бесспорен подчиненный характер судебных актов по отношению к Конституции. По общему правилу судебные акты носят и подзаконный характер. Однако это отношение не абсолютно, поскольку некоторые суды наделены правом проверки и отмены законов. Можно сказать, что суды по отношению к закону выступают в двойной роли: с одной стороны, суды подчиняются закону, применяют его, с другой стороны, суды проверяют обоснованность закона и вправе его отменить.

Далее суды, принимая правовые нормы, восполняют пробелы в правовом регулировании. Эта ситуация достаточно типична. Законодатель, орган управления в своей нормотворческой деятельности могут оставить ту или иную область общественных отношений вне правового регулирования. Причины такого решения самые различные — от некомпетентности до намеренного умолчания. Но когда с подобным пробелом сталкивается суд, он не может уклониться от решения вопроса. Суд обязан разрешить спор, и, разрешая его, он восполняет пробел в регулировании. Примеров десятки, сотни. Суд в этих случаях доделывает работу законодательной и исполнительной власти. Теоретических возражений против подобного доработки в условиях возрастания роли судебной власти нет, практическая необходимость в ней очевидна.

Наконец, суды своими решениями осуществляют конкретизацию законов. Эта особенность судебной практики давно отмечена в юридической литературе. В монографии, посвященной судебной практике, читаем: «Конкретизация необходима общей норме права, которая настолько обща, что без соответствующего разъяснения и уточнения не может быть применена. Это не значит, что такая норма не нужна, что она вообще не действует. Норма права устанавливает меру поведения, а судебная практика накапливает конкретные формы поведения в границах этой меры»¹. Судебная практика приспособливает общеправовую норму к особенному и единичному — конкретным жизненным ситуациям. Естественно, этот процесс имеет свои особенности в различных отраслях законодательства. Вот, например, как это происходит в уголовном законодательстве, судя по высказыванию известного специалиста проф. А. В. Наумова: «Без судебного прецедента не обойтись при квалификации преступлений... перед правоприменителем в связи с особенностями конкретного дела встает вопрос о конкретном выражении буквы уголовного закона. Однако уголовный закон наполняется реальным содержанием только через судебную практику по конкрет-

¹ Судебная практика в советской правовой системе. М., 1995. С. 25 (авторы главы С. П. Братусь, А. Б. Венгеров).

ным делам. И каждое новое судебное решение расширяет или, наоборот, сужает представление правоприменителя о содержании уголовно-правовой нормы, соответственно расширяя или сужая возможности реального поведения, адекватного его отражению в «букве» уголовного закона. Только судебный прецедент может ответить на вопрос о том, каково конкретное содержание оценочного понятия, употребленного при конструировании уголовно-правовой нормы». И далее: «Признание за судебным прецедентом роли источника уголовного права не противоречит ни принципу «нет преступления без указания о том в законе», ни конституционному положению о том, что каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ст. 49). Судебный прецедент является вторичным и производным по отношению к уголовному закону, подчинен ему, конкретизирует «букву», наполняя ее реальным содержанием, и в конечном счете является необходимым условием реализации воли самого же законодателя»¹. И в других отраслях законодательства судебная практика выполняет аналогичную роль связующего звена между законом и жизнью.

Признание за судебной практикой роли источника права не умаляет полномочий законодательной и исполнительной власти. Суды выполняют только им присущие полномочия, которые не могут быть выполнены другими органами. Возрастание роли суда в жизни общества с необходимостью приводит к выполнению судебной практикой нормотворческой функции. Это и происходит в российской действительности.

¹ *Наумов А.В.* Уголовное право. Общая часть. Курс лекций. С. 109–110, 111.

К ВОПРОСУ О СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ КАК ИСТОЧНИКЕ ПРАВА

Является ли судебная практика источником права? По этому вопросу в науке высказывались разные точки зрения: судебная практика — источник права в той части, в какой она находит отражение в разъяснениях Пленума Верховного Суда; судебная практика — источник права в полном объеме, включая результаты деятельности нижестоящих судов; судебная практика независимо от форм ее выражения не является источником права.

Фактически судебная практика, выраженная в разъяснениях Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР, признавалась источником права, поскольку в судебных решениях допускались ссылки на них как на правовую основу разрешения дела. Сначала это происходило в силу их авторитета и сложившейся традиции, а затем в силу закона, когда указанные разъяснения стали обязательными для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон (ст. 3 Закона СССР «О Верховном Суде СССР», принятого 30 ноября 1979 г., ст. 56 Закона РСФСР «О судоустройстве в РСФСР», принятого 8 июля 1981 г.).

Опубликованная практика Верховного Суда СССР и Верховного Суда РСФСР официально не могла рассматриваться в качестве источника права, и ссылки на нее в судебных решениях недопустимы, поскольку в нашей стране институт судебного прецедента не признается. Однако она фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона или аналогии права.

Тем не менее в науке преобладающей была точка зрения о том, что судебная практика не может рассматриваться в качестве источника права. В настоящее время этот вопрос вновь стал дискуссионным, и ряд ученых (С.А.Иванов, Р.З.Лившиц и некоторые другие) положительно отвечают на него.

¹ Заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации, кандидат юридических наук.

Разделяя подход к судебной практике как к источнику права, полагаю, что сейчас эта проблема стала значительно важнее, чем ранее, и приобрела не только теоретическое, но и большое практическое значение.

В чем состоит потребность заново осмыслить роль и значение судебной практики в правовой системе РФ?

Во-первых, это вызывается тем, что Конституция РФ, закрепив в ст. 1 и 2 положения о том, что Россия является правовым государством, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, в ст. 18 возложила на суд задачу исключительной важности — обеспечить защиту прав и свобод человека и гражданина, для чего наделила суд очень широкими полномочиями, предоставив ему право рассматривать жалобы на любые решения и действия (или бездействие) любых органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц (ст. 46).

Во-вторых, это вызывается тем, что в настоящее время в России создается качественно новое право на основе ее новой Конституции, принятой 12 декабря 1993 г., и общепризнанных принципов и норм международного права, которые, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции, входят в правовую систему РФ.

Какую роль должна играть судебная практика в качественно новой правовой системе РФ?

С принятием новой Конституции в правовой системе РФ сложилась очень противоречивая и сложная ситуация. С одной стороны, в ней много положительного: сама Конституция РФ принята не в качестве декларативного документа, а в качестве акта высшей юридической силы, имеющего *прямое* действие и подлежащего *непосредственному* применению на всей территории РФ (ст. 15); положения Конституции РФ, составляющие основы конституционного строя РФ и правового статуса личности в РФ (гл. 1 и 2), — это без сомнения положения правовой Конституции (в частности, положения о том, что РФ — правовое государство, что в РФ высшей ценностью является человек, его права и свободы, что они определяют смысл, содержание и применение законов, что в РФ не допускается издание законов, отменяющих или умаляющих права и свободы человека и гражданина, а их некоторое ограничение допускается федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, — ст. 1, 2, 18, 55).

С другой стороны, в правовой системе РФ очень много отрицательного: огромное количество пробелов в законодательстве, огромное количество противоречий, в том числе противоречий между Конститу-

цией РФ и федеральными законами, между федеральными законами и законами, а также другими нормативными актами субъектов РФ; допускается много нарушений прав и свобод, в том числе и со стороны органов государственной власти; выдвигается и серьезно обсуждается немало предложений по «совершенствованию» законодательства, которые, по сути, направлены на неоправданные ограничения прав и свобод человека и гражданина, а нередко и на их прямое нарушение.

Как суду в такой сложной и противоречивой ситуации выполнить те обязанности, которые возложены на него Конституцией РФ (обеспечить защиту прав и свобод человека и гражданина от любых нарушений, в том числе от нарушений со стороны самого государства), как устранить (восполнить) пробелы, буквально повсеместно зияющие в законодательстве, в том числе и по вопросам конкретизации положений самой Конституции РФ, законодательное урегулирование которых необходимо для обеспечения ее нормального действия, как разрешить все противоречия в законодательстве, в том числе противоречия между Конституцией РФ и федеральными законами?

Решать эти проблемы или не решать — у суда выбора нет, поскольку их разрешение — это не задача, поставленная перед судом, которую он может неспешно решать (или не решать) в течение неопределенного времени, а возложенная на суд Конституцией РФ обязанность, которую он с момента введения ее в действие должен выполнять по всем рассматриваемым делам, не дожидаясь, когда законодатель приведет в порядок законодательство, примет в строгом соответствии с Конституцией РФ все необходимые законы, устранив тем самым пробелы и противоречия в праве.

Здесь следует отметить, что пробелы в праве были, есть и будут всегда, как бы законодатель ни хотел и ни умел принимать необходимые законы, поскольку предусмотреть все отношения, которые нуждаются в законодательном регулировании, просто невозможно. В отдельные исторические периоды даже самое стабильное и хорошо разработанное законодательство, в котором пробелов может быть немного, начинает кардинально обновляться, что неминуемо влечет значительное возрастание количества пробелов, а иногда и образование правового вакуума в регулировании даже очень важных отношений. В таких ситуациях роль судебной практики в целом и как источника права в частности значительно возрастает.

Имеется ли правовая основа для признания судебной практики источником права? Полагаю, да.

Во-первых, это положение Конституции РФ о том, что Россия правовое государство (ст. 1), которое обязывает законодателя издавать только правовые законы (это же относится и к другим управомоченным

на издание нормативных актов органам и должностным лицам), а суды — разграничивать право и закон, обеспечивать верховенство права и исключение возможности применения нормативных актов, противоречащих праву.

Во-вторых, это положение Конституции РФ о том, что государственная власть в РФ осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную, органы которых самостоятельны (ст. 10). Таким образом, суд теперь является носителем государственной власти с новыми, очень широкими полномочиями и исключительно важными задачами.

В-третьих, такую основу создают дела принципиально новой категории, ставшие подведомственными судам общей юрисдикции, — дела о непосредственном оспаривании нормативных актов (законов субъектов РФ и др.).

Признание судом нормативного акта недействительным и лишение его таким образом юридической силы, по сути, равнозначно принятию другого нормативного акта, которым отменяется первый. Решения судов по таким делам, так же как и оспариваемые по ним нормативные акты, имеют общее значение и обязательны к исполнению всеми органами государственной власти и должностными лицами. Очень важно, что суды, рассматривая другие дела индивидуального значения (о защите субъективных прав), отказывая в применении такого нормативного акта, должны будут ссылаться на решение суда о признании его недействительным.

В-четвертых, такой основой является новая функция правосудия, возникшая в связи с принятием действующей Конституции РФ и призванная обеспечить действие ее положений, а также норм международного права на всей территории РФ, — функция оценки федеральных законов и других нормативных актов.

Ранее суд свое отношение к закону выражал лишь в его толковании — уяснял смысл, цель закона, волю законодателя, чтобы обеспечить ее реализацию. Теперь этого — для выполнения конституционных обязанностей суда — становится недостаточно: суд должен не только истолковать закон, но и оценить его на предмет соответствия Конституции РФ, общепризнанным принципам и нормам международного права, которые имеют над ним приоритет, чтобы в тех случаях, когда законодатель принял закон с нарушением этих актов, воспрепятствовать реализации его воли, отказав в применении такого закона. Эта новая в деятельности суда функция уже сама по себе некоторым образом связана с созданием судом права, например когда суд отказывает в применении закона, противоречащего общим принципам права, и создает исходя из них конкретизирующую правовую норму, на основе

которой разрешается данное дело и могут быть разрешены другие аналогичные дела.

Выполняя свои обязанности, основываясь на изложенных выше положениях, восполняя пробелы и разрешая противоречия в законодательстве, суды в настоящее время зачастую вынуждены создавать (творить) право, иначе их деятельность станет не просто неэффективной, а приведет к результатам, противоположным тем, которые от него вправе ожидать общество: он будет не защищать права, а способствовать их нарушениям.

Опасения, что при таком подходе к роли судебной практики другие ветви власти посчитают себя вправе присвоить полномочия суда (по принципу: «Если суд может творить право, то они — вершить правосудие»), лишены оснований, поскольку на это имеется прямой запрет в ч. 1 ст. 118 Конституции РФ, согласно которой правосудие в РФ осуществляется только судом.

Судебная практика РФ последних лет дает немало подтверждений того, что она является источником права, что суд не только применяет право, но и творит его, и это служит на благо людей, поскольку обеспечивает защиту их прав и свобод, а отказ суда от этой функции послужил бы им во вред.

Так, 1 ноября 1991 г. Президиум Верховного Суда РСФСР по протесту Председателя Верховного Суда РСФСР принял постановление, имевшее очень большое значение для формирования судебной практики и защиты прав человека на свободу и личную неприкосновенность.

Г. был арестован с санкции прокурора в связи с привлечением к уголовной ответственности. Его адвокат подал в Верховный Суд РСФСР жалобу, ссылаясь на ст. 15 Декларации прав и свобод человека и считая избрание меры пресечения необоснованным. Постановлением судьи Верховного Суда РСФСР рассмотрение жалобы было отложено «до урегулирования вопроса о порядке ее рассмотрения в уголовно-процессуальном законодательстве».

Президиум Верховного Суда РСФСР это постановление отменил, указав, в частности, следующее.

В соответствии со ст. 2 Декларации прав и свобод человека положения Декларации имеют прямое действие и обязательны к исполнению всеми государственными органами, должностными лицами, общественными организациями, гражданами. Все права и свободы, закрепленные в Декларации, подлежат судебной защите.

В соответствии со ст. 15 этой Декларации никто не может быть подвергнут аресту иначе как на основании судебного решения или с санкции прокурора, а в случае ареста или содержания под стражей гражданин имеет право на судебную проверку и обжалование этих

действий. Следовательно, Декларация устанавливает судебную проверку жалоб на необоснованное применение меры пресечения в виде содержания под стражей; вынеся решение об отложении рассмотрения такой жалобы до принятия соответствующего уголовно-процессуального законодательства, судья тем самым в нарушение закона оставил ее без рассмотрения.

Таким образом, Президиум Верховного Суда РСФСР, указав на необходимость прямого применения положений Декларации прав и свобод человека независимо от того, что процедура реализации некоторых из них не урегулирована в отраслевом законодательстве (в данном случае процедура рассмотрения судами жалоб граждан на арест и содержание под стражей), по сути, признал необходимым до внесения соответствующих дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс самим судам вырабатывать эту процедуру, т.е. самостоятельно создавать процессуальное право, регулирующее данные отношения.

Такая процедура судами была выработана исходя из общих принципов права и успешно действовала. Дополнения в Уголовно-процессуальный кодекс, регулирующие порядок судебной проверки законности и обоснованности содержания под стражей, были внесены лишь 23 мая 1992 г. и в принципе от нее не отличались; к этому времени в судах имелась значительная практика рассмотрения таких жалоб, основанием для чего послужило указанное постановление Президиума Верховного Суда РСФСР, которое, полагая, вполне обоснованно следует рассматривать в качестве источника права.

Другой пример.

Конституция РФ гарантирует всем равенство перед законом и судом (ст. 19). Такое же положение имелось и в ранее действовавшей Конституции.

Это означает, что право на судебную защиту должно быть гарантировано всем в равной степени независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

Однако в 1992 г. в практике возникли серьезные проблемы с обеспечением судебной защитой военнослужащих от нарушений их прав со стороны органов военного управления и воинских должностных лиц. Казалось бы, ясно, что военнослужащие в силу соответствующих конституционных положений имеют, как и все другие граждане, право на судебную защиту, но проблема состояла в том, что законодательство не регулировало отношения, связанные с реализацией этого права военнослужащими, с учетом специфики воинской службы: не определяло суды, компетентные рассматривать жалобы военнослужащих на

действия органов военного управления и воинских должностных лиц, и порядок рассмотрения таких жалоб. В соответствии с действовавшим тогда законодательством в компетенцию военных судов входило лишь рассмотрение уголовных дел (гражданские дела они рассматривали как исключение — в тех местностях, где не было народных судов), а рассмотрение таких дел народными судами в связи с их спецификой было очень затруднено, нередко и вообще невозможно.

Пленум Верховного Суда РФ решил эту проблему на основании прямого применения ст. 63 действовавшей тогда Конституции РФ в редакции от 21 апреля 1992 г., считая невозможным дожидаться принятия законодателем необходимых для реализации военными служащими конституционного права на судебную защиту законов. В постановлении от 18 ноября 1992 г. № 14 «О судебной защите прав военнослужащих от неправомερных действий органов военного управления и воинских должностных лиц» указывалось:

1. Исходя из содержания ст. 63 Конституции РФ, каждый военнослужащий имеет право на обжалование в суд действий органов военного управления и воинских должностных лиц, если считает, что они нарушают его права и свободы.

2. Дела по жалобам военнослужащих на неправомερные действия органов военного управления и воинских должностных лиц рассматриваются военными судами (военными судьями) применительно к правилам, установленным Законом СССР от 2 ноября 1989 г. «О порядке обжалования в суд неправомερных действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан», который в соответствии со ст. 2 Постановления Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 г. «О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств» и главами 22, 24¹ ГПК РСФСР применяется на территории Российской Федерации.

Это постановление, полагаю, также явилось источником права: оно конкретизировало положения Конституции РФ о праве на судебную защиту применительно к отношениям, возникающим из воинской службы; наделило военные суды компетенцией рассматривать гражданские дела по жалобам военнослужащих на действия органов военного управления и воинских должностных лиц, нарушающие их права; определило порядок рассмотрения дел по таким жалобам аналогично общему порядку, установленному Законом для рассмотрения жалоб других граждан на неправомερные действия органов государственного управления и должностных лиц.

Основываясь на этом постановлении Пленума Верховного Суда РФ как на источнике права, военные суды рассмотрели много дел, связанных с нарушениями прав военнослужащих (с незаконными

увольнениями со службы, понижениями в должности или в звании, невыплатами денежного содержания и др.). По сути, это постановление Пленума Верховного Суда РФ явилось не «просто» источником права, а положило начало функционированию в Вооруженных Силах РФ судебной власти, поскольку впервые поставило под судебный контроль действия и решения органов военного управления и воинских должностных лиц. Специальный Закон РФ, который регламентировал права военнослужащих на судебную защиту и компетенцию военных судов в этих делах, — «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан», — был принят только 27 апреля 1993 г.

Можно было бы привести и множество других примеров, но и без этого, полагаю, становится очевидно, что роль и значение судебной практики значительно возросли, поэтому было бы правильным официально признать судебную практику Верховного Суда РФ по конкретным делам источником права, придав опубликованным решениям Верховного Суда РФ, имеющим принципиально важное значение, силу прецедента и предоставив судам РФ право ссылаться на них в своих решениях.

СУДЕБНЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ КАК ИСТОЧНИК ТРУДОВОГО ПРАВА

Мне уже приходилось писать, что постановления судов высшей инстанции — Конституционного Суда и Верховного Суда Российской Федерации — являются источником права вообще и трудового права в частности². Однако такая постановка вопроса не вызвала понимания, по крайней мере со стороны многих научных и практических работников. Между тем фактически немало постановлений уже стали источниками права. Теоретически же вопрос не разработан. А это, на мой взгляд, не только обедняет теорию права, но и не содействует дальнейшему развитию практики. Попытаемся рассмотреть этот вопрос более углубленно.

О постановлениях Верховного Суда РФ. На протяжении многих лет в нашей юридической литературе господствовало утверждение о неправомочности признания постановлений Верховного Суда в качестве источников права. Но правильна ли такая точка зрения? По моему мнению, она не соответствовала истине в недалеком прошлом и тем более требует корректировки в нынешних условиях перехода к рынку.

В обоснование указанного утверждения выдвигаются в основном два аргумента. Первый, традиционный, исходит из того, что Верховный Суд осуществляет надзор за деятельностью нижестоящих судов, обеспечивает единство в их деятельности; иначе говоря, он занимается правоприменением, а не правотворчеством. Второй аргумент, выдвигаемый уже в последнее время, состоит в том, что правотворчество суда пришло бы в противоречие с принципом разделения властей.

Действительно, Верховный Суд РФ применяет право, следит за единообразным применением закона. Это его основная и весьма важная функция. Но она отнюдь не исключает того, что в определенных случаях, главным образом при обнаружении пробелов в праве, суд может заниматься нормотворчеством, принимать решения, становящиеся источником трудового права. Тем не менее многие, отмечая су-

¹ Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор.

² См.: *Иванов С.А.* Трудовое право переходного периода: новые источники // Государство и право. 1996. № 1.

дебную деятельность по заполнению пробелов, не делают из этого логического вывода, ведущего к признанию правотворчества.

Вспомним несколько разъяснений Верховного Суда РФ, содержащих положения нормативного характера.

В 1994 г. при рассмотрении вопросов применения законодательства о компенсации морального вреда Верховный Суд РФ принимает решение, согласно которому суды «вправе обязать работодателя компенсировать причиненные работнику нравственные, физические страдания в связи с незаконным увольнением, переводом на другую работу, необоснованным применением дисциплинарного взыскания, отказом в переводе на другую работу в соответствии с медицинскими рекомендациями и т.п.»¹.

В 1992 г. в связи с необходимостью получения предварительного согласия профсоюзного органа на увольнение работника по инициативе администрации (ст. 35 КЗоТ) Верховный Суд РФ указал, что такого согласия не требуется, если работник не является членом профсоюза, действующего на предприятии².

В 1994 г. в связи с вопросом о предоставлении работникам дополнительного отпуска Верховный Суд РФ решил, что все дополнительные отпуска должны присоединяться (полностью или частично) к отпуску в 24 рабочих дня³.

Все три положения являются не чем иным, как дополнением законодательства о труде. Первое из них восполняет в нем крупный пробел, существовавший до недавнего времени. Два других дополнили КЗоТ, как бы мы их ни квалифицировали, заполнением пробелов или исправлением ошибки в применении норм материального права. Речь шла, по существу, о дополнении ст. 35 относительно расторжения трудового договора по инициативе администрации с предварительного согласия профсоюзного органа и ст. 67 и 68, касающихся отпусков.

Таким образом, практика идет по пути принятия положений нормативного характера в постановлениях Верховного Суда РФ, ставших обязательными либо только для судов, либо не только для них, но и для предприятий, которые их уже фактически применяют. Это значит, что постановления стали источником трудового права, и с этим нельзя не считаться. Признав постановления Верховного Суда РФ источником права, мы придаем им больший авторитет в области регулирования

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 3. С. 10.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 1992 г. // Вестник Верховного Суда РФ. 1993. № 3.

³ Постановление Президиума Верховного Суда РФ // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 8. С. 2.

труда и трудовых отношений, более точно определяем их природу и юридическую значимость.

Другое дело хорошо это или плохо для правового регулирования труда и не противостоит ли это становлению новой для нас модели разделения властей? Думаю, что хорошо. Ибо судебное нормотворчество позволяет более или менее оперативно и гибко восполнять пробелы в законодательстве и развивать трудовое право. Так, Верховный Суд РФ восстановил упомянутую выше норму относительно увольнения работника, не являющегося членом профсоюза, которая была в союзном законе от 12 мая 1991 г.¹, но по Закону РФ от 25 сентября 1992 г. ее не оказалось в КЗоТе².

В этой связи хотелось бы сделать три замечания.

Первое. Источником права являются постановления только Верховного Суда РФ. Решения судов общей юрисдикции, находящихся ниже Верховного Суда РФ, источником права не являются, поскольку касаются дел, имеющих частную значимость, и поскольку по сходным делам ими могут быть приняты разные решения. Постановления же Верховного Суда РФ приобретают качество источника права именно потому, что в судебной системе только он способен обеспечить единообразное применение закона. Постановление может быть принято на основе решения одного нижестоящего суда или нескольких судов. Оно может быть принято и самостоятельно.

Так, суды по-разному решали вопросы о возмещении морального вреда, чаще считая, что оно допустимо только в случаях, прямо предусмотренных законом. Есть примеры, когда суды отказывали в возмещении морального вреда по делам о восстановлении на работе исходя из того, что КЗоТ такого права работникам не предоставлял. Верховный Суд РФ не поддержал эту практику при рассмотрении конкретных дел³. Его позиция в итоговом виде была сформулирована в приведенном уже постановлении Пленума от 20 декабря 1994 г. относительно применения законодательства о компенсации морального вреда (п. 4), ставшем источником трудового права.

Поскольку речь идет о новом для нас явлении, не лишен интереса опыт других стран. Во Франции, например, где роль судебной практики, по свидетельству местных юристов, исключительно велика, источником права признаются решения не любого суда, а лишь суда высшей

¹ Закон СССР о внесении изменений и дополнений в законодательные акты Союза ССР о труде // Ведомости Съезда нар. депутатов СССР и Верхов. Совета СССР. 1991. № 21. Ст. 599.

² Закон РФ о внесении изменений и дополнений в КЗоТ РСФСР // Ведомости Съезда нар. депутатов РФ и Верхов. Совета РФ. 1992. № 41. Ст. 2254.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 11. С. 11–12; 1995. № 10. С. 11.

инстанции, каким является Кассационный суд. При этом они акцентируют внимание на его единообразующих решениях. «Судебная практика, — читаем в едва ли не самом авторитетном издании по трудовому праву, — источник права только тогда, когда она не меняется от одного судебного органа к другому, но унифицирована в национальном масштабе»¹.

Второе замечание. Постановления как источник права, с моей точки зрения, не имеют приоритета перед законом. Закон всегда выше постановления. Этот тезис долгое время оставался неясным, и только совсем недавно он приобрел необходимую определенность. Произошло это в связи с возникшей на практике проблемой оплаты времени вынужденного прогула.

Как известно, совсем недавно при восстановлении на работе суды, руководствуясь ст. 213 КЗоТ, принимали решение о выплате работнику среднего заработка за время вынужденного прогула, но не более чем за один год. Конституционный Суд в своем Постановлении от 27 января 1993 г. признал неконституционным это временное ограничение. Соответственно Верховный Суд РФ внес изменение в свое постановление от 22 декабря 1992 г. о некоторых вопросах применения судами РФ законодательства при разрешении трудовых споров, исключив из него указание об ограничении оплаты вынужденного прогула одним годом (п. 45, 47). В итоге появилась разногласица. Одни считали, что время оплаты должно быть ограничено, поскольку ст. 213 КЗоТ продолжала действовать в неизменном виде, другие же, наоборот, отрицали ограничение, опираясь на постановления Конституционного и Верховного Судов РФ. И лишь после принятия Закона от 17 марта 1997 г. об изменении ст. 213 КЗоТ, упразднившего ограничение сроков оплаты вынужденного прогула², проблема была снята: со времени вступления Закона в действие (20 марта 1997 г.) оплате подлежит все время вынужденного прогула.

Третье замечание. По моему мнению, судебное постановление должно оставаться источником права до тех пор, пока законодатель либо подтвердит его, приняв аналогичную норму, либо изменит, либо вообще отвергнет, ибо приоритет принадлежит законодателю. Что касается подтверждения, то наиболее наглядным и свежим примером является дополнение ст. 213 КЗоТ частью, касающейся возмещения морального вреда. Согласно упомянутому Закону от 17 марта 1997 г., в случае увольнения без законного основания либо незаконного перевода на другую работу суд вправе по требованию работника вынести

¹ Lyon-Caen G., Pélissier J., Supiot A. Droit du travail. Paris, 1996. P. 47.

² Собрание законодательства РФ. 1997. № 12. Ст. 1382.

решение о возмещении работнику денежной компенсации морального вреда, причиненного ему указанными действиями. Размер этой компенсации определяется судом.

Представляется, что с принятием этого Закона и введением его в силу утратило свое действие в качестве источника права соответствующее положение постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. Однако возникает вопрос: утратило действие все положение либо только та его часть, которая воспроизведена в Законе? Ведь в постановлении говорится о компенсации работодателем морального вреда не только в случаях незаконного увольнения и перевода, но и в случаях «необоснованного применения дисциплинарного взыскания, отказа в переводе на другую работу в соответствии с медицинскими рекомендациями и т.п.». Исходя из социального подхода к регулированию трудовых отношений, который, по моему убеждению, был и остается наиболее правильным подходом, сомнение при применении права должно быть в пользу работника¹. Следовательно, ответ на поставленный вопрос должен состоять в том, что часть постановления, не подтвержденная Законом, но и не отвергнутая им, остается действующим источником трудового права.

Очевидно, что от рассматриваемой практики Верховного Суда РФ не пострадало разделение властей, находящееся в стадии становления. Не страдает оно от подобной практики и на Западе. Не говоря уже о странах прецедентного права, в Германии и во Франции, например, решение судов высшей инстанции является источником права, несмотря на существующее разделение властей.

Думается, Верховному Суду РФ следовало бы предоставить новые возможности для дальнейшего совершенствования своей практики, ибо в условиях перехода к рыночным отношениям потребность в этом будет возрастать. Новые возможности видятся в официальном предоставлении Верховному Суду РФ права давать толкование законов и в признании судебного правотворчества.

Во всем мире судебное толкование законов играет исключительно важную роль в правоприменительной практике. С помощью толкования устраняются неясность в законе, двусмысленность, если, конечно, они существуют, проявляется его настоящий смысл. В нынешних условиях, когда законы нередко оказываются некачественными, когда их техническая подготовка оставляет желать лучшего, придание Верховному Суду РФ права толкования законов оправдано и необходимо. В теоретическом плане оно способствовало бы устранению неясностей в

¹ См.: *Иванов С.А., Лившиц Р.З.* Личность в советском трудовом праве. М., 1982. С. 58.

вопросе об источниках права, ибо он тесно связан с вопросом о толковании и во многом зависит от него.

Толкование Верховным Судом РФ законов и признание судебного правотворчества никогда не составят конкуренцию законодателю, поскольку зачастую ограничены восполнением пробелов, которых много и которые законодатель не может либо не успевает заполнить в связи с быстро развивающейся практикой общественных отношений, в частности трудовых. В нашей правовой системе, как впрочем, и в зарубежных системах, пробелы обычно заполняются путем обращения к гражданскому законодательству либо, что также бывает, к его общим положениям. И это вполне естественно, ибо, как известно, трудовое право в значительной части вышло из гражданского права, наиболее общие положения которого и сегодня составляют основу ряда отраслей права. Но использование гражданско-правовых норм при заполнении пробелов в трудовом законодательстве не может и не должно прямо или косвенно противоречить сущности трудового права, его основному социальному назначению — защите работника. Как совершенно обоснованно сказано в упомянутом французском издании, гражданское право можно использовать, если его нормы «не содержат ни малейшего риска исказить трудовое право»¹.

Необходимость расширения возможностей Верховного Суда РФ для совершенствования практики подтверждается, если так можно сказать, историей. Ведь нынешняя практика Верховного Суда РФ в рассматриваемой области не всегда была такой. В былые годы разъяснения Верховного Суда СССР были отнюдь не обязательными и рассматривались многими всего лишь в качестве рекомендаций. В те времена они в самом деле не могли быть источником права.

После принятия в 1979 г. Закона о Верховном Суде СССР разъяснения приобрели обязательный характер, и это было шагом в направлении приобретения ими качества источника права. Теперь, повторяю, целесообразно идти дальше — от обязательного характера разъяснений к официальному наделению Верховного Суда РФ правом толкования законов. Такой переход явился бы, в частности, оформлением хотя и небольшой, но уже имеющейся практики.

Между разъяснением и толкованием грань очень хрупкая и подвижная. Не случайно в литературе правильно отмечалось, что разъяснения сами по себе являются средством судебного толкования законов, его видом². Ведь разъяснение и толкование состоят в раскрытии смысла

¹ Lyon-Caen G., Pélissier J., Supiot A. Op. cit. P. 49.

² См.: Смоленцев Е.А., Добровольская Т.Н., Мазалов А.Г., Шейнин Х.Б. Научно-практический комментарий к Закону о Верховном Суде СССР. М., 1981. С. 16.

закона, применяемого в процессе судебной деятельности. Вопрос зачастую в сфере действия: если разъяснения имеют узкую сферу, принимаются судом и для судов, то толкования обычно носят более общий характер. В практике Верховного Суда РФ последнее подчас уже имеет место. Так, разъяснения относительно увольнения работника, не являющегося членом профсоюза, и присоединения дополнительных отпусков, как мы видели, имеют широкую сферу действия.

В развитых зарубежных странах, как уже говорилось, суды высших инстанций дают не разъяснение, а толкование законов. Разъяснение — это «нашенское» изобретение. В современное российское право дача разъяснений пришла из дооктябрьских времен, когда административная практика в качестве источника права «составляла своеобразную особенность нашей русской жизни»¹.

Разъяснения наряду с толкованием действующих законов в форме постановлений давал Главное по фабричным и горнозаводским делам присутствие, деятельность которого имела, по существу, судебно-административный характер (после февраля 1917 г. оно было преобразовано в Министерство труда). Разъяснения Сената, главного творца судебного права, по трудовым делам были немногочисленны. Возмещая этот недостаток судебной практики, разъяснения Главного присутствия призваны были, как говорилось в предисловии к одному из сборников его постановлений, способствовать «правильному применению... узаконений и правил и служить руководящим при этом началом»². После Октября, по существу, была воспринята не только дореволюционная практика, но и терминология — «разъяснения», «руководящие разъяснения», «руководящие начала». Разница состояла в том, что наряду с разъяснениями административного органа (Наркомата труда, Министерства труда) широкое распространение получили разъяснения по трудовым делам Верховного Суда.

Думаю, можно сказать, что использование разъяснений в области правоприменения до и после Октября обуславливалось применительно к конкретным условиям господством авторитаризма, излишним административным вмешательством в общественные отношения, отсутствием разделения властей и как следствие этого — отсутствием подлинной самостоятельности судов. В свое время дача разъяснений с их ограниченной сферой действия обуславливалась подконтрольностью деятельности Верховного Суда СССР перед Президиумом Верховного

¹ Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 41.

² Там же. С. 43.

Совета СССР, который был единственным органом, имевшим конституционное право давать толкование законов¹.

Со временем мы привыкли к разъяснениям, и это нашло свое отражение в Конституции РФ 1993 г. (ст. 126). Вместо того чтобы дать Верховному Суду РФ право толковать законы, как это сделано применительно к Конституционному Суду, ему предоставили возможность давать только разъяснения, находясь в плену ранее установившейся практики и старого мышления. В новых условиях такой менталитет неприемлем. Разделение властей должно привести к утверждению подлинной самостоятельности Верховного Суда РФ и к наделению его правом толкования законов, что будет способствовать в свою очередь утверждению его решений в качестве источников права.

Вопреки существующему мнению, дачу разъяснений и в новых условиях следовало бы оставить за Министерством труда РФ, как это предусмотрено в Постановлении Правительства РФ от 13 сентября 1996 г. Министерство труда, говорится в Постановлении, дает разъяснения по применению нормативных правовых актов в области труда, занятости и социальной защиты населения². Практика показала, что такого рода разъяснения иногда просто необходимы. Вместе с тем целесообразно придать разъяснениям их настоящую значимость административных актов. Во-первых, разъяснения не должны перерастать в толкование законов, которое случается подчас в ущерб работникам. Во-вторых, разъяснения должны быть подконтрольны суду: следовало бы сделать нормой обжалование в судебном порядке работниками, профсоюзами или предпринимателями разъяснения, которое, по их мнению, расходится с Законом о труде либо нарушает его. Практика уже пошла по этому пути.

В 1996 г. в Верховном Суде РФ было рассмотрено дело по заявлению открытого акционерного общества «Томскнефть» и жалобе территориального комитета профсоюза Северного флота, оспаривавших разъяснения Министерства труда РФ от 25 июня 1993 г. «О некоторых вопросах, связанных с порядком предоставления дополнительных отпусков, предусмотренных действующим законодательством». В заявлении и жалобе указывалось, что согласно законам о труде дополнительные отпуска работникам должны присоединяться к ежегодному оплачиваемому отпуску, составляющему не менее 24 рабочих дней, а не к 12 рабочим дням, как это предусмотрено разъяснением Министерства труда. На этом основании ставился вопрос о признании его недействительным. Несмотря на возражения представителя министерства,

¹ См.: Смоленцев Е.А., Добровольская Т.Н., Мазалов А.Г., Шейнин Х.Б. Указ. соч.

² Собрание законодательства РФ. 1996. № 38. Ст. 4436.

Верховный Суд РФ заявление и жалобу удовлетворил. Соответственно Министерство труда постановлением от 17 июля 1996 г. отменило свое разъяснение. Таким образом, обжалование в суде необоснованного разъяснения дало положительный результат.

О постановлениях Конституционного Суда РФ. Правовая природа этих постановлений ясно придает им качество источников права. Согласно Конституции РФ, Конституционный Суд «дает толкование Конституции» (п. 5 ст. 125). Аналогичная норма предусмотрена Федеральным конституционным законом от 21 июля 1994 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ст. 3)¹. Поэтому в случаях, когда речь идет о вопросах труда, предусмотренных ст. 37 Конституции и другими статьями, постановления Конституционного Суда являются источником трудового права.

Толкование Конституции РФ — один аспект деятельности Конституционного Суда. Другой аспект — проверка конституционного закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле (п. 4 ст. 125). Как известно, проверка осуществляется по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов. Является ли постановление Конституционного Суда источником права в данном случае? Попытаюсь ответить на этот вопрос на примере Постановления Конституционного Суда от 17 мая 1995 г. по делу о проверке конституционности ч. 1 ст. 12 Закона СССР 1989 г. о порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов), согласно которой на предприятиях и в организациях гражданской авиации прекращение работы как средство разрешения коллективного трудового спора не допускается.

Рассмотрев жалобу профсоюза летного состава РФ на нарушение Московским городским судом при разрешении его дела конституционного права на забастовку, Конституционный Суд указал на крупный недостаток упомянутого Закона, состоящий в том, что ч. 1 ст. 12 «не предусматривает какой-либо дифференциации предприятий, подразделений, служб, категорий работников гражданской авиации с учетом характера их деятельности, а также значимости выполняемых ими работ»². В этой связи, говорится в Постановлении, запрет забастовок на предприятиях и в организациях гражданской авиации на основании одной лишь их принадлежности к определенной отрасли не соответствует ряду положений Конституции РФ. Исходя из этого, Конституционный Суд пришел к выводу, что впредь до принятия федерального

¹ Там же. 1994. № 13. Ст. 1447.

² Росс. газ. 1995. 25 мая.

закона ч. 1 ст. 12 Закона 1989 г. должна применяться с учетом требований Конституции РФ (ч. 3 ст. 17 и ч. 2 ст. 55).

Вывод Конституционного Суда являлся, на мой взгляд, источником трудового права, хотя и временным («впредь до принятия федерального закона»), ибо обязывал правоприменительные органы и давал право работникам при организации забастовок и ведении переговоров по разрешению трудовых споров использовать ч. 1 ст. 12 Закона 1989 г. с учетом требований упомянутых выше статей Конституции РФ¹.

Представляется, что появление такого источника права обосновано, поскольку позволяет федеральному судебному органу при рассмотрении конкретного дела, имеющего общегосударственную значимость, устранять ошибки и пробелы в действующем законодательстве.

* * *

Все вышесказанное дает основание полагать, что постановления судов высшей инстанции — источник трудового права, как и права вообще. В нашей правовой системе это новое, безусловно прогрессивное явление, и его не следует игнорировать. Однако и переоценивать его не стоит. Подобно законодательству постановления судов в качестве источника права по своему содержанию могут иметь сильные и слабые стороны, что зависит от многих факторов. Тем не менее саму идею судебного источника права надлежит всячески поддерживать и развивать. Если мы хотим иметь правовое государство хотя бы в отдаленном будущем, такого рода судебная практика способна помочь в его становлении.

¹ В настоящее время действует Закон о порядке разрешения коллективных трудовых споров от 23 ноября 1995 г., пришедший на смену Закону 1989 г.

**СУД НЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУЕТ И НЕ УПРАВЛЯЕТ,
А ПРИМЕНЯЕТ ПРАВО :**
(о правоприменительной природе судебных актов)

Старые споры о том, создает ли суд новое право, обладает ли он правотворческими полномочиями, приобретает в современных условиях новый смысл. Теоретическое и практическое значение данной проблематики не вызывает сомнений. Поэтому я всячески поддерживаю обращение Р.З.Лившица к рассмотрению этой темы, хотя и придерживаюсь иных взглядов.

Трактуя судебную практику как источник права, Р.З.Лившиц полагает, что «судебная практика в самых различных проявлениях — и при отмене нормативных актов, и в разъяснениях пленумов, и при прямом применении Конституции, и при разрешении конкретных споров — оказывается источником права».

На наш взгляд, судебная практика во всех этих и других «различных проявлениях» представляет собой, согласно действующей Конституции Российской Федерации 1993 г., не правотворческую, а лишь правоприменительную (и соответствующую правотолковательную) деятельность. Это однозначно следует из конституционной концепции российской правовой государственности и конституционной регламентации принципа разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. В русле данной концепции в Конституции РФ закреплены и основы формирующейся российской правовой системы, которая продолжает оставаться в рамках континентально-европейской (романо-германской) семьи правовых систем. Применительно к рассматриваемой нами теме следует помнить, что в рамках континентальных правовых систем (в силу их типологических особенностей, закономерностей их формирования и развития и т.д.) отсутствует судебное правотворчество (судебный прецедент и т.д.) как источник права, что, напротив, характерно для англосаксонской системы права.

В специфическом контексте современной российской государственно-правовой системы существо обсуждаемой проблемы состоит не

¹ Руководитель Центра теории и истории права и государства Института государства и права РАН, член-корреспондент РАН.

в том, «может ли суд создавать правовую норму» (Р.З.Лившиц), а в совершенно другом: имеет ли суд право на правотворчество, должен ли он создавать новое право, т.е. одновременно и законодательствовать, и применять закон?

Основной смысл разделения властей состоит в таком разграничении функций, правомочий и сфер деятельности этих властей, чтобы каждая из них занималась своим делом. Необходимое при этом взаимодействие властей (как и соответствующая система сдержек и противовесов) может и должно осуществляться только в строгом и последовательном соответствии с требованием принципа разделения властей. Иначе получится признание принципа разделения властей лишь на словах, а фактически — смешение их функций, правомочий и сфер деятельности, наделение, например, судебной власти также и законодательными полномочиями. Фактически именно это утверждает Р.З. Лившиц, когда, в частности, пишет: «Все три власти используют одно и то же средство управления — издание обязательных для исполнения правил поведения... Признавая в судебной системе самостоятельную ветвь государственной власти, мы тем самым признаем допустимость принятия судами правовых норм. Именно судебные правовые нормы являются типичным средством управления в цивилизованном обществе».

Здесь, по сути дела, отрицается принцип и смысл разделения властей. Все власти, согласно такому подходу, законодательствуют, издавая правовые нормы разных видов и различной силы (кстати говоря, проблема согласуемости разнородных потоков столь вольного правотворчества друг с другом в рамках единой системы источников права осталась у Р.З.Лившица без должного внимания). Все управление обществом при этом сводится к изданию обязательных нормативных актов, а в «цивилизованном обществе» — к изданию прежде всего «именно судебных правовых норм».

В своем обосновании права суда на правотворчество Р.З. Лившиц исходит из представления, будто всякая государственная власть (а следовательно, и судебная власть) автоматически включает в себя такое право. Но судебная власть — это власть в совершенно другом смысле и с качественно иными правомочиями, чем власть законодательная или исполнительная. Без таких качественных отличий функций и полномочий разных государственных властей нельзя было бы вообще говорить о разделении властей. Положение же о том, что любая ветвь государственной власти может создавать право, является лишь модификацией и распространением уже на три власти прежних (легистских, позитивистских, этатистских) представлений о том, что право — это про-

дукт государства, приказ (обязательное, официально-принудительное установление) государственности.

Показательно, что под создаваемыми судом нормами права Р.З.Лившиц имеет в виду принудительное правило: «Разрешение конкретной спорной жизненной ситуации дается судом в виде судебного решения. Такое решение является правилом поведения, обладающим принудительной силой. В этом смысле судебное решение не отличается от правовой нормы». Но «в этом смысле» (т.е. в смысле отождествления любого принуждения с правом) и любой другой приказ представителя власти (старшины в казарме, милиционера на улице) и даже грабителя «не отличается от правовой нормы».

Для обоснования подобной принудительно-этактической, можно сказать, государственно-властной трактовки права вообще, судебного права и судебной правовой нормы в особенности Лившиц совершенно неосновательно апеллирует к концепции различения права и закона, к «несводимости права к закону».

Дело в том, что при различении права и закона (позитивного права) под законом имеются в виду все источники действующего права, обладающие в данной системе права законной силой, т.е. не только все нормативно-правовые акты (конституция, законы, подзаконные акты), но и обычное право, судебные и административные прецеденты и т.д. Так что, согласно данной концепции, и отстаиваемое Р.З.Лившицем судейское право (судебный прецедент, акты судебных органов и т.д. как источники позитивного права) в целом относится, вопреки мнению Р.З.Лившица, именно к закону, а не к праву. Это, в частности, означает, что в своей трактовке и права вообще, и судейского права в частности он фактически остается на словесно отвергаемых позициях отождествления права и закона, сведения права к закону (в частности, к судейскому законодательству и судебному прецеденту как источникам позитивного права). Суть дела в том, что правообразующим и правотворческим началом в его подходе является именно государственно-властная сила. Поэтому обладание принудительной силой выступает у Р.З.Лившица в качестве единственного критерия наличия права и правовой нормы, в том числе и судебной.

Против такого легистского (позитивистского, этактического) типа правопонимания как раз и направлен юридический тип правопонимания, основанный на различении права и закона. Юридический тип правопонимания (в его различных версиях и вариантах) исходит из признания наличия у права (в его различении и соотношении с законом) своего собственного (независимого от воли законодателя и «принудительной силы» государственной власти, в том числе и судебной власти) объективного свойства, словом, своего специфического прин-

ципа, отличающего право от неправа, от всех прочих (неправовых или антиправовых) норм, правил, регуляторов, отношений и т.д.

Таким отличительным принципом права, согласно развиваемой нами общей теории различения и соотношения права и закона и концепции либертарно-юридического правопонимания, является принцип формального равенства, который трактуется нами как триединство формального равенства субъектов права, свободы и справедливости¹.

Юридический тип правопонимания (в форме, близкой к естественно-правовым концепциям различения и соотношения естественного и позитивного права) нашел свое признание, воплощение и закрепление также и в действующей Конституции РФ. Под правом (в его различении и соотношении с законом), согласно современному конституционному правопониманию, имеются в виду прирожденные и неотчуждаемые основные права и свободы человека (ст. 2, п. 2 ст. 17), которым должно соответствовать все действующее позитивное право, включая и саму Конституцию (ст. 15, п. 1,3 ст. 17, ст. 18, п. 2 ст. 55 и др.). Так что право, по действующей Конституции РФ, — это не только позитивное право, но и своеобразное «естественное право» (прирожденные и неотчуждаемые основные права и свободы человека), которое как нечто безусловное и общеобязательное придано (и задано) государству, всем государственным властям, а не является продуктом их воли, усмотрения или творчества. Строго говоря, именно это и определяет собственно правовую природу и правовой характер первой постсоветской и постсоциалистической Конституции России.

Ясно, что только на этой конституционно-правовой основе в наших условиях можно двигаться к утверждению правового профиля и содержания деятельности судебной, да и других ветвей власти. В прежней обстановке — в условиях господства советского легизма, отсутствия права и его подмены силовым и антиправовым законом (советским позитивным правом) — и правоприменительная деятельность, по существу, подменялась законоприменительной (и законотолковательной) функцией. В процессе нынешнего движения к началам правового государства и правового закона правоприменительная деятельность судов постепенно наполняется собственно правовым смыслом и содержанием, становится существенным фактором утверждения в стране правопорядка и конституционно-правовой законности.

Правозащитная, правоутверждающая и правонесущая роль суда в

¹ См., в частности, мои публикации: Различение и соотношение права и закона как междисциплинарная проблема // Вопросы философии и права. М., 1973. С. 39 — 44; Право и закон. М., 1983; Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М., 1992; Право — математика свободы. М., 1996; Философия права. М., 1997.

российской государственно-правовой системе связана с надлежащей реализацией его функций и задач именно в области действия права, в правоприменительной сфере. По смыслу конституционного разделения властей акты всех звеньев судебной системы (судов общей юрисдикции, арбитражных судов, Конституционного Суда Российской Федерации, конституционных судов субъектов Федерации) — несмотря на их внешние различия — являются именно правоприменительными актами. Только в этом своем качестве они и обязательны.

Повышение роли судебной власти в современных условиях состоит вовсе не в наделении их законодательными полномочиями, а в том, что она стала независимой и полновластной защитницей права и правового закона, а не произвольных установлений и антиправовых приказных норм политико-партийной власти, что она в своей правоприменительной деятельности сверяет (вправе и должна сверять) нормы закона (позитивного права) не с директивами «телефонного права», а с объективными (не зависящими ни от каких властей) принципами и критериями самого права, что правосудие как суждение по праву вновь обретает свой исходный и исконный смысл справедливости. Не зря же богиня Справедливости Фемида изображена с Мечом и Весами Правосудия. Она не издает законы, а защищает правопорядок, по справедливости воздает каждому свое, т.е. применяет право.

Суть правосудия и всей судебной деятельности состоит в применении права, т.е. во властной (и общеобязательной) юридической квалификации (в оценке с точки зрения права — в его различении и соотношении с законом) определенного факта (действия, поведения, отношения и т.д.). При этом в принципе все равно, идет ли речь о юридической квалификации убийства, имущественного спора, спора о компетенции между различными органами государственной власти или о проверке соответствия подзаконного акта закону, а закона — Конституции и т.д.

Все те акты судебных органов, которым Р.З.Лившиц придает правотворческое значение, на наш взгляд, остаются в рамках правоприменительной (и правотолковательной) деятельности, если последнюю трактовать не в духе легизма и работы советских судов, а в соответствии с присущими новой Конституции юридическим правопониманием, различением права и закона (позитивного права), разделением властей. Суд, действующий в постсоветской правовой ситуации (пускай пока и неразвитой) и руководствующийся юридическим типом правопонимания, в процессе толкования закона с позиций права ищет и находит ту надлежащую правовую норму, которую следует применить в данном конкретном случае. Но эту необходимую (хотя и неведомую для легизма) и правомерную свободу суда (его право и обязанность) в процессе поиска надлежащей правовой нормы, проверки правового качества закона и т.д. никак нельзя смешивать с судейским правотворчеством. Суд

не творит право, он отправляет правосудие, т.е. судит и решает по праву, применяет его. Когда же судебная власть, как утверждает Р.З.Лившиц, «принимает правила, дающие разрешение спорных ситуаций», получается судебское правотворчество *ad hoc*, весьма опасный и по сути своей антиправовой симбиоз законодателя и судьи в одном лице. Ведь под соответствующими «правилами» Р.З.Лившиц имеет в виду устанавливаемые судом новые правовые нормы.

Странно, что Р.З.Лившиц, верно оценивая руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда советского времени как «административное вторжение в судебную практику», вместе с тем соответствующие разъяснения Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассматривает как источник права. Но такие разъяснения, как это видно из Конституции (ст. 126, 127), по своему предмету, сфере и смыслу вообще относятся не к правотворчеству, а к отправлению правосудия, к правоприменительной деятельности судов, к их практике. Очевидно также, что эти разъяснения носят лишь рекомендательный характер. «Правила» же, которые в них содержатся, — это никак не новые нормы права, а максимум рекомендуемые высшими судебными органами правила толкования действующего права с учетом складывающейся судебной практики его применения. Все в содержательно-правовом смысле новое, что правомерно (в духе действующей Конституции) присуще этим разъяснениям, полностью уместается в рамки концепции юридического (антилегистского) толкования закона (действующего права) с позиций права (в его конституционном смысле и понимании).

В границах такого правоприменительного толкования юридического (антилегистского) типа остается и правовое содержание всех других актов судебных органов, которые Р.З.Лившиц характеризует как судебские источники нового права.

Сказанное в полной мере относится и ко всем актам всех судебных органов, принимаемым ими при разрешении конкретных дел о соответствии тех или иных нормативных актов Конституции и законам. Принципиальное значение при этом имеет то обстоятельство, что, по Конституции и действующему законодательству, у судебной власти (у судов всех юрисдикций и всех ступеней) *нет права отменять* нормативно-правовой акт, признанный ею не соответствующим Конституции или закону. Вопреки этому Р.З.Лившиц говорит о якобы предоставленном судам праве «отменять нормы органов власти и управления», о судебной «отмене нормативных актов» как источнике права и т.д.

Отмена нормативно-правового акта (как и его принятие и изменение) — это прерогатива правотворческих органов, а не суда. Суд же вправе дать лишь юридическую квалификацию (правовую оценку и

характеристику) рассматриваемого нормативно-правового акта в смысле его соответствия или несоответствия Конституции, закону. Решение судебного органа о несоответствии рассматриваемого нормативно-правового акта Конституции, закону — *лишь основание* для отмены этого акта компетентным правотворческим органом, а не сама отмена. Такое решение суда является также лишь основанием (юридическим фактом), с которым законодатель (и действующее право) связывает определенные последствия (утрата силы акта, его неприменение судами и т.д.). Но данные последствия — это уже заранее установленные законодателем правовые нормы, а не нормы права, создаваемые самим судом.

Так, согласно Конституции РФ (п.6 ст. 125), «акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу». Из приведенного положения ясно, что утрата силы соответствующего акта — это установление самой Конституции (т.е. правовая норма, установленная создателем Конституции), а не суда, который вправе лишь признать данный акт неконституционным. Так обстоит дело и во всех остальных случаях судебной проверки нормативных актов, да и вообще отправления правосудия.

Конституция России, как известно, акт прямого действия (ст. 15), что несомненно обогащает правовое содержание правоприменительной деятельности суда, правовой смысл судебных актов. Но отсюда никак не следует, будто судебная практика «при прямом применении Конституции... оказывается источником права» (Р.З.Лившиц). Здесь, если речь действительно идет о надлежащем применении Конституции (т.е. о правомерной правоприменительной деятельности суда), за создаваемую судом норму выдается фактически та конституционная норма, на основе которой (и применяя которую) суд разрешает соответствующее дело. Если же суд на самом деле создает новую правовую норму (что, конечно, выходит за рамки его полномочий), то в таком случае следует говорить не о «прямом применении Конституции», а об ее изменении.

Впрочем, суд, как полагает Р.З.Лившиц, может изменять право и без такого «прямого применения Конституции». «Практика, — одобрительно отмечает он, — дает многочисленные примеры, когда судебная практика изменяет действующее право в силу внутреннего убеждения судей и без ссылки на Конституцию». Вот в этом-то как раз и состоит опасность признания судебной практики источником права. Думается, однако, что эта одобрительно изображаемая вольница судейского правотворчества, которую не могли себе позволить даже ревтрибуналы, — скорее плод концептуально-искаженного видения судебной практики, нежели ее действительное правовое содержание. Так, правовой смысл решения Пермского областного суда, на которое ссылается Р.З.Лив-

шиц, состоит, на наш взгляд, не в создании новой правовой нормы (не в правотворчестве путем изменения действующего права, чего суд вообще не вправе делать), а как раз в применении нормы действующего права (на основе ее юридического толкования, устранения выявившихся пробелов в определении надлежащего ответчика в новой ситуации и т.д.) при изменившихся фактических обстоятельствах ее действия.

Подобные правоприменительные решения, попавшие в обзор судебной или арбитражной практики, Р.З.Лившиц трактует как судебный прецедент (в смысле нового источника права). Но подобные обзоры, публикации в судебных бюллетенях и т.д. — это лишь авторитетная информация о правоприменительной практике (к тому же выборочная и фрагментарная), способ выражения той *правоприменительной политики* по конкретным делам, которой придерживаются высшие судебные инстанции. Судьи могут как следовать подобным рекомендациям, так и придерживаться собственного понимания и толкования действующего права.

Излишне здесь напоминать, что система прецедентного права имеет свою историю, свою логику и свои строгие правила и процедуры становления и функционирования, что и отличает ее от континентальных систем права, формирующихся и действующих иначе. Очевидно, что публикации у нас некоторых случаев из правоприменительной практики судов не являются ни правотворчеством, ни источником прецедентного права.

Для подхода Р.З.Лившица весьма показательны, что в своих представлениях о судебном правотворчестве он пытается совместить несовместимые крайности — разъяснения высших судебных инстанций (тракуемые им в качестве нормативно-правовых актов) и судебный прецедент. Но это столь же невозможно, как и сочетание административно-командной системы с системой общего права и судебного прецедента.

В целом судебная власть в наших условиях может и должна утверждаться и развиваться лишь в русле современного конституционного правопонимания, на основе и в границах строгого и последовательного соблюдения принципа разделения властей и требований конституционно-правовой законности. С такой правовой перспективой явно расходятся представления о наделении российского суда не принадлежащими ему и не присущими его природе правотворческими полномочиями. Судебная практика не «источник права» (в смысле судебного правотворчества), а реальность действия, применения и защиты права. Это важно как само по себе, так и для совершенствования и развития права. В этом смысле можно сказать, что судебная практика, не будучи правотворчеством, является одним из важных источников *для* правотворчества. Но последнее относится к полномочиям других властей.

ПОНЯТИЕ ИСТОЧНИКА ПРАВА КАК ПРОЯВЛЕНИЕ МЕТАФОРИЧНОСТИ ЮРИДИЧЕСКОГО СОЗНАНИЯ

Понятие «источник права» принадлежит к довольно многочисленной группе правовых понятий, которыми оперирует юридическая наука и которые по своей сущности представляют собой метафоры. Поскольку это происходит на протяжении многих столетий, в самых различных странах и социальных условиях, этот факт сам по себе свидетельствует о метафоричности, присущей юридическому сознанию как таковому.

Проблема юридических понятий-метафор заслуживает особого исследования, которое, нужно надеяться, будет осуществлено в дальнейшем. Однако уже сегодня можно признать, что метафоричность отличает юридическое сознание от сознания, реализующегося в других сферах науки. Несомненно, что на определенном, особенно начальном этапе познания человеком окружающего мира и себя в этом мире понятия-метафоры представляют собой полезный и, возможно, даже необходимый инструмент. Уместно напомнить, что и в других сферах научное сознание если и не оперировало понятиями-метафорами, то все же было не лишено известной метафоричности. Показателен математический трактат Архимеда «Псаммит», где была решена проблема бесконечности числового ряда на весьма зримом примере исчисления песчинок.

По мере прогресса сознания с течением времени неизбежно возникает вопрос о дальнейшей роли понятий-метафор в рамках становящегося все более строгим научного анализа и даже об их пригодности для достижения его целей. В сфере правовой науки решение этого вопроса тормозится тем, что юридическое сознание отличается высокой степенью консерватизма, что в конечном счете связано с охранительной направленностью деятельности человека в сфере права и государства. Весьма значительное число правовых понятий, возникших много сотен лет назад, продолжает использоваться современной общей теорией права и общей теорией государства. Разумеется, в содержании этих

¹ Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор.

понятий с течением времени появляются новые стороны, однако в общем эти понятия сохраняют свою идентичность. В сфере действия этого фактора оказались и правовые понятия-метафоры, включая понятие «источник права».

В основе всякой метафоры, включая и юридическую, лежит сравнение объекта с каким-либо другим предметом, явлением, процессом или иной реальией, которые более известны сравниваемому или, по крайней мере, считаются им более известными либо более понятными. Поэтому правовые понятия-метафоры всегда связаны с уже существующими представлениями человеческого сознания об окружающем мире. Однако этот мир непрерывно меняется, и, соответственно, меняются представления о нем. Последние открывают пути для новых сравнений и создают почву для появления новых правовых понятий-метафор. В частности, распространение машин в ходе промышленной революции подготовило условия для метафор о государстве как аппарате и о государстве как машине (для поддержания господства одного класса над другим). Специфика условий России во втором десятилетии нашего века послужила основой для создания метафоры о государстве как дубине. Напротив, стабильная ситуация в демократических парламентских государствах вызвала к жизни метафору о правилах «парламентской игры»¹.

Разумеется, не все правовые понятия-метафоры являются долгожителями. Это понятно. Меняется уровень познания окружающего мира, меняется сам этот мир, и многие сравнения юридических явлений с некоторыми реальиями окружающего мира утрачивают основания. История правовой науки знает немало метафор, которые ушли навсегда. Протекает этот процесс и на наших глазах.

В то же время существуют и правовые понятия-метафоры, обладающие таким качеством, которое могло бы быть названо юридическим бессмертием. Среди них наиболее заметное место занимают понятия, зародившиеся в античном мире. Они появились как сравнения юридических явлений со специфическими реальиями жизни Древнего Рима и Древней Греции. В ходе истории эти реалии ушли, но правовые понятия-метафоры остались. Сравнения, некогда лежавшие в основе этих понятий, утратили смысл, в том числе и для самих носителей научного юридического сознания. Но понятия остались и по-прежнему используются правовой наукой как инструменты познания окружающего мира.

Такому консервированию в немалой степени способствует и эволю-

¹ Подробнее об этом см.: *Крылова Н.С.* Конституционные модели законодательной власти // Сравнительное конституционное право. М., 1996. С. 535 и сл.

ция терминов. Правовые понятия-метафоры, как и любые юридические понятия, выражаются в терминах. Юридическая же терминология, как правило, формируется в определенной языковой среде. Конечно, еще и сегодня в различных правовых системах употребляется некоторое количество юридических терминов, которые использовались и в античном мире (например, виндикация, реституция, ипотека). Однако в основном современное право говорит на национальных языках.

Понятия-метафоры, восходящие к античному миру, в современных правовых системах выражены в национальных терминах. Они как бы переведены на современные языки. Такой перевод вуалирует исторические корни этих понятий, особенно в случаях, когда соответствующий национальный язык далек от латыни. Это характерно, в частности, для России.

В результате с течением времени не только исчезли условия, в которых зародилось сравнение, но изменились и термины, в которых первоначально были выражены эти понятия. В глубокой тени оказался сам метафорический характер этих понятий. Зачастую они больше уже не выглядят как сравнения, а метафоричность юридического сознания в значительной степени сглаживается.

Однако в действительности это качество остается и сегодня присущим юридическому сознанию. Вопрос состоит лишь в том, что для выявления этого качества нередко требуется специальный анализ юридических понятий.

Одним из наиболее распространенных правовых понятий-метафор, уходящих своими корнями в седую древность, является понятие «*persona*». Оно было одним из ключевых понятий римского права. Достаточно отметить, что Гай положил его в основу структуры своих «*Институций*»: «Все право, которым мы пользуемся, относится либо к лицам (*personas*), либо к вещам, либо к искам»¹.

В нашей литературе уже давно было отмечено, что это понятие представляет собой метафору: «В Древнем Риме словом «*persona*» называлась характерная актерская маска, закрывавшая голову актера и воплощавшая в себе действующее лицо. Актеры Древнего Рима, выступая в данной роли на арене, в соответствии с традициями античного театрального искусства, одевали эту маску. Поскольку аудитория, перед которой приходилось выступать тогда актерам, была зачастую весьма обширной, в эту характерную маску было вделано воронкообразное приспособление для усиления звучания голоса актера»².

¹ Gai, 1.8.

² Рубанов А.А. О понятии юридического лица в «Капитале» Карла Маркса. М., 1957. С. 9. Было отмечено также, что само латинское слово «*persona*» произошло от слияния предлога *per* (через) и глагола *sonare* (звучать).

Это довольно показательный прием конструирования правового понятия-метафоры вообще. В Древнем Риме юридическое сознание впервые столкнулось с тем, что право должно при регулировании отношений рассматривать их участников, абстрагируясь от присущих последним индивидуальных качеств, признавая их только определенными социальными типами — продавец, покупатель, арендодатель, арендатор и др. Отсюда и сама мысль о сравнении с театром. Там *persona* закрывала индивидуальные черты актеров, заменяя их типичными для роли масками. Здесь индивидуальные черты участников отношений также как бы закрыты. И здесь, следовательно, также можно использовать *persona*.

Знакомство с текстами римских юристов показывает, что они широко оперировали понятием-метафорой. Считалось, что *persona* одного человека может быть добавлена к *persona* другого человека. В некоторых ситуациях допускалось, что у одного и того же человека могут быть две и даже множество *personae* и т.п.

Античный Рим прекратил свое существование. Изменился и театр, где исчезли актерские маски. Однако правовое понятие «*persona*» осталось. Оно прошло через века и присутствует в самых различных современных правовых системах.

Сегодня, однако, оно уже больше не выглядит как метафора. В некоторых странах, включая Россию, утрачена даже и терминологическая связь. Термин «*persona*», адресовавший когда-то к театру, переведен на современный русский язык термином «лицо». Во французском, немецком и английском языках существуют термины, указывающие на лингвистическое родство с латинским словом «*persona*». Но и здесь указание на театр, заложенное в латинском слове, не является более очевидным.

Метафорический характер этого понятия перестал быть очевидным даже для самих носителей юридического сознания. Это создало условия для своего рода экстраполяции понятия-метафоры «*persona*» на новые явления, не известные античному обществу. Появилось понятие «юридическое лицо» (*personne mistique, personne morale, personne juridique, juristische Person, juridical person, legal person*). Думается, что эта экстраполяция в немалой степени осложнила поиски теоретического ответа на такую проблему, как сущность юридического лица.

Вторым широко распространенным понятием-метафорой, восходящим к античному Риму, является понятие «источник права». На этот раз можно точно сказать, кто был автором этой метафоры. Она принадлежит Титу Ливию. Именно он впервые написал, что Законы XII таб-

лиц были «источником всего публичного и частного права» (*fons omni publice privatique iuris*)¹.

В литературе нового времени обычно эти слова понимают как указания историка на то, что Законы XII таблиц «считались главной основой действующего права»². Однако это только часть правды, и притом не самая важная ее часть.

Главное же состоит в том, что Тит Ливий сформулировал здесь метафору, которая в последующем была воспринята юридической наукой и в результате стала одним из правовых понятий-метафор.

Следует иметь в виду, что для Тита Ливия, как и для любого римлянина, со словом «источник» (*fons*) были связаны определенные представления. Согласно римской религии, источник был тем местом, где соединялись два мира, а именно: наземный, где жили люди, и подземный, где жили боги. По этой причине в античном мире источники почитались. Находившиеся вблизи них рощи нередко объявлялись священными. Согласно римской мифологии, вблизи источников проживали нимфы.

Когда Тит Ливий охарактеризовал Законы XII таблиц как источник (*fons*), он имел в виду бесспорную для него параллель. Для него эти Законы связывали земной мир с миром богов. Уместно в этой связи напомнить, что в Риме монополией толковать эти законы обладали жрецы³.

Однако если посмотреть на эту метафору с позиций сегодняшнего дня, то нельзя не признать, что она выражает и ту мысль, что закон не самодостаточен, что существует и еще некоторый фактор, который не только определяет, но и санкционирует закон.

Древний Рим прекратил свое существование. Однако слова Тита Ливия своеобразным эхом докатились до наших дней. Юристы многих европейских государств, стремясь подражать древним римлянам, находили в своих странах собственные особенно почитаемые нормативные акты, которые они вослед Титу Ливию объявляли «источниками права», но только уже права собственной страны.

Между тем христианская цивилизация пришла на смену античной, в далекое прошлое ушло представление об источниках как о местах, которые связывают земной и потусторонний миры. Метафорический характер понятия «источник права» перестал быть очевидным для носителей юридического сознания. И когда юридическая доктрина объявляла эдикты императоров или королей, акты парламентов или кон-

¹ Livius, *Ab urbe condita*. 3.34.

² Хвостов В.М. История римского права. 1919. С. 79.

³ Подробнее об этом см.: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996. С. 18–22.

ституции источниками права, она едва ли отдавала себе отчет, что оперирует понятием-метафорой. Такая утрата исторической памяти, однако, не снимает проблему метафоричности юридического сознания. История не уходит, она остается с нами. Как писал Марсель Пруст, прошлое — это чужая страна: там все по-другому.

Обо всем этом стоит напомнить при анализе той роли, которую играет судебная практика в формировании права современной России. Правовые понятия-метафоры пришли в юридическое сознание не вчера и, конечно, уйдут из него не завтра, если вообще когда-то уйдут.

В современной российской общей теории права, как кажется, общепризнано, что право не сводится к совокупности законов. Считается, что право стоит за самими законами.

Если стать на эти позиции и оперировать тем стершимся понятием «источник права», которое досталось нам в наследство в качестве элемента юридического сознания, то следует признать, что не только закон является источником права, но и право является источником закона. В свою очередь есть основания как для того, чтобы утверждать, что право является источником судебной практики, так и для того, чтобы говорить, что судебная практика является источником права.

В конце концов кто-то должен расплачиваться за метафоричность юридического сознания.

Содержание

136 0 8 2

<i>Р.З.Лившиц.</i> Судебная практика как источник права	3
<i>В.М.Жуйков.</i> К вопросу о судебной практике как источнике права	16
<i>С.А.Иванов.</i> Судебные постановления как источник трудового права	24
<i>В.С.Нерсесянц.</i> Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право	34
<i>А.А.Рубанов.</i> Понятие источника права как проявление метафоричности юридического сознания	42