

Л.А. Голубева, А.Э. Черноков

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК И ФОРМА ПРАВА

Лада Анатольевна Голубева – доцент кафедры государственно-правовых дисциплин, Государственный институт экономики, финансов, права и технологий, кандидат юридических наук, доцент, г. Гатчина; **e-mail: golubeva.giefpt@yandex.ru.**

Алексей Эдуардович Черноков – доцент кафедры государственно-правовых дисциплин, Государственный институт экономики, финансов, права и технологий, кандидат юридических наук, доцент, г. Гатчина; **e-mail: chernokovgeorgy@yandex.ru.**

В статье изложена проблематика значимости судебной практики высших судов в современной российской правовой системе. Проведен социально-антропологический анализ традиции непринятия теории судебного прецедента в российской науке и практике. Выделены границы принципа свободы усмотрения суда при вынесении решения с точки зрения формирования правовых норм. Выявлены особенности актов высших судов в современной России. Аргументирован дуализм значимости судебных актов.

Ключевые слова: государство; право; форма права; источник права; Верховный Суд Российской Федерации; Конституционный Суд Российской Федерации; судебное решение; судебный прецедент; позитивизм; социальная антропология.

L.A. Golubeva, A.E. Chernokov

JURISPRUDENCE AS A SOURCE AND FORM OF LAW

Lada Golubeva – Associate Professor, the Department of State Law Disciplines, State Institute of Economics, Finance, Law and Technology, PhD in Law, Associate Professor, Gatchina; **e-mail: golubeva.giefpt@yandex.ru.**

Aleksey Chernokov – Associate Professor, the Department of State Law Disciplines, State Institute of Economics, Finance, Law and Technology, PhD in Law, Associate Professor, Gatchina; **e-mail: chernokovgeorgy@yandex.ru.**

The article outlines problematic issues dealing with the importance of higher courts judicial practice in the modern Russian legal system. The study presents a socio-anthropological analysis of the tradition of non-acceptance of judicial precedent theory in Russian science and practice. The limits of judicial discretion principle for the verdict in terms of the formation of legal norms are highlighted. Particular features of acts of supreme courts in modern Russia are revealed with the dualism of the significance of judicial acts being substantiated.

Keywords: state; law; form of law; source of law; Supreme Court of the Russian Federation; Constitutional Court of the Russian Federation; judicial decision; judicial precedent; positivism; social anthropology.

Соотношение терминов «источник права» и «форма права» с точки зрения герменевтики не представляется сложным для определения: источник права – то, откуда право проистекает, форма права – то, в виде чего право выражено [2, с. 39]. Однако, если в теории права данному вопросу уделено соответствующее внимание, то

в отраслевых юридических дисциплинах продолжает господствовать позитивистская точка зрения, рассматривающая «источник права» с позиции его формально-юридического смысла, то есть приравнивая содержание данных терминов.

Важной формой действующего российского права является судебная практи-

ка, формируемая в процессе осуществления правосудия. По мнению ряда отечественных правоведов, придерживающихся позитивистского правопонимания, но не отрицающих значимость судебной практики, «акты судебных органов занимают своеобразное место в системе источников права. <...> По общему правилу судебные акты носят и подзаконный характер. <...> 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 приостановить» [13, с. 212–213].

Разумеется, с точки зрения сторонников юридического позитивизма, суды лишены правотворческих функций. Максимум, что они могут – это осуществлять толкование права при рассмотрении конкретных споров. Все это вписывается в общую позитивистскую концепцию бытия права как такового [3]. С позиций антропологии и социологии права, изучающих социальную реальность во всей ее многоплановости и разнообразии, ситуация выглядит иначе. Так, А.Г. Карапетов и С.В. Сарбаш полагают, что «огромную роль в развитии российского гражданского права играет судебная практика. Без учета массива такой практики ориентироваться в российском частном праве попросту невозможно. <...> Судебная практика высших судов кристаллизует принципы гражданского права и обнаруживает новые формы и направления их применения, проясняет смысл спорных норм законов, иногда закрепляет такое толкование этих норм, которое невозможно при всем желании вывести из их буквального смысла, но исключает абсурдные и крайне несправедливые последствия буквального прочтения закона, а также восполняет многочисленные пробелы и противоречия в позитивном праве» [12, с. 281].

Существует ли в современной России полноценный судебный прецедент? На этот вопрос пока нельзя дать положительный ответ. Восприятие этой формы права видится неоднозначным в отечественной юридической науке. Если многие конституционалисты и цивилисты, пусть и кос-

венно (через признание права высшему судебному органу вменять «в обязанность судам» свое решение [8, с. 103]), выступают поборниками признания судебного прецедента полноценной формой права, то большинство административистов и «криминалистов» – категорически против. Судебный прецедент, как и любая форма права, обладает и достоинствами, и недостатками [15, с. 176–178]. По мнению А.М. Голощапова, «в нашей стране судебный прецедент официально не признается источником права, поскольку Россия принадлежит к числу стран с романо-германской правовой системой. Вместе с тем ссылки в постановлениях пленумов Верховного Суда РФ на решения Конституционного Суда РФ становятся все более распространенным явлением. Это говорит о том, что «прецедентное правовое мышление» постепенно получает распространение и признание и в России» [18, с. 175].

Такая позиция представляется нам непоследовательной и, скорее, излишне осторожной. Постановления Пленума Верховного Суда РФ обязательны для нижестоящих судов с учетом закона (например, об этом говорит Федеральный конституционный закон от 5 февраля 2014 г. «О Верховном Суде Российской Федерации»). Обобщения судебной практики (в том числе по гражданским делам), проводимые судами субъектов РФ, также обязательны для судов первой инстанции ввиду сложившейся многолетней практики. Поэтому судебный прецедент в российском праве давно существует как фактически, так и юридически. Данное обстоятельство приверженцы позитивистского правопонимания просто игнорируют. В частности, С.А. Комаров делает оговорку о том, что «прецеденты судебного толкования не есть судебные прецеденты в собственном смысле этого слова» [9].

В контексте рассматриваемой нами проблематики вновь нельзя не вспомнить о том, что основную массу правоведов в современной России составляют поборники юридического позитивизма. Их аргументация в пользу значимости позитивистской трактовки права не может быть проигнорирована [14, с. 252]. Иными сло-

вами, регулирование отношений между людьми может и должно быть «плюралистическим» и осуществляться с помощью разнообразного правового инструментария, в том числе судебной практики. Согласно позитивистской трактовке, право есть система норм, которые уже зафиксированы государством и должны быть четко определены [14, с. 253]. Соответственно, в рамках нормативного подхода к праву, у суда нет широкого пространства для маневра, и он выступает в качестве низшего звена в цепочке правоприменения. Как полагал «отец правового нормативизма» Г. Кельзен, «с точки зрения динамической структуры права установление индивидуальных норм судами представляет собой процесс, который начинается с конституции, проходит через законодательство и обычай к судебному решению и приводит к исполнению санкции. Этот процесс, в котором право постоянно воссоздает самое себя, идет от общего (или абстрактного) к индивидуальному (или конкретному). Это – процесс постоянно нарастающей индивидуализации или конкретизации» [5, с. 295].

По мнению известного отечественного правоведа В.М. Сырых, сочетающего в своих научных построениях классический марксизм и юридический позитивизм, у последнего есть существенные заслуги перед теоретической юриспруденцией [17, с. 567]. В то же время ряд ученых резонно обращают внимание на тот факт, что «мы и в умеренном позитивизме сейчас можем наблюдать серьезный кризис: с одной стороны, есть потребность отойти от жестких моделей, где мы говорим, что всю правовую реальность определяет государство, с другой стороны, мы приходим к "общечеловеку", что тоже нам не дает никаких объяснений» [16, с. 222]. Действительно, В.М. Сырых, помимо отмечаемых достижений юридического позитивизма, указывает и на значительные его недостатки и противоречия [17, с. 569–571]. Однако отсутствие ответа («объяснения») в конкретный момент в рамках непозитивистского правопонимания не порождает априори отсутствие ответа в принципе: разработки данной юридической мысли

находятся в процессе. В связи с отсутствием линейного принципа, приравнивающего право и закон, поиски ответа могут занимать некоторое время.

Противоречий в рамках позитивистского правопонимания очень много, и значительная их часть неразрешима. Однако его адепты выдвигают и собственные аргументы в защиту существующего положения вещей. Так, Т.Н. Радько полагает, что «одним из основных аргументов у сторонников широкого понимания права, в противовес нормативному, является положение о различии таких понятий, как право и закон. Право, по их мнению, – это равная мера справедливости, мера свободы, оно более многозначно, чем закон, который может не отражать многомерности права, а иногда и нарушать естественные права и свободы человека. При этом приводятся конкретные примеры правонарушающих законов из практики советского тоталитарного режима. С последним нельзя не согласиться» [14, с. 254].

Приведенные рассуждения Т.Н. Радько невозможно принять. Позитивизм советской эпохи канул в лету, он представляет только исторический интерес, а постсоветский позитивизм не исчез и проявляет себя крайне агрессивно [7]. Кроме того, господство нормативного правопонимания в его российской версии оставляет очень большой разрыв между правом как должным и сущим. Ряд авторов даже вводят понятие «этатический позитивизм». Такое понимание права предполагает и наличие его соответствующих черт:

- нормативный характер права;
- государственно-волевой характер позитивного права;
- строго упорядоченный системный характер позитивного права;
- широко доступный и общеобязательный характер позитивного права;
- органический характер связи позитивного права с государством;
- всесторонняя обеспеченность с помощью как государственных, так и негосударственных средств [16, с. 232–239].

Деятельностное начало права выражено, по нашему мнению, в судебной практике, максимально приближенной к

реальной жизни людей. А.К. Романов анализировал позитивные и негативные черты судебного прецедента [15, с. 176–178]. Не обошел вниманием данную проблему и А.М. Михайлов [11, с. 22–23]. Законодательство – первый уровень «правды», представляющий собой то, как законодатель хотел бы урегулировать отношения. Судебная практика – второй уровень, выявляющий, каким образом у законодателя это получилось сделать. Именно судебная практика позволяет соотнести «идеальное» (текст закона) с реальным (фактическими отношениями). Пока закон существует вне ситуации регулируемого правоотношения, нормы права в нем нет, существует лишь нормативное предписание, которое станет нормой путем воплощения в поведении участников правоотношения. Существует и третий уровень «правды» – качество исполнения судебных актов. Но это – тема отдельного исследования.

Как отмечает известный исследователь проблем судебной власти М.И. Клеандров, «работа любого судьи – занятие творческое» [6, с. 323], что реализуется через право (и обязанность!) суда при разрешении дел использовать такой принцип, как независимость через судебное усмотрение.

В современной России значимость судов подкрепляется тем обстоятельством, что на основании закона о Верховном Суде РФ его аппарат осуществляет ряд функций, способствующих внедрению судебной практики в реальную правовую жизнь общества [1, с. 108–109]. Соответственно, «судебные решения, основанные на разъяснениях высших судебных инстанций по применению некоторых положений гражданского законодательства, порождают новое правовое образование – судебный прецедент, который также можно приравнять к источнику гражданского права» [1, с. 109].

Кроме того, нельзя не учитывать и тот бесспорный факт, что существенную роль в процессе признания судебного прецедента в РФ играет практика арбитражных судов. Несмотря на то, что в 2014 г. Высший Арбитражный суд ликвидирован, арбитражные суды сохранили автономность

и способность создавать первичные нормы права [10, с. 431–432].

Не следует забывать о том, что «роль и значение судебных актов как источников гражданского права заключается еще и в том, что на них зачастую ориентируются законодатели при осуществлении нормотворческой деятельности» [1, с. 110]. В контексте рассматриваемой нами проблематики целесообразно вернуться к вопросу о прецедентном характере решений Конституционного Суда РФ. С точки зрения реального положения дел Конституционный Суд РФ наделен правом создавать новые нормы в случае пробельности закона или иного нормативного акта. Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» предусмотрены соответствующие нормы в ст. 79 и 81 [10, с. 413].

По мнению В.Д. Зорькина, «решения Конституционного Суда по делам о проверке конституционности законов и иных нормативных правовых актов высокого уровня имеют, по сути, нормативный характер (обладают нормативной силой) и как таковые приобретают прецедентное значение» [4, с. 127]. Соответственно, прецедентный характер решений Конституционного Суда РФ тесно должен быть увязан с уровнем правового и политического развития российского общества. Так, по мнению Б.С. Эбзеева, правовая природа конституционной юстиции определяется обстоятельствами, приводящими к фактическому положению данного органа федеральной конституционной юстиции как высшего органа государственной власти – наравне с Федеральным Собранием [19]. Следовательно, Конституционный Суд РФ может оказывать непосредственное влияние на направления формирования практики других судов, что порождает необходимость признания за Конституционным Судом РФ факта формирования источника права в своих решениях.

Таким образом, с позиций социальной антропологии, право может (и должно!) реагировать на потребности общества, а измерителем качества этой реакции выступает правоприменительная практика. Если эта практика противоречива и из-

лишне свободна в реализации усмотрения правоприменителя, возникает опасность нарушения права уже правоприменителем. Соблюдение относительного единства принципов разрешения возникающих в процессе реализации права конфликтов обеспечит стабильность правового регулирования. Роль этого стабилизатора и выполняют решения высших судов в современном российском государстве с помощью обеспечиваемой в отечественной правовой системе вертикали подчиненности судебных органов. От того, называть ли эти решения «судебными прецедентами» или «писаными правовыми обычаями судебной практики», фундаментальное предназначение этих актов не изменяется.

При этом судебная практика является не только формой права, но и его источником: выявляемые важнейшими по статусу правоприменителями пробелы и/или коллизии законодательства, влекущие за собой конфликты при реализации права, выступают основанием реформирования такого законодательства.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Абрамов В.Ю., Абрамов Ю.В.* Полный курс гражданского права России. Ч. 1. Общая часть. М.: Статут, 2016. 688 с.
2. *Голубева Л.А.* Конституция как источник права и как форма права // Журнал правовых и экономических исследований. 2014. № 4. С. 39–41.
3. *Голубева Л.А., Черноков А.Э.* Социально-антропологические предпосылки непринятия судебного прецедента в России // Закон и правопорядок в третьем тысячелетии: материалы Междунар. науч.-практ. конф., Калининград, 16 декабря 2016 г.). Калининград: Калининградский филиал Санкт-Петербургского университета МВД России, 2017. С. 24–25.
4. *Зорькин В.Д.* Россия и Конституция в XXI веке. М.: Норма, 2008. 591 с.
5. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова, С.В. Лёзова. СПб.: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
6. *Клеандров М.И.* Статус судьи: правовой и смежные компоненты. М.: Норма, 2008. 446 с.
7. *Клепицкий И.А.* Новое экономическое уголовное право. М.: Проспект, 2021. 984 с.
8. *Комаров С.А.* Общая теория государства и права. СПб.: ГП Техн. кн., 2012. 510 с.
9. *Кузбагаров А.Н., Кузбагаров Э.А.* Бремя потребителя // Журнал правовых и экономических исследований. Journal of Legal and Economic Studies. 2022. № 2. С. 99–103.
10. *Марченко М.Н.* Судебное право-творчество и судейское право. М.: Проспект, 2006. 510 с.
11. *Михайлов А.М.* Очерки теории и истории английского права. М.: Юрлитинформ, 2015. 362 с.
12. Основные положения гражданского права / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: Статут, 2020. 1104 с.
13. Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. А.В. Малько. М.: Юрлитинформ, 2012. 591 с.
14. *Радько Т.Н.* Проблемы теории государства и права. М.: Проспект, 2015. 603 с.
15. *Романов А.К.* Правовая система Англии. М.: Акад. нар. хоз-ва при Правительстве РФ: Дело, 2000. 342 с.
16. Современное правопонимание / отв. ред. М.Н. Марченко. М.: НОРМА: ИНФРА-М, 2016. 367 с.
17. *Сырых В.М.* Теория государства и права. М.: Юстицинформ, 2012. 704 с.
18. Теория государства и права / под ред. В.Б. Исакова. М.: Норма, 2020. 656 с.
19. *Эбзеев Б.С.* Конституционное право России. М.: Проспект, 2021. 752 с.