

Судебная практика как источник права

Дмитрий Фетищев,
кандидат политических наук

Суть проблемы судейского правотворчества объективно раскрывает И.А.Покровский, в своих конечных выводах, заметим, отрицающий судебную практику как источник права¹.

И.А.Покровский отмечает: «Закон не действует механически; для своего осуществления в жизни он нуждается в живом посреднике, который применит его к конкретным случаям. Таким посредником является суд. Но суд не есть простой счетный или логический механизм, он также имеет свой разум и свои убеждения о справедливом и должном.

Каково при таких условиях должно быть принципиальное отношение судьи к закону – должен ли он всегда и при всяких условиях быть только истолкователем и применителем закона или же перед лицом конкретной жизни ему должна быть предоставлена более самостоятельная и более творческая роль?»

Особенное практическое значение и остроту, – констатирует И.А.Покровский, – этот вопрос приобретает в тех случаях, когда закон ощущается как норма несправедливая или когда он оставляет неясности и пробелы. Закон, вообще справедливый, может в силу тех или иных особенных условий оказаться для данного конкретного случая несправедливым.

Закон, как бы совершенен он ни был в момент своего издания, с течением времени при изменившихся обстоятельствах может даже вообще превратиться в сплошную несправедливость. Закон, далее, как и всякое дело рук человеческих, часто страдает пороками – пороками мысли или пороками редакции. Наконец, всякое законодательство, даже самая пространная кодификация,

нередко обнаруживает пробелы – часто просто потому, что в момент своего издания закон еще не имел перед собой тех жизненных явлений, которые развернулись впоследствии¹.

Но какова при этих условиях должна быть роль суда?

Должен ли судья, несмотря на все это, решать все возникающие вопросы, опираясь исключительно на закон, не считаясь и с тем, что такое применение закона приводит в данном конкретном случае к очевидной несправедливости?

Либо, напротив, суду должно быть предоставлено право более свободного истолкования, восполнения и даже исправления закона сообразно требованиям справедливости и велениям судейской совести?

Проблема эта, – отмечает И.А.Покровский, – давала себя чувствовать

уже в античном мире в правовой истории Греции и Рима; стоит она все время и перед новыми народами. Дело заключается в том, что указанная проблема создается не тем или другим временем, а самой природой вещей, вытекает из самой наличности закона и суда, – справедливо заключает И.А.Покровский¹.

Во всем сказанном И.А.Покровским и сторонники, и противники свободы судебного усмотрения будут едины в признании одного: суд, действительно, не может быть низведен до положения простого регистратора, счетной машины, определяющей каждому ту меру возможного или должного, которая строго определена законом. Однако если мы признаем суд более или менее самостоятельным субъектом, определяющим или, по крайней мере, участвующим в определении, меры должного и справедливого, мы тем самым сталкиваемся с необходимостью установления тех критериев, которыми может (и должен) он руководствоваться при этом.

Рассматривая данную проблему в историческом плане, следует отметить, что было предложено два варианта ее решения.

В первом варианте критерием для судебного решения, определяющим пределы судебного усмотрения, является закон и исключительно закон.

Судья свободен в приемах для изъяснения (толкования) истинного смысла закона; однако в любом случае основным принципом толкования является правило, что только закон может быть источником судебного решения. Только из закона, из его прямых постановлений или из его общего духа суд должен черпать нормы для своих решений, а отнюдь

не из каких-то вне закона лежащих инстанций².

Однако при таком решении проблемы общественная практика сталкивается с теми сложностями, о которых упоминает И.А.Покровский. Особенно ярко они проявлялись в те периоды общественного развития, которые характеризуются переломом общественной жизни, быстрым отмиранием старых и возникновением новых социальных реалий.

Как пишет И.А.Покровский: «Со всеми вновь возникающими отношениями прежде всего, естественно, приходилось сталкиваться судам, и, конечно, их положение в случаях подобного рода должно было оказываться чрезвычайно затруднительным. Согласно изложенным правилам, судья и здесь должен был искать решения в законе, меж тем, как было очевидно, что закон этих отношений не предвидел и предвидеть не мог. Вследствие этого часто судам приходилось для мотивировки своих решений ссылаться на такие параграфы закона, которые в действительности отношения к делу не имели. Тяжесть положения усиливалась, если приходилось применять ясный, но устарелый и потому несправедливый закон¹».

При возникновении такого рода коллизий, в юридической науке и судебной практикеначинает аргументироваться и реализовываться иная идея, исходящая из того, что суд, принимая решение по делу, должен руководствоваться критериями, относящимися не только к закону, а зачастую, и вовсе находящимися за пределами писаного закона.

На протяжении весьма значительного промежутка времени указанные критерии находили в естественном праве: коль скоро в законе

отсутствует справедливость (*aequitas*), то этот закон не содержит в себе права; следовательно, вынося решение, судья может и должен руководствоваться не этим законом, а прибегать непосредственно к критерию справедливости как существу права.

Однако XVIII в., для которого, как известно, была характерна идеология естественного права, показал, что основанная на этой идеологии свобода судебного усмотрения привела к безграничному судебскому субъективизму. Следствием этого была, казалось бы, сокрушительная критика теории естественного права – в науке и практически полный законодательный запрет судебного усмотрения – в судебной практике.

Но последовательное проведение этого запрета в законодательстве европейских стран на протяжении почти всего XIX в. с очевидностью выявило невозможность его полного осуществления, а значит, и очередной идейный тупик. И, как нетрудно догадаться, в юридическом сообществе начался новый поворот к идее свободного судебного усмотрения.

Наиболее крайнюю, но и наиболее последовательную позицию в данном вопросе заняли представители *юридического релятивизма* (прагматизма).

По их представлениям закон – не более чем «литературное произведение», реальной же правотворческой инстанцией является лицо, реализующее право, в том числе судья³.

Однако большинство юристов, придерживавшихся идеи свободы судебного усмотрения, понимали, что такой – безграничный – субъективизм судьи превращает его, и только его,

в творца права, тем самым полностью исключая все другие источники правотворчества, прежде всего – законодательство. Поэтому свободное усмотрение суда ограничивалось ими, прежде всего, случаями неполноты либо неясности закона. Но и в здесь возникал вопрос о тех критериях, которыми должен руководствоваться суд, толкуя закон либо восполняя его неполноту.⁴ По этому поводу сформировалось два подхода – субъективный и объективный.

Первое из сформулированных воззрений, по сути говоря, явилось продолжением идеологии юридического релятивизма: критерием для вынесения судебного решения является исключительно личное правосознание судьи. Поэтому, по мнению сторонников указанной позиции, решение проблемы заключается в формировании судебного корпуса, отличающегося высочайшим уровнем профессионализма, интеллектуальных и моральных качеств.

Другая группа юристов предпочла искать для ограничения судебного усмотрения иной – хотя бы и внезапный, но объективный, критерий.

В качестве такового на протяжении конца XIX–XX столетий были предложены критерии «справедливости», «культуры», «природы вещей» как системы «объективных моральных ценностей», «социального идеала», «общественного правосознания», «взвешивания интересов» и пр.

Однако, как показывает И.А.Покровский, все приведенные критерии, при всей своей претензии на объективность, страдают изрядной долей субъективизма. Идея свободного (судебного) права предполагает, что судья должен вообразить себя законодателем.

Но может ли он при этом вообразить себя законодателем совершенно свободным? Может ли он, если он ницшеанец, дать простор своим теориям о сверхчеловеке и о христианстве как морали рабов?

Может ли он, если он социал-демократ, осуществлять свою программу, если он крайний реакционер, восстанавливать порядки феодального или крепостного права?

Или же он должен представить себя законодателем в данных реальных условиях, при данном реальном соотношении партийных и политических сил, мысленно учесть вероятный исход голосования данной нормы в парламенте?

В конечном итоге и та, и другая альтернативы неизбежно приведут к (немножко большему или немножко меньшему) торжеству личных настроений и пристрастий.

В связи с этим И.А.Покровский цитирует немецкого юриста Рундштейна: «Свободное судебное правописание могло бы быть допущено только тогда, если бы социальное правосознание действительно представляло собою какое-нибудь единство, если бы заимствованный из него масштаб действительно мог привести в своем конкретном применении к единообразным оценкам. В противном случае борьба интересов окажется перенесенной в область правосудия, причем и в нем найдет себе резонанс преобладания групп социально сильнейших... Там, где общество состоит из дифференцированных кругов, где национальные и классовые противоположности создают различные оценки как существующих, так и предлагаемых норм – там понятие «нормального законодателя» будет с роковой необходимостью оставаться фикцией,

прикрывающей судейский субъективизм»¹.

Какие же соображения принципиального характера могут быть сформулированы в связи с указанной проблемой?

1. Прежде всего, на сегодняшний день кажется очевидным то, что, несмотря на общую слабость отечественной законодательной базы, ни о каком «свободном судебном праве» речи вести нельзя.

Как уже отмечалось, суть указанной концепции заключается в том, что судья при вынесении решения, должен руководствоваться не только, и даже не столько законом, а своими внутренними соображениями. В крайнем варианте источником таких соображений является психика самого судьи, то есть они имеют совершенно иррациональный характер.

В более «мягких» вариантах судья при выработке решения руководствуется некоторыми объективными критериями, однако, в конечном счете, эти критерии все равно субъективируются личностью судьи.

Таким образом, судья здесь выступает в качестве законодателя: он вначале создает для себя некую «индивидуальную правовую норму»³, а затем, на основании этой нормы, выносит решение по делу.

Практическая неприемлемость данной концепции диктуется целым рядом соображений.

Во-первых, если господствующие в отечественной юриспруденции воззрения отрицают значение источника права за судебной практикой, то указанная теория, напротив, абсолютизирует ее.

Соответственно, фактически исключаются все иные виды права: и

договор, и обычай, и даже сам закон должен пройти предварительную судебную оценку и отбор, и только после этого соответствующая норма может быть реализована.

Судебное право становится единственным видом права, все остальное – лишь «правовой текст».

Думается, что подобная концепция, мало соответствуя реальной действительности, при попытке реализации на практике способна существенно обеднить жизнь права – ничуть не в меньшей мере, чем советская идея права как исключительно классовой (государственной) воли, выраженной полностью в нормативном акте государства.

Во-вторых, исключая все виды права, «свободное судебное право» само является исключительно дифференцированным, можно даже сказать – индивидуализированным, ибо в обществе формируется ровно столько видов права, сколько членов насчитывает национальный судейский корпус. «Индивидуальные правовые нормы» становятся господствующим видом правовых норм.

В-третьих, следует принимать во внимание и общественно-психологическое значение проблемы, на что указывает И.А.Покровский: «Несмотря на субъективизм судей, в обществе все же сохраняется вера в то, что решения (приговоры) постановляются на основании объективных велений закона. Самая несправедливость решения относится не на счет судьи, а на счет закона. Иное психологическое последствие будет иметь провозглашение судейского усмотрения: вера в объективность приговоров будет разрушена, и сознание того, что судья постановляет свой приговор исключительно

на основании своих личных убеждений, будет подрывать доверие даже к приговорам, постановленным на основании закона. Вера в правосудие будет народом утрачена окончательно»¹.

Следует, впрочем, констатировать, что современная юриспруденция отнюдь не восприняла идею свободного судебного права. Даже в сфере прецедентного права судебная инстанция выносит решение не на основе «индивидуальной правовой нормы», а на основе нормы, подвергнутой объективации и, соответственно, ставшей не некоей «индивидуальной», а простой общей нормой права, признаки которой хорошо известны: она рассчитана на применение не исключительно в данном конкретном случае, но и в неопределенном ряде других аналогичных случаев⁵.

2. Признавая закон в качестве основного источника объективного права, мы тем самым сталкиваемся и с критикой этого положения со стороны сторонников идеи свободного судейского усмотрения.

В самом деле, упреки суда в субъективизме, социальных, партийных и т.п. пристрастиях могут в такой же мере быть обращены и в адрес законодателя.

Применительно же к современным российским условиям критика закона как источника права может быть дополнена тем аргументом, что он попросту не может быть совершенным. Причина заключается не только в политической ангажированности депутатского корпуса, чрезвычайно порой низким уровнем его профессиональной квалификации, но и в особенностях переживаемого нашей страной исторического момента. Высокая динамика обще-

ственной жизни способна весьма сильно понизить эффективность любого, сколько угодно совершенного, закона: ориентированный на нужды текущего момента, он станет неэффективным уже завтра; приспособленный к реалиям, имеющим возникнуть в будущем, этот закон останется «правовым текстом» или «литературным произведением», своего рода «юридической мечтой» для дня сегодняшнего⁵.

Казалось бы возникает противоречие: свободное судебное правотворчество, которое могло бы эффективно следовать за динамикой общественной жизни, мы отвергаем по принципиальным, изложенным выше, причинам; правотворчество же в форме законодательства рискует быть неэффективным, при известных условиях – реакционным, а в конечном счете – несправедливым.

Решение данной коллизии, возможно, более того, оно реально существует, будучи заложенным в действующие в нашем обществе правовые механизмы. Задача заключается лишь в том, чтобы творчески и последовательно осмыслить имеющиеся правовые реалии и, по возможности, прояснить и развить их в процессе дальнейшей правотворческой деятельности.

Как уже отмечалось, на протяжении веков высшим критерием действующего (позитивного) права было право естественное. Правда, современная западноевропейская наука и практика, как констатирует А.В.Поляков, ссылаясь на немецкого правоведа О.Хеффе, идею естественного права, по-видимому, пережила.

О.Хеффе пишет: «Сегодня естественное право представляется настолько исчер-

павшим свои возможности, что оно уже не удостоивается вообще никакого внимания, будь даже в форме острой критики... Само выражение «естественное право» настолько дискредитировано, что оно полностью вышло из употребления».

В свою очередь А.В.Поляков утверждает: «... то, что было закономерно на заре человеческой мысли, простительно в эпоху ее формирования, извинительно в период перехода к современному научному знанию, недопустимо сегодня, если только российская юриспруденция претендует на то, чтобы быть наукой, связанной с подлинным, жизненным миром человека»⁶.

Как следует из дальнейших рассуждений автора, под именем науки он подразумевает единственно позитивистическую науку⁶.

Здесь нет возможности выяснять и объяснять причины нынешнего положения, сложившегося в западной науке о праве, хотя, как представляется, придя к нему, она многое утратила. Возникает впечатление, что, исчерпав идею естественного права, юридическая наука исчерпала и самое себя, ибо известно, что в настоящее время на Западе существует мощная тенденция к тому, чтобы трактовать юриспруденцию не как науку, а как ремесло, совокупность определенных технических приемов, которым и следует обучать людей, желающих стать юристами. Несомненно, такая наука самым непосредственным образом связана «с подлинным, жизненным миром человека», однако, на наш взгляд, она не может быть в полной мере применена к нашему обществу – хотя бы потому, что мы только переживаем переход «к современному научному знанию», а потому нам, выражаясь словами А.В.Полякова, «извинительно» иметь всякого рода отклонения от истинной науки, в том числе и отклонения в область естественного права⁶.

Действительно, теория естественного права имеет множество уязвимых моментов, а в своей практической реализации (что здесь интересует нас в наибольшей степени) она ведет к субъективизму, ибо в условиях дифференцированного общества едва ли не каждый имеет свои представления о должном и справедливом. Однако, как представляется, этот момент, действительно проявивший себя в определенную историческую эпоху, когда, основываясь на идее свободы отдельно взятой человеческой личности (почему классическая теория естественного права и была определена как индивидуалистическая), пытались противопоставить права этой личности всему действовавшему на тот период времени праву, – этот момент совершенно напрасно абсолютизировали, отождествив с естественным правом как таковым.

За прошедшие с тех пор столетия произошли определенные, и, надо сказать, весьма существенные изменения, причем эти изменения касаются даже не идеи естественного права, а самого человеческого общества. Идеи естественного права, существенно обогащенные на протяжении многих десятков лет, естественным образом вошли в ткань нового действующего (позитивного) права как национального, так и международного, ставши принципиальной основой этого нового позитивного права. Возможно, именно потому западноевропейская наука и утратила интерес к естественному праву, что оно растворилось в этом новом позитивном праве.

Подобного рода процесс происходит и в российском обществе. Можно критиковать отдельные и, в данном контексте – второстепенные элемен-

ты, составляющие содержание нашей Конституции, однако бесспорным представляется одно – в ней нашли нормативное воплощение все те идеи, которые составляют суть концепции естественного права. При этом важно учитывать и еще один, весьма существенный, момент: Конституция РФ не является нормативным актом государства; она принята всенародным голосованием, и, следовательно, сам народ, непосредственно выразив свою волю, юридически оформил те основополагающие идеи, которые он считает естественными принципами своей социальной жизни.

Благодаря своему конституционному закреплению концепция естественного права получила то, чего ранее не имела – формальную определенность.

Конечно, проникновение идей естественного права в материю позитивного права не является абсолютным:

во-первых, тот факт, что общество торжественно провозгласило некоторые идеи нормой своей жизни, вовсе не означает, что и общество в целом, и отдельные его институты, представители и члены будут в своей деятельности всегда следовать этим идеям;

во-вторых, никуда не исчезают при этом описанные выше органические недостатки государственных законов. Однако формальная определенность указанных идей позволяет по новому решить старую проблему коллизии закона и судебного усмотрения, а именно:

1. Конституционное закрепление ряда известных положений дают нормативно (объективно) определенные критерии для оценки соответствия позитивных законов тому, что полагается должным и справедливым.

Следовательно, старая и трудно решаемая проблема соотношения права и закона сделалась вполне решаемой, лишь несколько сменив форму: она разрешается посредством проверки соответствия того или иного закона Конституции.

2. Наличие указанных норма-

тивно определенных критериев позволяет создать ведомство, предметом деятельности которого было бы применение их на практике. В нашей стране государственным органом по охране Конституции является, как известно, Конституционный Суд.

Примечания

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. // М.: Статут, 2001. С. 89-105, 115, 121.

² Явич Л.С. Сущность права: социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1985. С. 57.

³ Барак А. Судейское усмотрение. Перевод с английского. М.: Издательство НОРМА, 1999. С. 23, 40-41.

⁴ Судебное усмотрение в гражданском процессуальном праве // Гражданский и арбитражный процесс. 1999. № 2. С. 58.

⁵ Судебная практика как источник права. М., 1997. С.71.

⁶ Поляков А.В. Общая теория права. СПб., 2001. С. 48-49, 50, 52.

Подписка на 2008 г.
 на журнал "Обозреватель - Observer"
 в каталоге «Газеты и журналы»
 агентства «РОСПЕЧАТЬ»:
 47653 - на 6 месяцев

ул. Новокузнецкая

ул. Бахрушина

ст. метро «Павелецкая»
кольцевая и радиальная

Павелецкий

Проход в редакцию журнала «Обозреватель-Observer»

Выход из метро в сторону Новокузнецкой улицы, повернуть направо, через 10 м вход в «Метрогипротранс», далее – во двор, обогнуть двухэтажное кирпичное здание с мансардой, далее – вход в «РАУ-Университет»

Садовое кольцо

ВОКЗАЛ