

А.В. Корнев*

РОССИЙСКАЯ ТРАДИЦИЯ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА

Несмотря на принадлежность России к романо-германской правовой традиции и доктринальное непризнание судебного правотворчества, российские суды (по крайней мере, высшие судебные органы) в определенной мере всегда осуществляли правотворческие функции в процессе толкования положений законодательства.

В дореволюционной России некоторые элементы правотворчества можно было усмотреть в деятельности кассационных департаментов Правительствующего Сената. Согласно ст. 813 Устава гражданского судопроизводства 1864 г. «в разъяснении точного разума закона судебные установления обязаны подчиняться суждению Сената, и кассационные жалобы против постановленного на основании второго решения ни в каком случае не приемлются»¹. Определения кассационных департаментов Сената, содержащие такие «суждения», в соответствии со ст. 815 Устава публиковались «во всеобщее сведение, для руководства к единообразному истолкованию и применению законодательства»². Очевидно, что все суды ориентировались на них в своей практике, но формально обязательными они были только для суда, пересматривающего отмененное кассационным департаментом решение.

В связи с этим представляется неоправданной достаточно широко распространенная в консервативных политических кругах XIX в. интерпретация данных полномочий кассационных департаментов Сената как присвоение ими части законодательной власти монарха³. Напротив, К.П. Победоносцев, видный россий-

* **Корнев А.В.** – аспирант кафедры теории и истории государства и права Российского университета дружбы народов.

¹ Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Издание Государственной канцелярии. Часть первая. СПб., 1866. С. 377.

² Там же. С. 378.

³ См., например: *Тимошина Е.В.* Политико-правовая идеология русского пореформенного консерватизма: К.П. Победоносцев. СПб., 2000. С. 169, 173.

ский государственный деятель, юрист, обер-прокурор Синода (1880–1905) и один из идеологов пореформенного консерватизма, специально подчеркивал, что «разъяснение разума или применение закона, сделанное кассационным департаментом Сената, имея *силу закона* по тому делу, по коему оно состоялось... принимается судебными местами *к руководству* в подобных случаях и вопросах и по другим делам. Но по другим делам разъяснение это не может иметь для суда той безусловной обязательной силы, какая присвоена только *закону* как правилу, исходящему от законодательной власти... Посему нет законного основания поставить *суду в вину* применение закона не в том или не совсем в том смысле, в каком он был разъяснен *по другому делу* прежним решением Сената. В сем случае решение суда, когда дойдет установленным порядком до проверки в Сенате, может быть отменено за нарушение или неправильное применение закона (в том же смысле, в каком он был прежде разъяснен), но никак не за нарушение смысла сенатского решения, по другому делу состоявшегося»⁴.

Такая трактовка юридического значения разъяснений кассационных департаментов Сената – не просто юридическая казуистика, обусловленная признанием верховенства закона и отрицанием правотворческих полномочий судов; она имеет под собой определенные практические соображения. Как поясняет К.П. Победоносцев, общеобязательность разъяснений закона кассационными департаментами Сената, «практически неосуществима, ибо она стеснила бы судебные места в той свободе обсуждения и применения закона к обстоятельствам дела, без которой не может быть и правильного отправления правосудия... Самому Сенату вольно при каждом отдельном случае, подобном прежде разрешенным, вновь проверять собственное свое разумение о смысле закона, изменять оное к лучшему и отступать от прежнего разумения, когда при дальнейшем рассуждении и по соображении с другими, не бывшими еще в виду случаями, новое разумение оказывается полнее, правильное и ближе к истинному смыслу и духу закона». Ведь «всякое судебное место, а также Правительствующий Сенат применяют и изъясняют смысл закона непременно в

⁴ Победоносцев К.П. Судебное руководство. М., 2004. С. 276.

связи с представляющимися по делу обстоятельствами и с истекающим из сих обстоятельств отношением частного права»⁵.

К.П. Победоносцев достаточно точно показал специфику действия прецедента судебного толкования закона в соотношении с самим законом и возникающие в связи с этим проблемы. Однако он не придавал должного значения принципу правовой определенности и проистекающему из него принципу *stare decisis*⁶, в силу которого суды стремятся придерживаться однажды занятой позиции в отношении толкования и применения закона. По мнению К.П. Победоносцева, «суд, стесняясь своим рассуждением в решениях *по тому же делу*... не стесняется в решениях по другим делам общими, в прежних решениях выраженными соображениями о смысле и применении того или другого закона; ибо рассуждение суда об обстоятельствах дела и о применении к ним закона в каждом особливом случае должно быть особливое, причем единственным мерилем правильности служит *закон*... а не бывшее прежде применение закона тем или другим судом, которое лишь приводится в пояснение и может служить руководством, а не безусловно обязательным правилом»⁷. Таким образом, «законная сила решения ни в каком случае не может простираться на общие рассуждения и выводы суда о смысле и значении того или другого закона, хотя бы эти выводы сделаны были судом, по выслушании бывшего между сторонами по сему предмету состязания»⁸.

В целом суждения кассационных департаментов Правительствующего Сената относительно смысла законов могут рассматриваться как вторичные источники права, создаваемые в результате толкования закона в процессе разрешения конкретных дел и действующие как убедительные прецеденты, которые не являются безусловно обязательными для судов, но которых суды, как правило, придерживаются.

Однако современная практика судебного правотворчества в России опирается не на дореволюционный опыт Правительствующего Сената, а на советский опыт руководящих разъяснений пленумов Верховного Суда СССР и союзных республик.

⁵ Победоносцев К.П. Судебное руководство. М., 2004. С. 276–277.

⁶ Стоять на решенном (*лат.*).

⁷ Там же. С. 298.

⁸ Победоносцев К.П. Судебное руководство. М., 2004. С. 304.

Советская теория права исходила из того, что судебная практика, в том числе и разъяснения пленумов Верховного Суда СССР и союзных республик, принятые в результате ее обобщения, не является источниками права. Считалось, что судебные органы не обладают правотворческими полномочиями. Указанная точка зрения была преобладающей в доктрине. Как утверждал И.Б. Новицкий, «в советском государстве не может быть места для судебного прецедента. Советский суд является проводником и стражем законности, он должен строго следить за тем, чтобы общие нормы закона (и подзаконных актов) неукоснительно соблюдались всеми гражданами, должностными лицами, учреждениями и прежде всего самим судом»⁹. И.С. Тишкевич в своей статье «Являются ли руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР источником права?» давал отрицательный ответ на поставленный вопрос¹⁰. С.Л. Зивс подчеркивал, что «отнесение судебной практики к числу формальных источников права противоречит принципу верховенства закона и принципу подзаконности судебной деятельности и не имеет под собой никакой правовой основы»¹¹.

Однако на практике все обстояло немного иначе: «Судебный прецедент и судебное правотворчество в Советском Союзе существовали, прикрывая свое бытие различными легальными формами»¹². Во-первых, Верховному Суду СССР (ст. 3 Закона о Верховном Суде СССР 1979 г.¹³) и Верховному Суду РСФСР (ст. 57 Закона «О судостроительстве в РСФСР 1981 г.»¹⁴) предоставлялось право давать руководящие разъяснения по вопросам применения законодательства. Такие разъяснения носили обязательный характер, причем не только для нижестоящих судов, но и для других органов и должностных лиц. Во-вторых, решения Верховного Суда СССР и верховных судов союзных республик публиковались в специаль-

⁹ Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 125.

¹⁰ Тишкевич И.С. Являются ли руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР источником права? // Советское государство и право. 1955. № 5. С. 29.

¹¹ Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. С. 190.

¹² Мартынич Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20.

¹³ Ведомости Верховного Совета СССР. 1979. № 49. Ст. 842.

¹⁴ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1981. № 28. Ст. 976.

ных изданиях и учитывались нижестоящими судами при вынесении решений, так как в противном случае их судебные акты могли быть отменены вышестоящей инстанцией. В.М. Жуйков, который с 1988 г. по 2007 г. был заместителем председателя Верховного Суда РСФСР (с 1991 г. – Верховного Суда РФ) указывает, что практика Верховного Суда СССР и верховных судов союзных республик, официально не признаваемая источником права, «фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона и аналогии права»¹⁵. Любой практикующий советский юрист придавал большое значение судебной практике, особенно формировавшейся на уровне высших судов.

В противовес господствующей доктрине ряд советских ученых выступал за признание судебного правотворчества. Л.С. Явич писал: «Из того, что суд – единственный государственный орган, отправляющий правосудие, никак не следует неопременное ограничение его деятельности применением законов. Сама задача отправления правосудия предполагает возможность при отсутствии соответствующего закона восполнить пробел и целесообразность контроля суда над законностью нормативных иных актов управления». «Судебное правотворчество, – отмечал он, – представляет своеобразную форму официального признания уже сложившегося права (правоотношений) или придания правового характера фактическим отношениям, которые берутся под защиту государства путем единообразного и постоянного вынесения судебных решений по аналогичным делам, или, наконец, форму выработки новых общих норм в результате обобщения судебной практики и вынесения высшими судами соответствующих директивных указаний, обязательных для нижестоящих судебных инстанций»¹⁶. Аналогичной позиции придерживались А.С. Венгеров и С.Н. Братусь. Пробел в законе, по их мнению, преодолевается не путем подведения не урегулированной нормой права ситуации под сходную норму, а путем создания судом по аналогии с ней другой нормы,

¹⁵ Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права, М., 1997. С. 16.

¹⁶ Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 140.

на основе которой и выносится решение¹⁷. Такой вывод был сделан учеными на основе анализа руководящих разъяснений высших судов.

В современной России допустимость судебного правотворчества также остается дискуссионным вопросом.

Е.В. Семьянов полагает, что существование судебного правотворчества в форме судебного прецедента в российском праве невозможно, так как система судоустройства в России не позволяет сформироваться судебному прецеденту в классическом его понимании¹⁸. М.Н. Марченко утверждает, что «признание судебной практики в качестве источника российского права не согласуется с характерными особенностями романо-германской правовой семьи»¹⁹.

Стоит согласиться с утверждением об отсутствии в России прецедентного права в его классическом понимании. Однако правотворческий характер постановлений пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ достаточно очевиден. Вместе с тем вопрос о правовой природе этих актов остается спорным.

В ст. 126, 127 Конституции РФ и ст. 19 (ч. 5), 23 (ч. 5) Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»²⁰ закреплено, что Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ дают разъяснения по вопросам судебной практики. Данные полномочия конкретизированы в ст. 14 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»²¹, где указано, что Пленум Верховного Суда РФ дает судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства Российской Федерации в целях обеспечения единства судебной практики (п. 1 ч. 4) и в ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об Ар-

¹⁷ См.: Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и форма судебной практики. М., 1975. С. 16-17.

¹⁸ Семьянов Е.В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права). Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9.

¹⁹ Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. Учебное пособие. М., 2001, С. 300.

²⁰ СЗ РФ. 1997. № 1. С. 1.

²¹ СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 898.

битражных судах Российской Федерации»²², в которой говорится, что Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ рассматривает материалы изучения и обобщения практики применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами и дает разъяснения по вопросам судебной практики (п. 1 ч. 1). Важно отметить, что формулировки полномочий пленумов высших судов в указанных актах различны. Например, в ст. 14 Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» речь идет о разъяснениях по вопросам применения законодательства в целом, а не только в связи с обобщением судебной практики.

На практике нормативные положения соответствующих постановлений Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного суда РФ служат ориентиром, а подчас и императивной нормой для нижестоящих судов при принятии решений. Так, в ч. 4 ст. 170 Арбитражного процессуального кодекса РФ говорится о том, что в мотивировочной части решения могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, а п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ предусматривает, что основанием для пересмотра судебных актов в связи с новыми обстоятельствами является определение либо изменение в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте содержится указание на возможность такого пересмотра.

Нельзя утверждать, что постановления пленумов высших судов, содержащие разъяснения по вопросам судебной практики, являются нормативными правовыми актами. Но было бы неверно и полностью отрицать, что указанные постановления имеют определенное сходство с нормативными правовыми актами. Процедура принятия постановлений пленумов не является стандартной судебной деятельностью и больше напоминает процесс абстрактного правотворчества с участием не только судей, но и специалистов и экспертов в конкретной области права. Постановления пленумов высших судов не связаны с рассмотрением конкретных судебных дел и принимаются по группе однородных вопросов. В постанов-

²² СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

ления пленумов могут вноситься изменения и дополнения. Кроме того, постановления пленумов, как и нормативные акты, подлежат обязательному опубликованию.

В целом постановления пленума высших судов, содержащие разъяснения по вопросам судебной практики, можно отнести к числу вторичных источников права, однако их правовая природа весьма специфична и заслуживает специального изучения.