

**Г. М. Азнагулова\***

## **Суд — творец права?**

Суд — творец права? Этот вопрос приобретает в науке все большую актуальность. Вероятно, потому, что глобализация, при всех ее положительных и отрицательных моментах, оказывает влияние на развитие правовых систем современности, имплементируя в каждой из них свои принципы юридического «устройства». Речь идет, в частности, о заметном влиянии прецедента как источника права на развитие романо-германской и славянской правовых семей. И наоборот, о применении закона в правоприменительной практике судов государств, в основе правовых систем которых лежит судебный прецедент.

Тем самым интеграция российской правовой системы в мировое правовое пространство потребовала приведения судебной системы в соответствие с новыми реалиями и международными стандартами; в частности демократичности, беспристрастности и превращения ее в независимую и самостоятельную ветвь государственной власти. Актуальным стало осмысление таких категорий, как судебное правотворчество, судебное усмотрение и его пределы при осуществлении правосудия, поскольку четкое представление о данных понятиях имеет огромное значение для правоприменительной практики. Судебное усмотрение как элемент судебной правоприменительной деятельности заключается в субъективном выборе законного решения, совершаемого судьей по конкретному юридическому делу в уставленных нормами права пределах. Средствами, ограничивающими судебную систему от произвольности судебного усмотрения при вынесении решений по делам с аналогичным составом юридических фактов, выступают правоположения, выработанные судебной практикой.

В настоящее время актуальным является вопрос о роли судебной практики в механизме правового регулирования, о ее месте в системе источников права. В Российской Федерации постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, решения и толкования Конституционного Суда официально не признаны в качестве источников права, в то же время они играют значительную роль в процессе применения права. Дискуссию вызывает также вопрос о различиях между судебной практикой и судебным прецедентом.

---

\* Доцент кафедры теории и истории государства и права Института права Башкирского государственного университета, кандидат юридических наук.

Без сомнения, судебная практика выступает в качестве относительно самостоятельного правового явления. Однако между судебной практикой и судебным прецедентом существуют различия. Среди основных различий, как представляется, можно выделить то, что, во-первых, прецеденты устанавливаются только высшими судебными инстанциями, в то время как судебная практика — это следствие деятельности судей различных ступеней судебной системы; во-вторых, судебными прецедентами могут быть только те решения, которые помимо постановляющей, определяющей частей включают его правовые основания (положения, принципы или основы, на которых принимается решение), содержащие норму, имеющую обязательный характер, и заявление, относящееся к вопросу, не являющемуся предметом спора и имеющее убедительный характер. Структура же судебных решений, входящих в судебную практику, носит более стандартный, схематичный характер. Судебное решение содержит три элемента: постановляющую часть, определяющую часть и само решение. В-третьих, судебный прецедент и судебная практика различаются как в отношении своих этимологий, правовой природы, так и в отношении правовых последствий их применения<sup>1</sup>.

Проблема оценки юридической силы судебной практики является наиболее острой и дискуссионной в российской правовой науке. Мнения о признании или непризнании за судебным прецедентом силы источника права противоречивы.

Признавать идею судебного прецедента как источника российского права начала и российская правовая наука. По мнению Б. С. Эбзеева, «все решения Конституционного Суда являются источниками права, и им присуща материально-правовая сила закона. Прецеденты, создаваемые Конституционным Судом, как и акты толкования, имеют нормативно-регулирующее значение, и в этом смысле они также являются высшими по своей юридической силе правовыми нормами, распространяются на неопределенно большой круг случаев и субъектов конституционно-правовых отношений»<sup>2</sup>.

Однако не все ученые-юристы разделяют подобную точку зрения. Так, В. С. Нерсесянц прямо заявляет: «На наш взгляд, судебная практика во всех этих и других своих проявлениях представляет собой, согласно действующей Конституции Российской Федерации 1993 г., не правотворческую, а лишь правоприменительную (и соответствующую правотолковательную) деятельность. Считаю ошибочным распространенное мнение, будто в нашей системе права судебная практика в самых различных проявлениях — и при отмене нормативных актов, и разъяснениях Пленумов, и при прямом применении Конституции, и при разрешении конкретных споров — оказывается источником права»<sup>3</sup>. Ему возражает В. М. Жуйков, указывающий, что «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, как и оспариваемые по ним нормативные акты, имеют общее значение и обязательны к исполнению всеми органами государственной власти и должностными лицами. Очень важно, что

<sup>1</sup> См.: *Сипулин С. В.* Судебный прецедент как источник права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008.

<sup>2</sup> *Эбзеев Б. С.* Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // *Государство и право.* 1998. № 5. С. 7.

<sup>3</sup> *Нерсесянц В. С.* У российских судов нет правотворческих полномочий // *Судебная практика как источник права.* М., 2000. С. 108.

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»<sup>1</sup>.

Существенным шагом к официальному признанию судебного прецедента источником российского права стало Постановление Пленума ВАС РФ от 14 февраля 2008 г. № 14, дополнившее Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам» пунктом 5.1, указывающим, что в соответствии с п. 1 ст. 311 АПК РФ может быть пересмотрен по вновь открывшимся обстоятельствам также судебный акт, оспариваемый заявителем в порядке надзора и основанный на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора. При этом при обжаловании в апелляционном или кассационном порядке судебного акта, основанного на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, суд апелляционной или кассационной инстанции учитывает правовую позицию Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации при оценке наличия оснований для изменения или отмены обжалуемого судебного акта<sup>2</sup>.

Указанное Постановление ВАС РФ было расценено в юридической литературе как «революционный пример официального признания судебного прецедента источником арбитражного процессуального права»<sup>3</sup>, хотя Председатель ВАС РФ А. А. Иванов не склонен к столь категоричному выводу: «Если выразить свое отношение к системе судебного прецедента, то в целом я разделяю позиции тех, кто склонен постепенно придавать решениям наших судов роль значения прецедента. Но вопрос о прецеденте имеет мало отношения к нашему постановлению: прецедент мы им не ввели, это совершенно иное понятие»<sup>4</sup>. Тем не менее следует признать, что в российской правовой действительности судебный прецедент фактически уже существует и при этом играет особую роль в правовом регулировании общественных отношений, выполняя важные функции связи права с реальной жизнью.

В связи с повышением роли суда и судебной практики в российской правовой системе и процессе правообразования возникает вопрос о месте актов судебных органов. По общему правилу судебные акты носят подзаконный характер. В то же время полномочиями по решению вопроса о соответствии законов Конституции РФ

<sup>1</sup> Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 81.

<sup>2</sup> См.: О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам»: постановление Пленума ВАС РФ от 14 февраля 2008 г. № 14 // Вестник ВАС РФ. 2008. № 3.

<sup>3</sup> Воронцова И. В. Судебный прецедент в науке и практике // Российский судья. 2008. № 11.

<sup>4</sup> Иванов А. А. К диалогу готовы // ЭЖ-Юрист. 2008. № 15. С. 8.

наделен такой судебный орган, как Конституционный Суд РФ, и, как отмечалось выше, если суд общей юрисдикции или арбитражный суд придут к выводу о несоответствии того или иного закона Конституции Российской Федерации, то они не вправе применить этот закон и обязаны обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке его конституционности.

В юридической литературе было высказано мнение о необходимости законодательного закрепления за судебным прецедентом статуса источника российского права. Учитывая, что суды высшей инстанции фактически осуществляют правотворчество, С. В. Поленина предложила официально признать судебный прецедент в качестве источника права и принять закон, закрепляющий возможность существования судебных прецедентов, устанавливающий ограничения (по предмету и органам) возможности их применения<sup>1</sup>.

Суды конкретизируют и детализируют общие нормы, раскрывают содержание оценочных правовых понятий и вырабатывают правовоположения<sup>2</sup>. Можно сказать, что суды по отношению к закону выступают в двоякой роли: с одной стороны, они подчиняются закону, применяют его, с другой стороны, суды проверяют обоснованность закона и вправе его отменить<sup>3</sup>.

Возрастание значения судебной практики в качестве одного из источников российского права свидетельствует о том, что российская правовая система развивается в направлении сближения не только с правовыми системами стран романо-германского права, но также с правовыми системами стран англо-американского права. Причем нужно отметить, что последние, в свою очередь, развиваются в направлении к романо-германской правовой семье. В странах англо-американского права наблюдается обратная тенденция: все большее число судебных дел решается не на основе судебного прецедента, а исходя из действующего закона (в частности, на основе закона решаются 9 из 10 дел, рассматриваемых в апелляционном суде и палате лордов Великобритании)<sup>4</sup>.

Учитывая усложнение общественных отношений и ускорение темпов их развития на современном этапе, нужно признать, что в настоящее время возрастает не только риск все большего отставания законодательства от требований реальности, но и риск принятия законодателем малоэффективных правовых актов. При таких обстоятельствах судебный прецедент может рассматриваться как своего рода гарантия от ошибок законодателя, инструмент, позволяющий обществу нейтрализовать действие малоэффективного закона, а также обеспечить надлежащее правовое регулирование тех общественных отношений, которые по тем или иным причинам не подпадают под действующее законодательство. Официальное признание судебного прецедента источником права позволит создать «систему сдержек и противовесов» в правотворчестве и, тем самым, сделать российскую правовую систему более гибкой и полнее учитывающей интересы гражданского общества.

<sup>1</sup> См.: Поленина С. В. Законотворчество в Российской Федерации. М., 1996. С. 15–16.

<sup>2</sup> См.: Судебная практика как источник права / под ред. Б. Н. Топорнина. М., 1997. С. 5 и др.

<sup>3</sup> См.: Конституция и закон: стабильность и динамизм. М., 1998. С. 142.

<sup>4</sup> См.: Богдановская И. Судебный прецедент и его эволюция // Законность. 2007. № 3.