**Судебные акты как источник российского трудового права**

Е.Б. Хохлов, д.ю.н., проф.

**О понятии и видах источников права.**

К настоящему времени взгляд как на само понятие источника права, так и на виды таких источников кажется вполне сложившимся; и эта традиция находит свое выражение прежде всего в учебной юридической литературе, где при всем многообразии подходов к освещении других проблем, применительно к проблеме источников права наблюдается относительное единство.

Суть указанного традиционного подхода сводится, в общем, к следующему.

Понятие источника права следует трактовать в двух аспектах – в материальном и формальном. Источник права в материальном смысле есть то, что создает, творит норму права; источниками же права, понимаемыми в формальном смысле являются те способы (формы), посредством которого закрепляются, проявляются, материализуются нормы права.

Нетрудно заметить, что при таком подходе к понятию источника права речь идет исключительно об объективном праве, т.е. системе правовых норм, а существование другого большого его раздела, именно, права субъективного, попросту игнорируется. Что касается определения источника происхождения права (источника права в материальном смысле), то в качестве такового вплоть до последнего времени было принято трактовать государственную волю.

Среди немногих исключений из указанного общего подхода к определению понятия источника права в настоящее время можно назвать А.В. Полякова.[1] Правильно констатируя, что понятие источника права определяется более общей категорией – типом правопонимания, он утверждает, что под правом понимается определенный порядок отношений, основанный на правовых нормах, и выражающийся в реализуемых субъектами правах и обязанностях. Соответственно, правовые нормы, строго говоря, не являются правом, но некоторые из них (те, которые получили социальную легитимацию, т.е. принятые обществом в качестве обязательных к исполнению правил поведения), выступают в качестве оснований прав и обязанностей (нормативных оснований) прав конкретных субъектов. Следовательно, необходимо различать такие понятия, как источник права, источник правового текста, источник норм права (текстуальный источник права), наконец, источник субъективных прав и обязанностей.

Такой подход представляется продуктивным прежде всего в силу того, что он при определении понятия источника права акцентируется на субъективном праве, которое правда, при таком подходе, только и признается правом. Кроме того, он позволяет расширить круг источников права, которые можно систематизировать по самым различным основаниям.

Вместе с тем, как представляется, данная трактовка имеет определенные недостатки, как и чисто логическое противоречие. Прежде всего, поскольку, по А.В. Полякову, право есть порядок отношений, который находит свое выражение в правах и обязанностях субъектов, это дает основание рассматривать такой порядок, а также субъективные права и обязанности как категории тождественные (право есть порядок, порядок же есть субъективные права и обязанности). А отсюда вытекает, что в этом случае нет никаких оснований различать, как это делает автор, источник права и источник субъективных прав и обязанностей: одно и то же явление порождается одним и тем же комплексом причин.

Очевидным же недостатком указанного воззрения является то, что оно безусловно выводит за границы права как такового все объективное право: нормы права есть, собственно, не право, а его предпосылка (основа). Такого рода «покушение» на объективное право вовсе не является новым – еще в начале прошлого века Б.А. Кистяковский был вынужден выступить в защиту объективного права, против крайностей субъективистского воззрения на право, представляемого школой Л.И. Петражицкого.[2] Правовые нормы (объективное право) есть, по А.В. Полякову, «объективированные правовые тексты». При этом понятие «правовой текст» распространяется на все объективное право – как писаное, так и неписаное. Между тем известно, что такая разновидность права, как правовой обычай, может быть никак не оформлена графически, более того, нормы обычного права могут быть вовсе не объективированы, существуя лишь в сознании неопределенного числа лиц (социальной группы) и находя свое проявление лишь в процессе реализации. При таких условиях назвать нормы неписаного права правовым текстом было бы весьма неосмотрительным.

Впрочем, в трактовке объективного права как правового текста можно увидеть и рациональное зерно. Связывая объективное право с субъективным; более того, формируя такую иерархию, при которой первенство принадлежит субъективному праву, тем самым выстраивается логически непротиворечивая система действующего права.[3] Различая в совокупности правовых текстов те, которые получили социальное признание и те, которые этого признания (легитимации) не получили, мы тем самым сталкиваемся с разделением всего писаного права на действующее (позитивное) и недействующее. Такое разделение существует всегда и касается прежде всего права, формируемого государством, ибо понятно, что, например, такой вид права, как правовой обычай, существует лишь постольку, поскольку действует.

Выделение в системе нормативных актов государства норм действующего права, определение и применение критериев, в силу которых те или иные положения этих актов являются действующими (т.е. являются собственно правом), и наоборот, - все это представляет собою проблему не только и даже не столько теории права, сколько юридической практики. Таким образом, данная проблема является предметом и основой для наших последующих рассуждений.

Традиционный подход к определению видов источников права (форм его выражения) заключается в признании таковыми правового обычая, прецедента (административного, чаще – судебного), договора с нормативным содержанием, наконец, нормативного акта государства. При этом, в зависимости от того, какой источник права признается превалирующим в системе права той или иной страны, производится отнесение ее либо к романо-германской (континентальной), либо англо-саксонской правовой семье.

Данное разделение источников права, несомненно верное и основанное на жизненных фактах, в общей теории права часто признается недостаточным. Выделяются, например, такие источники права, как научная доктрина, религиозные догматы и даже миф. Такое обогащение круга источников права, вне всякого сомнения, представляет определенный интерес и служит прежде всего нуждам дальнейшего развития юридической науки. Однако для юридической догматики (а отраслевые юридические науки если не целиком, то в большей своей части являются науками догматическими, и трудоправовая наука не является здесь исключением), указанные нетрадиционные виды источников права не имеют какого-либо практического значения, а значит, являются малоинтересными. Для нас гораздо более важно признание ценности наряду с объективным субъективного права и вытекающее из этого признания выделение тех источников, которые порождают субъективное право и в которых оно находит свое выражение и закрепление. С этой точки зрения в ряду источников права оправданно исследование не только обычая, нормативного акта или нормативного договора, но и административного акта, а также договора, причем не только договора с нормативным содержанием.

Несомненно, важное теоретическое и прикладное значение имеет исследование роли судебной практики как источника права, в том числе объективного и субъективного трудового права.

Проблема судебной практики как источника права. При постановке проблемы судебной практики как источника норм той или иной отрасли права, исследователь сталкивается с необъяснимым с первого взгляда парадоксом. С одной стороны, всем хорошо известна та огромная роль, которая выполняется системой судебных решений в регулировании различных аспектов, составляющих предмет регулирования той или иной отрасли. С другой стороны, ни в одном кодифицированном отраслевом акте, в котором, по общему правилу, определяется круг общественных отношений, регулируемых данной отраслью права, а также те правовые источники, которые содержат в себе соответствующие нормы, их иерархия и т.п., - ни в одном такого рода нормативном акте мы не встретим упоминания о роли судебной практики. Например, с этим феноменом мы сталкиваемся при рассмотрении содержания Уголовного, Гражданского, Исполнительно-уголовного кодексов РФ, Кодекса об административных правонарушениях, и т.п.

Новый Трудовой кодекс РФ также не является исключением в этом отношении, причем это не является упущением его разработчиков, поскольку в процессе разработки содержания нового Кодекса о труде нами высказывались предложения о внесении в это содержание положений о роли судебной практики в регулировании отношений в сфере труда, однако они были отвергнуты. При этом мы отнюдь не предлагали безусловно признать за судебной практикой значения источника трудового права; нам казалось необходимым всего лишь определить в законе и тем самым легализовать ту фактическую роль, которую выполняет судебная практика в регулировании трудовых (в широком смысле) отношений в данный момент времени.

Что касается литературы по трудовому праву (и учебная литература в данном случае является наиболее показательной), то как в советской литературе, так и в литературе последнего времени высказывается практически одна мысль: акты судебных органов не могут рассматриваться в качестве источников трудового права. Высшие судебные органы не уполномочены творить право, они лишь толкуют нормативные акты с точки зрения их конституционности и дают руководящие указания судам о применении действующего законодательства о труде.[4]

Отход от указанной традиции начинают демонстрировать петербургские авторы. Уже в одном из первых учебников, ориентированных на рыночные отношения, созданных ими, делается попытка несколько изменить общепринятую позицию.[5] Гораздо более решителен в этом отношении С.П. Маврин: он прямо указывает, что акты высших судебных инстанций выполняют акты источников трудового права. В частности, постановления Пленума Верховного Суда РФ следует считать источником трудового права, который по своей сущности ближе всего подходит к судебному прецеденту, «или, что более точно, к судебному обыкновению правоприменительной практики». По мнению С.П. Маврина, современное российское законодательство признает судебный прецедент в качестве источника права и «применительно к Конституционному Суду России».[6] В последующем развернутую аргументацию указанной позиции попытался сформулировать А.В. Гребенщиков.[7] В настоящее время данная позиция петербургских авторов может уже признана устоявшейся.[8]

Вместе с тем, нельзя сказать, чтобы указанная точка зрения является популярной и завоевывает себе сторонников в научном мире, скорее, напротив, она подвергается достаточно активной критике. Так, В.Н. Толкунова в одной из своих новейших произведений отмечает, что «судебный… прецедент (как в США и Англии) искать даже юристу часто трудно, а уж трудящимся вообще недоступно. Поэтому реализация такой точки зрения (А.В. Гребенщикова. – Е.Х.) была бы не шагом вперед, а наоборот».[9]

Возражения против такого рода аргументов вполне очевидны: ни критикуемый В.Н. Толкуновой автор, ни его единомышленники вовсе не призывают внести в правовую жизнь какие-то новации, напротив, они анализируют уже существующее в реальной действительности положение и стремятся на основе исследования фактов этой действительности сформулировать соответствующие выводы. Однако приходится при этом констатировать и объяснить два момента: во-первых, отсутствие легального признания и определения роли судебной практики в системе отраслевых юридических актов и, во-вторых, остающуюся и по сию пору превалирующую в юридической науке позиции, отрицающую за актами судебной практики качеств источника права.

1. Как представляется, ответ на первый вопрос определяется сложившимся на сегодняшний день в отечественной правовой науке и закрепленным в действующем законодательстве представлением о системе права.

Как известно, основополагающая идея относительно системы советского (российского) права была в главных своих чертах сформулирована в ходе дискуссий, которые проводились в нашей стране начиная с известного совещания советских юристов в 1938 г. Суть этой идеи, в общем, сводится к следующим основным положениям:

1). В содержательном плане право есть возведенная в закон воля господствующего класса (в условиях так называемого общенародного государства – воля всего народа);

2). В своем внешнем выражении право представляет собой совокупность правовых норм, т.е. общеобязательных к исполнению под страхом осуществляемого государственной властью принуждения (юридической ответственности) правил поведения, установленных либо санкционированных государством;

3). Право есть не просто совокупность, но систематизированная совокупность правовых норм, т.е. представляет собой систему. Нормы права объединяются в отрасли, которые, в свою очередь состоят из институтов права. Наиболее крупные отрасли права могут включать в себя подотрасли (суботрасли), которые, в свою очередь, имеют свои институты права. Единство норм в рамках той или иной отрасли определяется двумя факторами – во-первых, единством регулируемых нормами данной отрасли общественных отношений, во-вторых, принципиально единообразным способом воздействия норм права на регулируемые общественные отношения. Таким образом, критериями разделения совокупности норм права на отрасли выступает предмет и метод правового регулирования. При этом, поскольку способ воздействия на предмет в значительной, если не основополагающей, мере определяется свойствами этого предмета, последний является основным, а метод – вспомогательным критериями систематизации норм права.

Данная концепция став фактически общепризнанной, в значительной степени остается таковой и по сию пору, подвергаясь критике лишь по второстепенным вопросам. Между тем, дискуссии, разворачивающиеся в юридической науке по этим частным проблемам, будучи весьма актуальными по практическим следствиям, при всей своей оживленности, на наш взгляд, страдают отсутствием перспективы. Причина, как нам представляется, заключается в том, что все эти дискуссии разворачиваются на старой и слишком обветшалой методологической основе – представлении о праве как продукте государственной воли и о системе права как совокупности государственных норм, разделенных на отрасли. Возгласы о том, что между отраслями права нет и не должно быть «китайских стен», раздавались в юридической науке раньше, призывы такого рода слышатся время от времени и теперь, но все они тонут в прямо противоположном течении – трактовать и оценивать все правовые категории в их исключительной связи с государством (и соответственно, по степени их выражения в законодательстве), а также по жесткой принадлежности к той или иной отрасли.

Вместе с тем, элементы права можно (и необходимо) систематизировать и с другой точки зрения. Из того, что право творится не только государством, следует возможность его разделения с точки зрения источника. Правовой обычай, судебный прецедент, договор и нормативный правовой акт государства,[10: Следует попутно отметить, что такое, казалось бы, очевидное деление источников права в литературе далеко не обладает надлежащей чистотой. Так, например, встречается отнесение так называемого договора с нормативным содержанием к числу нормативных актов; в литературе по трудовому праву коллективный договор порой определяется как локальный нормативный акт, и т.п. Должно быть понятным, что коль скоро и нормативный договор, и нормативный акт являются источниками объективного права, они содержат в себе нормы права - что и позволяет, собственно, считать их источниками права. В этом плане они обладают единой природой. Однако, данное обстоятельство отнюдь не позволяет их объединять в одну родовую категорию нормативного правового акта.] – все они содержат в себе право, и это их объединяет. В большей или меньшей степени указанные источники характерны если не для всех, то значительной части отраслей права, однако данное обстоятельство не исключает возможности рассматривать их наряду и отдельно от отраслевого деления. Следовательно, мы можем говорить не только об отраслях, но и о таких видах права, как обычное, прецедентное, контрактное и статутное. Понятно, что такое разделение права существует наряду и параллельно его разделению на отрасли, однако не менее очевидно и то, что оно совершенно не «вписывается» в систему законодательства, построенного по преимущественно отраслевому принципу. В самом деле, проблема судебной практики и судебного прецедента является проблемой законодательства о труде не большей, но и не в меньшей степени, чем, скажем, гражданского или административного законодательства. Поэтому и решать эту проблему в принципиальном плане нужно вне отраслевого законодательства, учитывая в этом последнем лишь те особенности, которые имеют место при регулировании соответствующей области общественных отношений.

2. Что касается отрицания качеств источника права за судебной практикой в отраслевой юридической науке (включая и науку трудового права), то несомненно, очевидная причина тому – чисто догматического порядка. Отсутствие легального признания судебной практики источником трудового права, конечно, в весьма существенной мере определяет и соответствующую позицию в отраслевой юридической науке. Однако, сложившаяся ситуация, наряду с указанными внешними причинами, имеет и причины более глубокого характера.

При ответе на поставленный вопрос следует обратить внимание на одну, весьма характерную, историческую особенность: при коренной ломке сложившегося на определенный момент времени социального мироустройства в юриспруденции практически всегда возникал интерес, во-первых, к проблематике естественного права, а во-вторых, к проблеме судейского правотворчества.

Возникновение указанной особенности в историческом процессе во многом объясняется одними и теми же причинами. Формирование новых социальных реалий с особой остротой ставит вопрос об этической ценности существующего закона, о том, насколько этот закон отвечает некоей высшей идее права, права как высшей справедливости. В свою очередь, на решение этого вопроса начинает претендовать суд, который стремится принимать решения не только, а зачастую и не столько в соответствии с буквой позитивного закона, но и с духом права как явления высшей справедливости.

Суть проблемы судейского правотворчества прекрасно раскрывает И.А. Покровский[11] (в своих конечных выводах, заметим, отрицающий судебную практику как источник права).

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 впоследствии.[12]

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 плохого 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. Покровский.[13]

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 предложена 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 инстанций.[14]

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 параграфа закона, которые в действительности отношения к делу не имели. Тяжесть положения усиливалась, если приходилось применять ясный, но устарелый и потому несправедливый закон.[15]

При возникновении такого рода коллизий, в юридической науке и судебной практике начинает 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 ХVIII век, для которого, как известно, была характерна идеология естественного права, показал, что основанная на этой идеологии свобода судебного усмотрения привела к безграничному судейскому 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 ХIХ века 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 судья.[16] 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 усмотрения 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.[17] По этому поводу сформировалось два подхода – субъективный и объективный.

Первое из сформулированных по этому поводу 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 судейского корпуса, отличающегося высочайшим уровнем профессионализма, интеллектуальных и моральных качеств.

Другая группа юристов предпочла искать для ограничения судебного усмотрения иной – хотя бы и внезаконный, но объективный, критерий. В качестве такового на протяжении конца ХIХ – ХХ 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 свое 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, восстановлять 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 правотворение 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».[18]

Если обратиться к новейшей истории правового регулирования отношений в области труда, то можно с очевидностью увидеть как сходные с вышеизложенными проблемы, так и близкие к когда-то предложенным пути их разрешения. В самом деле, на момент своего формального действия старое (советское) трудовое законодательство, порой воспринимаясь как несправедливое, страдало одним очевидным пороком – оно не действовало фактически. В то же время, жизнь в области несамостоятельного труда отнюдь не останавливалась и требовала урегулирования. Она и регулировалась, но в значительной своей части помимо закона. В этих условиях на суды легла особо тяжелая нагрузка, и, при всех огромных издержках, нельзя сказать, чтобы они совершенно с нею не справились. Новое же трудовое законодательство, к сожалению, страдает множеством тех пороков, о которых упоминалось ранее. И в связи с этим проблема судебного усмотрения в регулировании отношений в сфере труда вновь становится актуальной и активно дискутируемой в юридической литературе. Впрочем, возникает впечатление, что данная проблема касается не только сферы трудового права, но актуальна и для других областей юридической науки и практики.

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, т.е. 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»,[19] а затем, на основании этой нормы, выносит решение по делу.

Практическая неприемлемость данной концепции диктуется целым рядом соображений.

Во-первых, если господствующие в нашей 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.[20]

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 случаев.[21]

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 низком уровне его профессиональной квалификации, но и в особенностях переживаемого нашей страной исторического момента. Высокая динамика общественной 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 сегодняшнего.[22]

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. Последний пишет: «Сегодня естественное право представляется настолько исчерпавшим свои возможности, что оно уже не удостаивается 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».[23: Поляков А.В. Общая теория права. С. 48-49. Как следует из дальнейших (с. 50) рассуждений автора, под именем науки он подразумевает единственно позитивистическую науку. Здесь нет возможности выяснять и объяснять причины нынешнего положения, сложив-шегося 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 определен-ных технических приемов, которым и следует обучать людей, желающих стать юристами. Не-сомненно, 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 права.]

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. Между тем, 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 элементы, 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.

Во-первых, 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.

Во-вторых, наличие указанных нормативно определенных критериев позволяет создать ведомство, предметом деятельности которого было бы применение их на практике. В нашей стране ведомством по охране Конституции является, как известно, Конституционный Суд.

3. Конституционный Суд РФ разрешает дела о соответствии Конституции Российской Федерации нормативных актов государства, договоров между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ, договоров между органами государственной власти субъектов РФ, не вступивших в силу международных договоров РФ. Он также разрешает споры о компетенции между федеральными органами государственной власти, между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ, между высшими государственными органами субъектов РФ. По жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов Конституционный Суд РФ осуществляет проверку конституционности закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле. Наконец, по запросам компетентных органов и лиц Конституционный Суд РФ дает толкование Конституции РФ. Акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу; не соответствующие Конституции РФ международные договоры РФ не подлежат введению в действие и применению (ст. 125 Конституции РФ).

В соответствии со ст. 126 Конституции РФ Верховный Суд РФ является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и дает разъяснения по вопросам судебной практики.

Какова же правовая природа актов Конституционного Суда и Верховного Суда России? При этом, с учетом проблематики данной работы нас интересует прежде всего правовая природа актов толкования, осуществляемых обоими указанными судебными органами.

Среди видов толкования, как известно, принято различать толкование официальное и неофициальное. Первое осуществляется управомоченным на то государственным органом, причем акты такого толкования обязательны для соответствующих субъектов правоприменения.

С точки зрения сферы такой обязательности различают нормативное и казуальное.

Как разъясняется в литературе, положения нормативного толкования распространяются на неопределенный круг лиц и отношений, охватываемых толкуемой нормой. При этом, однако, правило («норму») толкования нельзя смешивать ни с толкуемой нормой, ни с нормой права вообще. Правотолковательное положение – это всегда лишь правило надлежащего понимания уже наличной толкуемой нормы права, а не новая норма права.

В отличие от нормативного, казуальное толкование, по мнению ряда авторов, распространяется лишь на данный конкретный случай (казус).[24]

Следовательно, при нормативном толковании разъясняется в каких случаях (при каких обстоятельствах) применяется данная норма (точнее, нормативный акт, его отдельное положение); при казуальном толковании, напротив, разъясняется какие нормы (нормативные акты, статьи, пункты) следует применять в данном конкретном случае.

Судебное толкование является разновидностью официального и осуществляется в форме (виде) как нормативного, так и казуального.

Таким образом, казалось бы, что судебному толкованию должны были бы быть характерны все те черты толкования, которые были описаны выше. Однако, как представляется, существующая научная трактовка этой правовой категории нуждается в весьма существенном корректировании, причем на основании тех правовых реалий, которые с очевидностью существуют сейчас.

Прежде всего, необходимо устранить неточность, весьма свойственной для трудоправовой литературы. Ее суть заключается в том, что когда оценивают правовую природу актов высших судебных органов, обычно либо утверждают прецедентный характер этих актов, либо отрицают его. Между тем, в практике судебного толкования, как уже отмечалось, следует различать весьма различающиеся между собой акты нормативного и акты казуального толкования.

Далее. Понятно, что принимая решение по делу, судья предварительно всегда должен избрать необходимое нормативное основание и соответствующим образом интерпретировать его, т.е. осуществить акт толкования. Однако акт нормативного судебного толкования обладает таким специфическим качеством, как обязательность его для всех правоприменителей. В.С. Нерсесянц, впрочем, подчеркивает, что акт такого толкования есть норма предписываемого понимания уже существующей нормы права, а не новая норма права. Но, как представляется, должно быть очевидно, что различие в понимании (осознании сути явления) является непосредственной предпосылкой различий в реальном поведении. Если дикарь понимает явление грома и молнии как проявление гнева какого-то божества, то цивилизованный человек воспринимает это же явление как обычный, хотя и весьма мощный, электрический разряд; соответственно, если дикарь возносит молитву к божеству о снисхождении, то цивилизованный человек сооружает громоотвод. Переходя на почву трудового права, можно напомнить хорошо известную специалистам ситуацию, сложившуюся в связи с применением такого основания прекращения трудового договора, как «утрата доверия» (п. 2 ст. 254 КЗоТ РСФСР (РФ); п. 7 ст. 81 действующего ТК РФ). На протяжении нескольких десятков лет действия указанного пункта КЗоТ интерпретация его содержания неоднократно менялась, при том, что само содержание оставалось неизменным. В качестве основания для утраты доверия работодателя (администрации) к работнику в течение одного периода времени признавались действия последнего, связанные исключительно с его трудовыми обязанностями, в течение другого – и иные корыстные действия. Отрицать то, что в указанные периоды времени правоприменительная практика имела дело фактически с двумя различными нормами – значит, отрицать очевидное. Единственным же источником этих двух разных норм было различное толкование пункта 2 ст. 254 КЗоТ в нормативных постановлениях Пленумов Верховного Суда. Ситуация ничуть не изменилась с принятием нового Трудового кодекса РФ: остается ждать, какое толкование по поводу применения п. 7 ст. 81 Кодекса даст Верховный Суд.

Другой, не менее красноречивый, пример можно связать с практикой уже Конституционного Суда РФ.

В соответствии с п. 8 ст. 33 КЗоТ РФ трудовой договор (контракт), заключенный на неопределенный срок, а также срочный трудовой договор (контракт) до истечения срока его действия могли быть расторгнуты по инициативе администрации предприятия, учреждения, организации в случае совершения работником по месту работы хищения (в том числе мелкого) государственного или общественного имущества, установленного вступившим в законную силу приговором суда или постановлением органа, в компетенцию которого входит наложение административного взыскания или применение мер общественного воздействия. Этот, фактически мгновенно по историческим меркам, устаревший пункт старого КЗоТ, имел весьма невеликие шансы быть примененным в весьма значительно изменившихся экономических условиях. Конституционный Суд РФ, опираясь на положения российской Конституции, актуализировал содержание указанного пункта ст. 33 КЗоТ, еще до введения в действие Трудового кодекса создав новую норму, которая затем нашла свое место в ТК РФ (пп. «г» п. 6 ст. 81 ТК РФ).[25]

Такую же правовую природу имеют и акты Конституционного Суда о признании законов и иных нормативных актов не соответствующими Конституции, а потому не имеющими силы. Думается, не требует доказательств положение, что отмена либо приостановление действия закона или иного нормативного акта возможна лишь актом равной либо высшей юридической силы. Поэтому можно констатировать, прежде всего, что соответствующие акты Конституционного Суда обладают не меньшей юридической силой, нежели законы и точно в такой же мере они обладают таким качеством, как обязательность (нормативность) для всех, включая те инстанции, которые осуществляют нормотворческую функцию.

Итак, на наш взгляд, можно с уверенностью утверждать, что акты нормативного судебного толкования содержат не просто «правила надлежащего понимания», но также и правила надлежащего поведения, иными словами – норму объективного права. Дело остается за малым – необходимо преодолеть существующую в юриспруденции инерцию мышления и признать, что указанные акты представляют собой своеобразные нормативные акты, нормативные акты судебного права. Данные акты не имеют ничего общего с конструируемым на рубеже ХIХ-ХХ вв. так называемым «свободным судебным правом». Они являются не плодом свободного усмотрения каждого отдельного суда (судьи), который при этом руководствуется внезаконными критериями определения права. Напротив, акты нормативного толкования представляют собой формально определенные акты высших судебных органов, содержание которых жестко детерминировано действующей Конституцией и системой российских законов.

Не менее очевидной в современных условиях представляется и правовая природа актов казуального судебного толкования.

Как уже отмечалось, по господствующим в нашей юридической науке представлениям, акт казуального толкования распространяется лишь на данную конкретную ситуацию, разрешаемую судом. Действительно, в подавляющем большинстве случаев дело обстоит именно так, ибо, прежде чем применить право, суд должен выбрать соответствующую норму и уяснить ее смысл, т.е. создать для себя своего рода «индивидуальную правовую норму». Однако при этом почему-то упускают из виду тот факт, что Верховный Суд РФ, давая, в соответствии с Конституцией РФ (ст. 126), разъяснения по вопросам судебной практики, может осуществлять это не только в форме нормативного, но и в форме казуального толкования. Нужно ли говорить о том, что акты такого толкования имеют фактически общеобязательный характер? С момента формулирования Верховным Судом официального разъяснения относительно того, каким образом, опираясь на какие правовые источники должно быть решено данное дело, ни один суд в России, вынося решения по другим, аналогичным делам, не отойдет от того, которое было предложено актом толкования Верховного Суда. И так будет продолжаться до тех пор, покуда Верховный Суд в новом подобном акте не сформулирует иное решение вопроса. Но именно таким образом и обстоит дело в странах прецедентного права, где прецеденты устанавливаются не всеми судами, а только высшими судебными инстанциями; нижестоящие суды не создают судейского права.[26] Следовательно, можно утверждать, что акты казуального толкования, осуществляемые Верховным Судом, не просто создают правило для данного конкретного случая, но содержат в себе общее правило, имеющее применение во всех аналогичных случаях, т.е. являются источником объективного права.

Итак, завершая данную работу, можно сформулировать некоторые выводы.

1. Решение проблемы правового значения актов судебных органов лежит вне сложившейся в нашей стране системы права, а следовательно, и системы законодательства. Следовательно, принципиальное легальное решение данной проблемы находится за границами любой отрасли законодательства, будь то гражданское, уголовное законодательство или законодательство о труде. Скорее всего, общее (принципиальное) определение значение актов судебной практики может быть предложено на уровне межотраслевого федерального конституционного закона. Нужно констатировать, что такой закон существует и действует в нашей стране – это Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации».[27] Статьи 6, 18 и 19 указанного конституционного закона в действующей редакции имеют некоторое отношение к рассматриваемой нами проблеме, однако следует признать, что проблемы этой они ни в коей мере не решают. Необходима целая серия статей, в которых бы четко и однозначно определялось правовое значение судебных актов различного уровня, их иерархия, а также место самих этих актов в иерархии иных актов, являющихся источниками российского права.

Что касается отраслевого законодательства, то его задача – определение на основе общего федерального закона тех особенностей судебных актов, которые имеются в соответствующей отрасли права.

2. Приходится признать, что позиции относительно места и значения судебных актов в механизмах правового регулирования, имеющиеся в юридической литературе не отличаются многообразием: указанные акты трактуются как акты либо толкования, либо применения права. Акт судебного толкования рассматривается не более, как акт, лишь разъясняющий порядок применения уже существующей нормы, но отнюдь не создающий такую норму.

Представляется, что данная точка зрения не соответствует сложившемуся ныне порядку вещей и не может быть признана логичной по существу.

Воззрение, согласно которому акт судебного толкования лишь разъясняет существующую норму, но не создает ее, имело бы под собою логическое основание лишь в том случае, если бы право трактовалось в качестве неких разобщенных и параллельно существующих явлений. Однако право, хотя и содержится в разных правовых источниках обладает одним важным качеством – именно качеством единства. Действительно, право существует как явление, различные части находятся в системном единстве и иерархической соподчиненности, взаимно поддерживая и дополняя друг друга.

Если принять во внимание данное обстоятельство, то без труда можно обнаружить, что не существует ни одной правовой категории, которая бы не имела своего основания в какой-то другой правовой категории. В самом деле, российская Конституция основывается на естественно существующих в современном цивилизованном обществе моральных ценностях, облекая их в юридическую форму позитивного права (конституционные нормы).

В свою очередь, вся система государственных законов должна основываться на Конституции, развивая и конкретизируя те нормы, которые в ней заложены. И в этом смысле ни один закон государства не является самостоятельным, более того, если он имеет такое качество, то должен быть признан не действующим как противоречащий Конституции.

Далее, уже сам термин «подзаконный нормативный акт» говорит о том, что он существует и действует лишь постольку, поскольку имеет основание в законе. Следовательно, и данный акт не имеет самостоятельного, обособленного, значения.

Итак, любой нормативный акт, не будучи самостоятельным, основывается на норме более общего значения, развивая и конкретизируя ее применительно к той области общественной жизни, в которой он предназначен к реализации. Но признание данного обстоятельства отнюдь не мешает нашей юридической мысли признавать за этим актом качеств нормативного акта, либо, в более широком плане – качеств источника права. Исключение почему-то делается лишь для одного вида правовых актов – актов суда, однако такое исключение вряд ли может быть признано основательным.

Нормативная природа судебных актов, по крайней мере, актов высших судебных органов представляется достаточно очевидной. Эти акты «встроены» (в значительной мере – «явочным», фактическим, порядком) в действующую систему источников российского права, они имеют свою область применения, достаточно определенные критерии в виде российской Конституции, содержат в себе нормы общего действия, т.е. являются источником объективного права, а значит, выполняют регулятивную функцию. Таким образом, дело заключается не в том, чтобы «искать» (по выражению В.Н. Толкуновой) судебный прецедент в российском праве, а признать то, что уже существует в реальной действительности. Признав же за актами суда значение правового регулятора общественных отношений и закрепив это в законе, нужно заняться изучением той реальной роли, которую указанные акты выполняют и того места, которые они занимают в системе источников российского права.

Ибо умолчание о проблеме является не самым лучшим способом ее решения.