
Н. А. Колоколов

*доктор юридических наук,
профессор кафедры правового обеспечения управленческой деятельности
МИУ МГИМО (У) МИД РФ*

С. Г. Павликов

*кандидат юридических наук,
доцент кафедры истории государства и права Российской академии правосудия*

СООТНОШЕНИЕ КАТЕГОРИЙ «ПРАВО», «ЗАКОН», «СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ» В ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

N. Kolokolov

S. Pavlikov

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CATEGORIES «LAW», «STATUTE», «JUDICIAL PRECEDENT» IN JURISPRUDENCE AND LAW-APPLYING PRACTICE

Any national legislation exists on two levels – on paper (formal law) and in practice (live law). As a rule there is a significant gap between formal law and live

law, therefore the analysis of current court practice acquires particular significance. It is in court practice that the true nature of legislation manifests itself.

Авторы полагают необходимым предварить анализ затронутых в исследовании теоретических проблем утверждением о том, что они оказывают существенное влияние как, в целом, на процесс становления России как правового государства, так и, в частности, на нормотворческую и судебную деятельность. Неверно думать, как справедливо замечают в этом плане многие исследователи, будто дискуссии о понятии права, закона, судебного прецедента – некий абстрактный уровень анализа правовых явлений, оторванный от конкретных жизненных проблем.

В этом плане важное значение приобретает такая научная категория как «тип правопонимания». Представляется, что данный термин уже настолько прочно вошел в научный оборот отечественной теории права, что нуждается в понятийном осмыслении и четкой дефиниции.¹ Как известно, позитивистский тип правопонимания основан на методологии классического позити-

визма как особого течения социально-философской мысли, суть которого состоит в признании единственным источником знания лишь конкретных, эмпирических данных, установленных путем опыта и наблюдения, в отказе от рассмотрения метафизических вопросов, в том числе от анализа сущности и причин явлений и процессов. Исторически первым и основным по своей значимости направлением позитивистской юриспруденции является легистский подход к пониманию права, в рамках которого право отождествляется с законом, т.е. с предписанным публичной властью общеобязательным правилом поведения, обеспеченным политико-властным принуждением (слово «закон» используется здесь в широком смысле, включающем в себя судебный прецедент и правовой обычай). Позднее сложились и иные направления позитивистского правопонимания, которые можно обозначить как социологическое и антропологическое.² Непозитивистское правопонимание с

¹ См. подробнее: Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4.

² См.: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978; Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 150 - 152.

точки зрения методологии своего подхода к анализу права исходит из представления о наличии некоего идеального правового критерия, позволяющего оценивать правовую природу явлений, наблюдаемых на эмпирическом уровне. В рамках такого типа правопонимания можно выделить два основных направления - естественно-правовое и философское понимание права. В методологической плоскости разница между этими двумя подходами заключается в различной трактовке ключевой проблемы философии - проблемы различения и соотношения сущности и явления. Философский тип правопонимания ориентирован на познание сущности права как особого социального явления и оценку позитивного права с точки зрения этого идеального сущностного критерия. Для естественно-правового подхода таким критерием оценки позитивного права является не теоретическое представление о сущности права, а естественное право, выступающее одновременно и как некий идеал, и как реально существующее подлинное право, которому должно соответствовать действующее законодательство.

С позиций естественно-правового типа правопонимания, как отмечает В.В. Лапаева, различение и соотношение естественного права и позитивного права - это не соотношение (с поисками путей и условий их совпадения и критикой случаев несовпадения) правовой сущности (в виде естественного права) и правового явления (в виде позитивного права), а противопоставление (зачастую - антагонизм) естественного права и позитивного права.³ Отсюда и присущий естественно-правовым концепциям правовой дуализм - представление о двух одновременно действующих системах права (права естественного и права официального).⁴

Однако ни один из многочисленных типов правопонимания не отрицает нормативного характера права. «Право, как бы мы его ни понимали, - отмечает Г.В. Мальцев, - в каких бы терминах ни определяли, всегда и неизменно нормативно».⁵ Вместе с тем, именно философский тип правопонимания, ориентированный на выявление сущности права в качестве критерия для оценки правового качества закона и правовой природы естественных прав, по мнению многих исследователей, выгодно отличается и от позити-

вистского, и от естественно-правового подходов к праву. И, по-видимому, не случайно наиболее последовательная версия философского типа правопонимания - либертарная концепция права - сложилась именно в России, где потребность в критической оценке законодательной и правоприменительной практики со стороны общества всегда стояла особенно остро. Данный тип правопонимания, в основе которого лежит различение права и закона и трактовка права как всеобщей формы и равной меры свободы индивидов, начал формироваться в российской теории права с середины 70-х гг. в острой полемике с позитивистским подходом к праву советского образца. Автор либертарной концепции правопонимания В.С. Нерсесянц под сущностью права понимал формальное равенство, раскрываемое как единство трех составляющих: всеобщей равной меры регуляции общественных отношений, свободы и справедливости. Согласно такому подходу право как специфическая форма общественных отношений людей по принципу формального равенства - это абстрактно равная и одинаково справедливая для всех мера (масштаб) свободы.⁶ Указанный исследователь не противопоставлял право закону. «Правовой закон, - отмечал он, - как искомое соответствие закона (явления) требованиям принципа формального равенства (сущности права) - это адекватное и полное выражение права в его официальной признанности... С учетом сказанного общее определение права можно сформулировать так: право - это соответствующая принципу формального равенства система норм, установленных или санкционированных государством и обеспеченных возможностью применения мер государственного принуждения».⁷

С учетом тематики исследования важно, что правоприменители и, прежде всего, судьи, нередко рассматривают проблему соотношения права и закона под углом зрения практического осуществления права на судебную защиту.⁸ При этом они исходят из различия права (как объективного регулятора общественных отношений) и закона (как формы выражения права). Законы не всегда адекватно выражают право, в связи с чем, от правовых необходимо отличать «неправовые» законы, которые законодателем не должны приниматься, а судами - применяться.

³ См.: Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4.

⁴ Нерсесянц В.С. Философия права. Краткий учебный курс. М., 2000. С. 22.

⁵ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 33.

⁶ См.: Нерсесянц В.С. Различение и соотношение права и закона как междисциплинарная проблема. М., 1973; Он же. Юриспруденция. М., 1998. С. 33.

⁷ Нерсесянц В.С. Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 8.

⁸ Жилин Г. Соотношение права и закона // Рос. юстиция. 200. № 4. С. 8.

Такой вывод непосредственно вытекает, по их мнению, из положений из отечественной Конституции, провозглашающей Россию демократическим правовым государством, правовая система которого ориентирована на понимании права как общеобязательной формы равенства, свободы и справедливости, где критерием выступает сам человек, его права и свободы, которые и должны определять смысл, содержание и применение законов, а также деятельность всех органов государственной власти, в том числе и суда.

Вместе с тем, закрепленному в Основном законе страны юридическому правопониманию, нередко, противостоит легизм, отождествляющий право и закон и рассматривающий право как систему общеобязательных норм, охраняемых силой государственного принуждения, безотносительно к содержанию нормативных установлений. При юридическом правопонимании также не подвергается сомнению, что право для выполнения регулятивных и охранительных функций опирается на авторитет и силу государства, воля которого, однако, ограничивается, поскольку при принятии и применении законов государство, в лице его органов законодательной, исполнительной и судебной власти, обязано действовать не по субъективному усмотрению, а в соответствии с объективными требованиями права.

Таким образом, особую актуальность приобретает обозначенная проблема в сфере отправления правосудия. Как точно отмечают некоторые ученые, с выделением в самостоятельную ветвь судебной власти понадобились четкие ориентиры, руководство к действию, поскольку власть беспомощна без приказов.⁹ По мысли великих просветителей, таким руководством должен был стать закон: «мы должны стать рабами закона, если желаем стать свободными» (Гегель); «подчиняйся не власти, а закону, уважай не власть, а закон» (Джон Локк). Ныне данные тезисы воспринимаются иначе, поскольку то, что понималось под законом три века назад и то, что является законом сегодня, как думается, несколько различные феномены.

Авторы в дальнейшем достаточно подробно анализируют вопросы соотношения права, закона и судебного прецедента в различных ракурсах (и, прежде всего, в аспекте деятельности Конституционного Суда РФ, других высших судебных инстанций). Лаконично суть имеющей здесь место проблемы можно определить следующим образом (разумеется, как всякое «упрощение»

выдвинутый тезис неизбежно будет иметь элементы тривиальности): чем руководствоваться правоприменителю, в частности, судье при принятии решений? Если он может основывать свои выводы исключительно на законе, то, как судье реализовать свое судебское усмотрение, как быть, в случае если закон не отвечает критериям добра и справедливости?

Следующий вопрос: может ли суд не руководствоваться в своей практической деятельности законом с учетом, к примеру, соображений практической целесообразности, явной «несправедливости закона» и т.п.?

При этом нельзя не учитывать, как отмечает В.И. Анишина, что в российской практике нередки случаи принятия неправовых законов, а также дефектных нормативных актов подзаконного характера, такая характеристика судебного акта, как несвязанность актами других органов, должна проявляться в случаях необходимости разрешения спора, по предмету которого принят, к примеру, акт губернатора, органа исполнительной власти, органа местного самоуправления.¹⁰ Важно, чтобы судебное решение основывалось именно на праве, на конституционно адекватном подходе к оценке спорных правоотношений. В аспекте правотворчества суда данный признак приобретает особое значение. Поскольку жесткая связанность с другими актами может повлечь неправовой характер самого судебного акта, если он принимается на основе закона либо подзаконного акта, противоречащего Конституции, нормам международного права. В случае дефектности нормы, на которой суд должен основывать свое решение, вступает в действие конституционный принцип самостоятельности суда и обязанность его правовым образом разрешить спор. Таким образом, суд принимает самостоятельное решение о дополнении либо замене нормативного регулирования новым, сформулированным непосредственно самим судом в конкретном деле, то есть связанность решения по конкретному делу с актом законодателя проявляется в процедуре проверки этого акта судом, отклонении его либо вовсе лишения его юридической силы. С другой стороны, в ситуации дефектности нормативного регулирования суд не может произвольно принять решение. Он обосновывает свою оценку, выявляет существенные для данного случая элементы правоотношения и разрешает их, исходя из общих принципов права, что выступает залогом обоснованности, мотивированности сформулированных судом

¹² Чернов Р.П. К вопросу о сущности правосудия // Адвокат. 2006. № 3.

¹³ См.: Анишина В.И. Правовая природа актов судебного правотворчества // Журн. рос. права. 2006. № 10.

юридических правоположений для данного случая. Следовательно, связанность с правом в целом у любого решения суда, принимаемого при дефектности нормативного регулирования, имеет более глубокие и широкие аспекты, на основе которых судом и формулируются определенные выводы для разрешения спора. Такие выводы могут впоследствии приобрести прецедентные свойства, то есть быть использованными, повторенными в аналогичном случае другим правоприменителем.

Если обратиться к Конституции РФ, то уже в первой главе (основы конституционного строя России) можно обнаружить требование об обязанности органов государственной власти соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы (ч. 2 ст. 15). Имеют место, как известно, и другие конституционные положения. Так, ст. 18 подчеркивает, что права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов; в ст. 19 констатируется равенство всех перед законом и судом. В других конституционных нормах также неоднократно упоминается «закон» (ст. 55, 57, 62, 71, 72, 84, 90, 105 и др.).

Думается, что ч. 2 ст. 15 Основного закона РФ императивно требует от любого правоприменителя руководствоваться в своей деятельности законом. Но что понимать под содержащимся в Конституции РФ термином «закон» - закон в собственном смысле этого слова или любой нормативный правовой акт, о котором, к примеру, говорится в ст. 72 Конституции? Имеют место и другие вопросы, также существенно снижающие эффективность судебной деятельности, связанные в частности, с градацией юридической силы нормативных правовых актов.

Так, анализ конституционных норм (ч. 1 ст. 15, ч. 1 - 3 ст. 76, ст. 136 Основного закона РФ), и правовой позиции Конституционного Суда РФ, сформулированной в Постановлении от 31 октября 1995 года, дает основание для выводов о том, что в настоящее время на уровне Конституции установлена следующая иерархическая структура федеральных законодательных актов:

- 1) Конституция РФ;
- 2) федеральные законы о поправках к Конституции;
- 3) федеральные конституционные законы;

4) федеральные законы.¹¹

Возникает, однако, вопрос о том, как соотносятся данные акты между собой, какую юридическую силу имеют кодифицированные федеральные законы, какую роль в данной «системе» имеют акты Конституционного Суда РФ? Если последний вопрос, отдельно анализируется в диссертации, то относительно, к примеру, проблемы «особой» роли и значимости кодифицированных федеральных законов, можно отметить следующее. Некоторые специалисты делают, как представляется, справедливый вывод о том, что только конституционными положениями, имеющими высшую юридическую силу, устанавливается иерархическая структура законов на федеральном уровне; решение такого вопроса (или его части) не делегировано Федеральному Собранию России.¹² Тем более Конституция РФ не устанавливает иерархию федеральных законов внутри одного их вида. Однако выводы ученых о том, что кодифицированные федеральные законы - это всего лишь форма кодификации законодательных положений на федеральном уровне не однозначно воспринимается правоприменительной практикой.

В целом, стабильность иерархической структуры российского законодательства во многом обеспечивается таким коллизионным правилом, как «иерархически вышестоящая правовая норма отменяет действие нижестоящей» (*lex superior derogat legi inferiori*).¹³ Вместе с тем, в юридической литературе актуальны споры по поводу понятия и составляющих «юридической силы» как правового явления. В этом плане О.Е. Кутафин отмечает, что «иерархическая структура является, в конечном счете, выражением разности юридической силы отдельных видов источников конституционного права и связанной с этим соответствующей соподчиненности источников конституционного права в органически цельной системе».¹⁴ Развивая данную мысль, другие ученые замечают, что видовая классификация законов представляет собой их подразделение в соответствии с надлежащим образом установленной иерархической структурой законодательства. Причем, анализируя иерархическую структуру российского законодательства, специалисты настаивают на «учете» горизонтальной структуры, поскольку нередко в юридической литературе и правоприменитель-

¹¹ Согласно правовой позиции Конституционного Суда, сформулированной в Постановлении от 31 октября 1995 г. № 12-П «По делу о толковании статьи 136 Конституции Российской Федерации», поправки к гл. 3 - 8 Конституции РФ принимаются в форме особого правового акта - закона Российской Федерации о поправке к Конституции РФ //СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4408.

¹² См.: Бриксов В.В. О юридической силе кодифицированных федеральных законов //Журн. рос. права. 2003. № 8.

¹³ Бриксов В.В. Указ. соч.

¹⁴ Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 24.

ной практике смешиваются коллизионные правила, направленные на разрешение правовых коллизий различных видов. Говоря об отраслевой (горизонтальной) характеристике, стоит отметить, что структура российского законодательства носит полимерный характер. Как известно, помимо моноотраслевого законодательства (административного, гражданского и т.д.) в структуре российского законодательства принято выделять комплексные массивы законодательства (в сфере транспорта, связи, образования и т.п.), взаимосвязанные по предметному, функциональному, либо целевому критериям, включающие в себя правовые нормы нескольких «классических» отраслей законодательства. «Такие массивы, - отмечают ученые, - неоднородны по составу, неодинаковы по объекту воздействия, по объему охватываемых ими актов и норм, по предмету и методам регулирования».¹⁵

В этом плане актуальным видится вопрос о допустимости использования правила «иерархически вышестоящая правовая норма отменяет действие нижестоящей» при разрешении правовых коллизий между нормами отдельных кодифицированных федеральных законов, между нормами кодифицированных федеральных законов, с одной стороны, и нормами некодифицированных федеральных законов - с другой. Безусловно, качественное разрешение обозначенной проблематики невозможно, по мнению ряда исследователей, без уяснения позиции федерального законодателя.¹⁶ Говоря о его позиции в отношении определения места кодексов России, иных кодифицированных федеральных законов в иерархической структуре российского законодательства, стоит выделить два подхода. Первый подход состоит в том, что в иерархическом плане не выделяется кодифицированный федеральный закон среди других федеральных законов. Он характерен, к примеру, для Воздушного кодекса РФ (п.1 ст.2), Градостроительного кодекса РФ (п.1 и 2 ст.2), Кодекса внутреннего водного транспорта РФ (ст.2) и в основном касается межотраслевого правового регулирования.

Однако более распространена иная точка зрения, которая, по сути, является стержнем проблемы установления действительного положения кодифицированных федеральных законов в иерархической структуре российского законодательства. При этом законодатель иерархически

выделяет кодифицированный федеральный закон среди федеральных законов как в рамках отраслевого, так и межотраслевого правового регулирования. Этот подход можно увидеть, анализируя, в частности, нормы Водного кодекса РФ (ч.2 и 3 ст.2), Земельного кодекса РФ (абз.2 п.1 ст.2), Кодекса торгового мореплавания РФ (п.1 ст.1). В Трудовом кодексе РФ (ч.8 ст.5) определено, что в случае противоречий между ним и иными федеральными законами, содержащими нормы трудового права, применяется Трудовой Кодекс РФ.

Но какой бы юридический способ обозначения иерархического приоритета ни использовался федеральным законодателем, существующие правовые конструкции («законодательство состоит из настоящего Кодекса и принимаемых в соответствии с ним других федеральных законов», «нормы: права, содержащиеся в других федеральных законах, должны соответствовать настоящему Кодексу», «в случае противоречия между: Кодексом и иными федеральными законами, содержащими нормы: права применяется Кодекс»), как справедливо отмечают ученые, недвусмысленно говорят об одном: определенный кодифицированный федеральный закон в определенной им сфере общественных отношений обладает большей юридической силой, чем любой другой федеральный закон.

Вместе с тем, следует обратить внимание, что, к примеру, в Определении Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 года подчеркивается - приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед другими федеральными законами не является безусловным. Он, согласно правовой позиции указанного органа, может быть ограничен как установленной Конституцией Российской Федерации (статья 76, часть 3) иерархией федеральных конституционных законов и обычных федеральных законов (к их числу относится и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации), так и правилами о том, что в случае коллизии между различными законами равной юридической силы приоритетными признаются последующий закон и закон, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений.¹⁷

Очевидно, (отложив анализ дискуссии относительно юридической силы и природы актов Конституционного Суда РФ), можно констати-

¹⁵ Российское законодательство: проблемы и перспективы // Отв. ред. Л.А. Окуньков. М., 1995. С.80.

¹⁶ См. Бриксов В.В. Указ. соч.

¹⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О «По жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Бурбина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 УПК РФ // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 2.

ровать наличие и проблемы соотношения общих и специальных норм, последующих и предыдущих и т.д. Традиционно правоведы выделяют здесь следующие основные правила:

1) последующая правовая норма отменяет действие предыдущей (*lex posterior derogat priori*);

2) специальная правовая норма отменяет действие общей (*lex specialis derogat generali*).

В частности, весьма актуален данный вопрос применительно к гражданскому законодательству. Согласно п.2 ст.3 Федерального закона «Гражданский Кодекс Российской Федерации» (далее ГК РФ) гражданское законодательство состоит из самого ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов. Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ. Безусловно, как замечает В.В. Бриксов, «центр тяжести» указанных положений лежит в словах «в соответствии», «должны соответствовать», которые четко и ясно указывают на иерархический приоритет ГК РФ по отношению к другим федеральным законам.¹⁸ Именно данное законодательное требование во многом является практической основой научной позиции об особом месте данного Кодекса в иерархической структуре российского законодательства. Так, М.И. Брагинский полагает, что, несмотря на то, что ГК РФ представляет собой обычный федеральный закон, по отношению к любому другому закону он играет роль первого среди равных (*primus inter pares*).¹⁹ Имеет место и другая точка зрения; например, О.И. Крассов, касаясь вопроса о приоритете норм гражданского права над нормами иных отраслей, отмечает важность учета конституционных положений: «статья 76 Конституции РФ не закрепляет принципа приоритета одних федеральных законов над другими. Гражданский кодекс - это обычный федеральный закон, не являющийся экономической конституцией. Следовательно, принцип приоритета норм гражданского права над нормами других отраслей, сформулированный в Гражданском кодексе, не соответствует Конституции РФ».²⁰

Думается, что авторы, не будут оригинальными, утверждая, что приоритет должна носить норма, максимально обеспечивающая права и свободы человека и, в этом плане, наиболее соответ-

ствующая критериям добра и справедливости. Тривиальным останется лишь вопрос о том, кто сформулирует такую норму и в каком виде она будет «представлена» правоприменителю? Отсюда и многовековая дискуссия относительно источников права, весьма, однако, актуализированная, на современном историческом этапе.

Как отмечает Г.А. Василевич, в отраслевой юридической науке, учебниках, учебных пособиях, к сожалению, наблюдается разноречивость в определении источников права, в том числе, в определении верховенства нормативных правовых актов.²¹ Часто совокупность называемых в литературе источников права определяется в зависимости от того, к какой правовой семье принадлежит национальная правовая система. Как известно, на Европейском континенте различают две основные правовые семьи: англосаксонскую и романо-германскую. Каждая из них имеет свою специфику. Главным здесь являлось определение места и роли писаных (нормативных правовых) актов, обычаев, судебных прецедентов. В романо-германской правовой семье, первостепенную роль играют законы и, как правило, не признается прецедент (судебный или административный) в качестве источника права. По справедливому замечанию М.Н. Марченко, закон рассматривается в романо-германской семье в качестве первичного, широкомасштабного источника, однако на практике это не означает, что он является исключительным или единственным источником. Помимо него существуют и другие источники - судебные решения, доктрина, общие принципы, научные труды, которые относятся ко вторичным источникам.²² Кроме того, Г.А. Василевич отмечает, что следует иметь в виду, что закон в странах романо-германской правовой семьи рассматривается в более широком аспекте - как собирательный термин, охватывающий все акты законодательства, издаваемые на общегосударственном и местном уровнях как представительными, так и исполнительными органами, т.е. речь идет о всех письменных юридических актах.²³ Система нормативных правовых актов определяется национальной конституцией и изданными в соответствии с ней подконституционными актами. В них определены органы, имеющие право принимать нормативные акты, и порядок издания таких актов. Природа,

¹⁸ Бриксов В.В. О юридической силе кодифицированных федеральных законов // Журн. рос. права. 2003. № 8.

¹⁹ См.: Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное - право частное» // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С.73.

²⁰ Актуальные проблемы земельного и экологического права (Материалы научно-практической конференции) // Гос. и право. 1995. № 12. С.136.

²¹ См.: Василевич Г.А. Конституционные аспекты субординации источников права // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 2.

²² Марченко М.Н. Закон в системе источников романо-германского права // Вестник Москов. ун-та. Сер. 11. «Право». 2000. № 3. С. 36.

²³ Василевич Г.А. Конституционные аспекты субординации источников права // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 2

признаки и свойства нормативных правовых актов достаточно широко исследованы в юридической литературе.²⁴ Вместе с тем указанные вопросы остаются актуальными для правовой теории и практики, поскольку, как справедливо указывают исследователи, от их решения зависит развитие государства как правового и демократического, важными составляющими которого являются разделение и взаимодействие властей, их функционирование в рамках собственной компетенции, конституционность.

В настоящее время, как полагают многие юристы, все большую роль среди источников права должны иметь и иные, ранее не традиционные для нас, формы (источники) права, поскольку можно констатировать наличие процесса конвергенции различных правовых семей.

С учетом современного взгляда на поставленную проблему среди важнейших источников (форм) права необходимо назвать следующие:

1) нормативные правовые акты государственных органов (сюда мы включаем и ставшие обязательными для государства в связи с ратификацией, присоединением, утверждением международных договоров);

2) правовые обычаи;

3) судебные прецеденты.

С учетом тематики исследования важным видится мнение Р. Давида обоснованно полагавшего: чтобы судить о важности судебных решений в выработке права, следует остерегаться готовых формул, которые, стремясь подчеркнуть исключительность закона, отказываются признавать источником права судебную практику. Подобное отношение к судебной практике - чаще всего признак разрыва между теорией и практикой.²⁵

Под судебной практикой, обычно, понимается вся совокупность деятельности судов по применению законодательства при рассмотрении

гражданских, уголовных, административных и иных дел.²⁶ В этом плане В.М. Жуйков отмечает, что было бы правильным официально признать судебную практику Верховного Суда РФ по конкретным делам источником права, придав опубликованным решениям Верховного Суда РФ, имеющим принципиально важное значение, силу прецедента и предоставив судам РФ право ссылаться на них в своих решениях. Судебная практика является составной частью правовой системы, она закреплена в отдельных постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ и является источником права.²⁷

Некоторые исследователи считают, что признание судебной практики в качестве источника права не умаляет полномочий законодательной и исполнительной власти.²⁸ Суды выполняют только им присущие полномочия, которые не могут быть выполнены другими органами. Возрастание роли суда в жизни общества с необходимостью приводит к выполнению судебной практикой нормотворческой функции, что и происходит в российской действительности.²⁹

Следует заметить, что вопрос о правовой природе судебных актов дискутируется очень давно. Так, предложение считать постановления Пленума Верховного Суда СССР своеобразными нормативными подзаконными актами и, следовательно, источниками права высказал П.Е. Орловский в 1940 г., впоследствии к нему присоединились М.М. Исаев и М.Д. Шаргородский.³⁰ В то же время И.Б. Новицкий и И.С. Тишкевич категорически отрицали принадлежность каких-либо судебных актов к источникам права.³¹

В современной научной и даже учебной литературе единство мнений по этому вопросу также отсутствует: одни авторы считают постановления пленумов высших судов источниками права.³² Другие не рассматривают указанные акты в качестве таковых.³³

²⁴ См.: Самощенко И.С. Некоторые вопросы учения о нормативных актах социалистического государства // Правоведение. 1969. № 3. С. 21 - 22; Шебанов А.Ф. Вопросы теории нормативных актов в советском праве: Дис... д-ра юрид. наук. М., 1964; Васильев Р.Ф. О понятии правового акта // Вестник МГУ. Сер. «Право». 1998. № 5; Толстик В.А. Иерархия источников российского права. Н. Новгород, 2002; Бошно С.В. Развитие признаков нормативного правового акта в современной правотворческой практике // Журн. рос. права. 2004. № 2. С. 97 - 106 и др.

²⁵ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 130 - 131.

²⁶ Лебедев В.М. Судебная практика и развитие законодательства // Законодательство России в XXI веке. М., 2002. С. 42.

²⁷ Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 16 - 23; Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. М., 1997. С. 189.

²⁸ См., напр.: Марданов Д.А. Нормотворческая роль судебной практики в исполнительном производстве // Юрид. мир. 2006. № 2.

²⁹ Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. 1997. № 6.

³⁰ См.: Акопов Д.Р. Подзаконные источники трудового права и акты судебного нормативного толкования // Журн. рос. права. 2006. № 7.

³¹ См. об этом: Братусь С.Н., Венгерова А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. М., 1975. С. 29 - 30.

³² На этой позиции стоят следующие авторы: Снигирева И.О. Толкование норм ТК РФ и других актов трудового законодательства // Новый ТК РФ и проблемы его применения (материалы Всероссийской научно-практической конференции 16 - 18 января 2003 г.) / Отв. ред. К.Н. Гусов. М., 2004. С. 5 - 20; Гейхман В.Л., Дмитриева И.К. Трудовое право: Учебник для вузов. М., 2002; Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России: Учебник. М., 2003; Трудовое право: Учебник / Под ред. О.В. Смирнова. М., 2003.

³³ Курс российского трудового права: В 3 т. Т. 1. Часть общая. СПб., 1996; Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. Т. 1. М., 2003; Молодцов М.В., Головина С.Ю. Трудовое право России: Учебник для вузов. М., 2003; Трудовое право России: Учебник / Под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова. М., 2002.

Противники признания постановлений пленумов высших судов источниками права, как отмечает Д.Р. Акопов, аргументируют свою точку зрения с двух принципиально различных позиций.³⁴ Первая состоит в том, что указанные акты не считают обязательными для нижестоящих судов и иных органов, то есть их не рассматривают не только как источники права, но даже и как акты легального нормативного толкования, полагая такое толкование лишь доктринальным, хотя и весьма авторитетным.³⁵

Сторонники второй позиции, не отрицая обязательного характера постановлений Пленума Верховного и Высшего арбитражного судов и признавая их нормативными правовыми актами, не считают их, тем не менее, источниками права, поскольку они не должны содержать новых норм, а только толковать существующие. А.Ф. Черданцев предлагает называть эти акты интерпретационными.³⁶

Как отмечает А.В. Брызгалин, несмотря на то, что право в России никогда не являлось прецедентным, а решения судов никогда не признавались источником права, тот или иной судебный вердикт по-прежнему остается одним из важнейших аргументов при разрешении тех или иных конфликтных ситуаций и фактически выступает в ряде случаев самым главным, авторитетным и относительно независимым источником при принятии, к примеру, налогоплательщиками и налоговыми органами конкретных решений.³⁷ Долгое время в профессиональном правосознании преобладало мнение о том, что каждый судебный спор индивидуален, неповторим, а потому оценка всех правовых вопросов может быть дана только применительно к тому или иному заявленному спору. Однако в действительности оценка юридических фактов и применение правовых норм в заявленном споре представляет собой не более чем частное проявление общих правил в деятельности по отправлению правосудия.

Авторы не могли оставить без внимания и многие другие проблемы, характерные для правоприменительной практики современной России. В частности, в работе исследуется достаточно дискуссионный вопрос о существовании двух уровней государственной власти и, соответствен-

но, двух независимых друг от друга уровней законодательства в силу конституционного принципа федерализма. Так, наряду с попытками преуменьшить роль законодательства субъектов Российской Федерации, имеет место и гипертрофированное восприятие его самостоятельности. Вряд ли можно согласиться с позицией исследователей, считающих, что субъекты Федерации сформировали относительно самостоятельные отрасли права. Все отрасли российского права имеют конституционные начала, закрепленные в федеральной Конституции. Отрасли права, отнесенные ст. 72 Конституции к предметам совместного ведения, состоят как из федеральных нормативных актов, так и из нормативных актов субъектов Федерации и базируются на общем предмете и методе правового регулирования. Правовые акты субъектов Федерации можно рассматривать как структурный компонент правовой системы России.

Таким образом, можно констатировать, что для современной России характерно:

1. Разграничение феноменов "право" и "закон" под влиянием совокупности самых различных факторов, в числе которых, однако, преобладают:

а) реальное изменение отношения общества и государства к правам и свободам человека, в частности, признание их примата над другими ценностями и благами; б) усиление роли и значения судебной власти, появление относительного нового вида судопроизводства - конституционного, которое "фактически" (а это наиболее часто употребляемый учеными признак) обладают признаками нормативных правовых актов.

2) Появление новых и актуализация уже существующих проблем, связанных с различными подходами правоприменителей к иерархии нормативных правовых актов. 3) Формирование научно-обоснованной позиции, согласно которой суд может рассматриваться не только как субъект правотворческой, но и нормотворческой деятельности.

4) Изменения традиционного взгляда на судебный прецедент как на феномен, который никогда и ни при каких обстоятельствах не может быть источником права.

³⁴ См. об этом: Акопов Д.Р. Подзаконные источники трудового права и акты судебного нормативного толкования // Журн. рос. права. 2006. № 7; Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. Волгоград, 2004. С. 181 - 186.

³⁵ См., в частности: Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 354 - 541; Он же. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107 - 112; Интервью с заместителем Председателя Конституционного Суда Т.Г. Морщаковой // Законодательство. 1999. № 5. С. 2 - 7; Парог А.И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда // Гос. и право. 2001. № 2. С. 53; Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. М., 2002. С. 111.

³⁶ См.: Темушкин О.П. Толкование закона Пленумом Верховного Суда СССР // Советское государство и право. 1976. № 12. С. 34 - 40; Тарасова В.В. Акты судебного толкования норм права: понятие, юридическая природа, виды // Вопросы теории государства и права. Вып. 1(10). Саратов, 1998; Она же. Акты судебного толкования правовых норм: Юридическая природа и классификация / Под ред. М.И. Байтина. Саратов, 2002. С. 15 - 16. С некоторыми оговорками эту точку зрения разделяет А.Ф. Черданцев (См.: Указ. соч. С. 296 - 306).

³⁷ Брызгалин. А.В. Значение и место современной судебно-арбитражной практики в правовом регулировании налоговых отношений // Налоги и финансовое право. 2002. № 11.