

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340

ПРАВО СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ В ТРУДАХ ДОРЕВОЛЮЦИОННЫХ ЮРИСТОВ

*канд. юрид. наук, доц. А.Н. ПУГАЧЁВ
(Полоцкий государственный университет)*

Актуальная для современной юриспруденции проблема судебного правотворчества представлена в историческом аспекте – взглядах и трудах дореволюционных юристов. Как и в наше время, она рассматривалась в более широком контексте, позволяющем обнаружить основные и вторичные источники (формы) действующего права. Показаны причины неразвитости и слабости юридических традиций в дореволюционной России, проведен сравнительный анализ с европейскими правовыми системами. Акцентируется внимание на судебной реформе 1864 года, положившей начало прогрессивным формам российской юриспруденции, что неминуемо отразилось в теоретико-правовых исследованиях ведущих ученых-юристов. Изучены взгляды на проблему судебной практики как правотворческого феномена представителей позитивистской, социологической и психологической школы права с установлением причин имевших место разночтений. Подходы русских юристов рассмотрены в сравнительном аспекте с устойчивыми западноевропейскими традициями. Делается вывод о том, что правоведов той эпохи и современных авторов объединяет много общего, поэтому разработки дореволюционных юристов актуальны и поныне при изучении такого феномена, как судебная практика.

Введение. О правотворческой роли судов принято говорить как о наиболее сложной проблеме юридической науки, и современные исследования – тому подтверждение. Мнения поражают своей разносторонностью. Но среди угроз по поводу «судебного произвола» и «чуждого нам прецедента» все чаще раздаются голоса тех, кто не разделяет ортодоксальных позиций и склонен позитивно оценивать участие судебных органов (прямое либо косвенное) в правотворческом процессе и формировании системы источников права. Проблема эта не нова, о чем и пойдет речь далее.

Такое правовое явление, как «судебная практика», зачастую было предметом исследования в трудах дореволюционных ученых России конца XIX – начала XX века. В своих работах видные правоведы основное внимание уделяли вопросам, посвященным разнообразным формам воздействия судебной практики на правовую систему как путем непосредственного воздействия источников (форм) права, так и через опосредованное влияние на правотворческий процесс. Данная проблема «прорабатывалась» через всевозможные академические курсы лекций и другую учебную литературу, написанную с высокой степенью научности. Излишне говорить, что дореволюционная юриспруденция не признавала так называемых «коллективных трудов», в которых нередко непоследовательность и даже противоречивость материала является естественным следствием коллективного (но не соавторского!) характера работы.

Основная часть. Обращаясь к сугубо научной разработанности этой проблемы, важно указать фундаментальную монографию С.В. Демченко «Судебный прецедент» (1903), которая, надо сказать, по содержанию значительно шире своего наименования. Дореволюционные юристы по-разному оценивали вопрос о признании судебной практики как формы и как источника права, но несмотря на высказанные в литературе различные позиции, несмотря на некоторые различия следует признать, что практически все исследования признавали за судебной практикой рекомендательный характер. И этому есть свои причины.

Русская юридическая наука многое заимствовала из византийского, а значит и римского права, что ставило ее в один ряд со странами континентальной Европы. Категории русского права XIX века – это категории романо-германской системы, так как в России не было другой науки, кроме романо-германской, принятой в университетах и юристами. Рене Давид, подчеркивая неказуистический тип русского права, пишет: «Русский юрист не считал право продуктом судебной практики; норму права, так же как немецкий и французский юристы, рассматривал как норму поведения, предписываемого индивидам, формулировать которую надлежит доктрине или законодателю, а не судье» [1, с. 118]. Следует помнить слабость юридических традиций и чувства права в дореволюционной России, ведь вплоть до судебной реформы 1864 года не было четких различий между полицией, судом и администрацией. Судьи являлись скорее слугами государства, чем слугами общества, поэтому правосудие никогда не рассматривалось русским обществом составляющей народного сознания.

Пожалуй, последняя из указанных причин – самая весомая в объяснении того, почему судебная практика так и не сформировалась в качестве самостоятельного феномена, достойного серьезного изучения со стороны ведущих теоретиков права, внимание которых было сосредоточено на иных, более серьезных вопросах, имевших отношение к государственно-правовому развитию страны: общество и собственность, власть и закон, общинность и обычное право. Отсюда понятно, почему в современной Беларуси столь низкий «спрос» на право и слабо развитая юрисдикционная сфера, невысокая престижность судебской профессии и желание большинства субъектов решать возникающие споры неправовым путем... Позволим себе краткий исторический экскурс, позволяющий лучше понять некоторые вопросы, возникающие при рассмотрении общей проблемы.

До судебной реформы 1864 года (отчасти и после нее) Россия не знала независимого судопроизводства. Юстиция была ответвлением административной системы, поэтому основной ее задачей было проведение в жизнь воли государства и охрана его интересов. Стоит вспомнить, что в Древнем Риме судопроизводство было отделено от администрации ко II веку до н. э., а в странах с феодальной традицией, то есть в большей части Западной Европы, это разделение произошло к концу Средневековья. В Англии к концу XIII века уже проводилось различие между судебными королевскими чиновниками и его административными и фискальными агентами. Даже в абсолютистской Франции суд, известный под именем Парижского парламента, утвердился как самостоятельный институт.

По мнению Р. Пайпса, «Россия в этом смысле напоминала древние восточные монархии, где царские чиновники, как правило, отправляли правосудие в рамках своих административных обязанностей» [2, с. 375]. В Московском государстве допетровского периода в каждом приказе имелось судебное отделение, функционировавшее по своей собственной юридической системе и имевшее власть над гражданами, входящими в административную компетенцию приказа, – точно так же, как обстояло дело в крупных поместьях удельного периода. Помимо того, воеводы отправляли правосудие в своих имениях, а церковь – в своих.

В еще более ранний период, отмечает В.И. Власов [3, с. 167–168], обладали судебными полномочиями и чины церковные, об этом говорят Устав князя Владимира Святославича (980–1015) «О десятинах, судах и людях церковных» и Устав князя Ярослава Мудрого «О церковных судах» (1051–1054), а также более позднее «Правосудие митрополичье», относящееся к XIII–XIV векам. В статье 38 этого памятника русского церковного права подчеркивается: «Что ся деть в монастырех ли монастырских людех, да не вступается князь ли властелин: то ведает их епископ». Но к священнослужителям высшей церковной иерархии относились не только епископы, но и митрополиты, игумены, архиереи, архиепископы. Все они подходили под одно общее наименование – «владыко», и потому их суд церковный именовался еще владычным.

Попытки учреждения независимого судопроизводства Петром I и Екатериной II ни к чему не привели, и лишь при Николае I появился Свод законов благодаря неимоверным усилиям реформатора М.М. Сперанского. Но эта столь важная для развития устойчивой судебной практики инициатива проблем не решила, поскольку судебная процедура оставалась традиционной и россияне избегали всяких тяжб, как чумы. («В суд пойдешь – правды не найдешь», «Перед Богом ставь свечку, перед судьей – мешок», «Неправдою суд стоит», «Что мне законы, коли судьи знакомы», «Тяжба – петля, суд – виселица», «В суд ногой – в карман рукой» и пр. [4, с. 320–333]). До реформы 1864 года правительственные органы не возбуждали уголовных дел, за исключением тех случаев, когда затрагивались собственные интересы государства; судебное разбирательство по уголовным и всем гражданским делам происходило по ходатайству пострадавшего и обыкновенно уподоблялось торгам, на которых верх одерживал тот, кто предлагал всемогущему секретарю суда большую мзду.

Следует учитывать, что до 1860-х годов русская юриспруденция даже не проводила различия между законами, указами и административными распоряжениями, которые, к слову, вносились в полное Собрание Законов в хронологическом порядке. Законы не нуждались в обнародовании, для того чтобы войти в юридическую силу, часто они вводились через секретные документы и были известны лишь чиновникам, отвечающим за их исполнение.

Трудно говорить о таком явлении, как «судебная практика» в условиях, когда большая часть основополагающих законов, определяющих государственное устройство в России и статус ее подданных, не была объявлена официально. При таком раскладе вещей идея конституционного контроля (хотя бы и со стороны несудебных органов) не могла проявить себя даже в зачаточном состоянии, да еще в условиях отсутствия Основного Закона как такового! В правовом смысле российское общество и государство пребывало в условиях, не имеющих к понятию конституционного правопорядка никакого отношения.

Неразвитость юридической традиции и судебной системы давала всю власть бюрократическому аппарату, известному своим мздоимством и непрофессионализмом. Неуважение к юридической процедуре во многом явило непонимание того, что право подразделяется на государственное, гражданское и уголовное, в то время как на Западе это различие проводилось уже в эпоху Средневековья. Вообще, лихоимство чиновничества было явным симптомом более глубокого недуга – беззакония, верным спутником которого оно является и поныне.

Конечно, все перечисленные обстоятельства имели крайне пагубное воздействие на весь строй русской жизни. Даже многие русские юристы доказывали необходимость того, чтобы юстиция и администрация были тесно сплетены между собой. Среди них, например, был уважаемый специалист Н.М. Коркунов [5], разработавший теорию русской юриспруденции, согласно которой основной функцией законов страны является не столько отправление правосудия, сколько поддержание порядка. Здесь уместно вспомнить известную фразу начальника тайной полиции графа Бенкендорфа о том, что «законы пишутся для подчиненных, а не для начальства!».

По проблеме строгости законов и их неисполнения, о роли правосудия в жизни русского общества достаточно оригинальную версию предлагают современные авторы С.И. Валянский и Д.В. Калужный. Они пишут о чрезвычайно важном значении нравственности в жизни России, развивающейся в суровых климатических условиях и из-за малого прибавочного продукта не способной содержать достаточное количество служителей Фемиды. Приведем некоторые фрагменты книги.

«Всегда, если население страны столь сильно зависит от неблагоприятных природных факторов, когда “до Бога высоко, а до царя далеко”, в обществе складывается верховенство морали. Если на точный механизм регуляции отношений между людьми, на правосудие просто физически нет средств, остается уповать только на человеческое достоинство. Что это так – нам легко увидеть: именно мораль и нравственность, задаваемые и хранимые религией, по сей день преобладают над правосудием во всех странах, отличающихся тяжелыми природными условиями, население которых постоянно живет в режиме “только бы выжить”».

Из-за малого прибавочного продукта общество не могло держать достаточное количество служителей Фемиды. Во многих случаях эти функции выполнялись на местах wybranными гражданами на общественных началах, они руководствовались в своей деятельности не “писаным” правом, а традициями. И в своих решениях исходили не из буквы закона, а из здравого смысла и необходимости. То есть судили не по закону, а по совести.

Только и преимущественно в судах – по специальным, тысячи лет накапливавшимся правилам – исследуются факты и доказательства того, кто прав, а кто не прав, чье решение правильное, а чье неверное. Вот о чем постоянно забывают: суд создан не карать, а искать истину! Если беспристрастно отнестись к нашей истории, то нельзя не прийти к следующему выводу: мораль и нравственность подвергаются деградации там, где они не защищены правосудием.

Здесь нет никакого открытия. Об этом российские ученые заговорили, еще когда Россия только начала входить в промышленное общество. В начале 1900-х годов академик Богдан Кистяковский писал, что на одной этике нельзя построить конкретных общественных форм. Такое стремление противоположно; оно ведет к уничтожению и дискредитированию этики и к окончательному притуплению правового сознания» [6, с. 482]. И в наши дни должно быть ясно: где отсутствует правосудие, там процветает, богатеет и приходит к власти только тот, кто менее всего обременен моралью и нравственностью.

Даже завершенная в 1864 году судебная реформа не изменила коренным образом отношения к судопроизводству. Причем действительно прогрессивные мероприятия (гласность судебного заседания, суд присяжных, несменяемость судей) стали саботироваться не столько бюрократией, сколько радикальной интеллигенцией и прочей псевдолиберальной публикой. Достаточно вспомнить вопиющий пример подрыва законности либеральными кругами по делу террористки В. Засулич, когда несмотря на то, что виновность В. Засулич в покушении на умышленное убийство была неопровержимо доказана, присяжные ее оправдали! Даже либеральный теоретик Б.Н. Чичерин назвал такое правосудие извращенным, явно понимая лучше других своих современников нравственные и политические последствия того, что интеллигенция (к ней, следует напомнить, относили себя многие ведущие правоведы лучших российских университетов) прилагает двойной стандарт к морали и правосудию.

Со всей уверенностью можно утверждать, что использование предоставленных реформой 1864 года возможностей послужило не для укрепления судебной системы, а для преследования сиюминутных политических интересов, сыграло на руку всем тем, кто считал независимое судопроизводство незаконно-рожденной, «нерусской» идеей. Эта тенденция всецело отразилась и на теоретико-правовых взглядах указанного периода, благодаря которым феномен судебной практики так и не перерос своего подчиненного, второстепенного статуса в контексте общего состояния правовой системы общества.

Функцию суда в Российском государстве, так же как и функцию других правоохранительных органов (прокуратуры, следствия), составляло именно государственное принуждение. И в таком случае суд, естественно, воспринимался как один из репрессивных органов, защищающий и активно проводящий политику государства, его глобальные и конкретные интересы. Соответственно, у подданных формировалось негативное отношение к суду и судье, которые воспринимались как еще одно «око государево». Но деятельность отдельных органов заслуживает особого внимания.

До издания Судебных уставов 1864 года в России господствовала система буквального применения законов. Но, как пишет А.Н. Верещагин [7, с. 15], само законодательство с его отсталостью, пробле-

лами и противоречиями, требовало допущения судебного правотворчества, которое, однако, до поры до времени происходило «контрабандным» путем. Только Судебные уставы 1864 года положили конец системе буквализма, воспретив судьям приостанавливать производство «под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов» (статьях 10 Устава гражданского судопроизводства) и предписав руководствоваться «точным разумом закона» и «общим смыслом законов» (там же, статьи 9 и 10).

По мнению сторонников признания «права, созданного судьями», наибольший вклад в правовую систему внес Гражданский кассационный департамент Правительствующего Сената (высший судебный орган, установленной реформой 1864 г.), который выпускал толкования законодательства, единообразно применявшиеся на территории Российской Империи. Ученые и юристы-практики скрупулезно изучали эти определения, игравшие роль вспомогательных (субсидиарных) источников права. Сенат прежде всего прибегал к аналогии закона и права, но – в гражданской сфере, так как в области уголовного права и процесса правотворчество было минимальным – преобладавшая в российской юриспруденции точка зрения считала аналогию в уголовном праве недопустимой, впрочем, как и в наши дни. Таким образом, после 1864 года судебное правотворчество стало в России свершившимся, пусть и не вполне признанным официально, фактом. Вопрос состоял лишь в том, каким должны быть его руководящие принципы и допустимые пределы. Но здесь среди юристов не было единства – этому были веские причины.

Как справедливо отмечает современный ученый Е.Б. Абросимова, обособление суда от системы исполнительных органов, приобретения им институциональной и организационной независимости возможно только в государствах, признающих в качестве фундаментальной основы конституционного строя или порядка принцип разделения властей: «Собственно с этого момента и можно говорить о судебной власти, а не о суде» [8, с. 12]. Напомним, что в условиях реализации принципа разделения властей суд, кроме полномочий по осуществлению правосудия, должен обладать и двумя другими фундаментальными полномочиями: полномочиями судебного административного контроля и полномочиями судебного конституционного контроля.

Можно говорить о том, что русское право того периода в области практической юриспруденции имело отношение к европейским странам в лучшем случае на уровне юрико-технических, но не ценностно-ориентационных параметров. Европейская юридическая традиция, согласно которой право рассматривалось как одна из фундаментальных опор общества и где важнейшая роль принадлежала судейскому корпусу, так и не прижилась в России как на уровне функционирования государственной власти, так и на уровне народного правосознания. Поэтому взгляды большинства ученых-юристов той эпохи на проблемы судебной практики были во многом «обременены» указанными объективными обстоятельствами, что нашло наглядное подтверждение в их трудах по юриспруденции. Необходимо помнить, что высказанные взгляды основывались на самых разных типах правопонимания, развиваемых соответствующими школами и направлениями юриспруденции.

Определенные сложности возникают отчасти и потому, что термин «юриспруденция» в одних правовых системах означает судебную практику, а в других – правовую науку. Сам термин «юриспруденция», имеющий латинское происхождение, прочно укоренился в большинстве европейских языков, но в то же время в каждом из них подвергся существенным изменениям не только в лингвистическом, но и в содержательном плане. По наблюдениям С.В. Бошно [9, с. 73], в русской юридической литературе понятие «юриспруденция», или «право юристов», объединяло и доктрину, и судебную практику или же отождествлялись понятия «юриспруденция» и «правовая наука», уравнивались такие понятия, как «правовая доктрина», «правовая наука», «общее мнение юристов».

Таким образом, и по сей день актуальным остается вопрос о выработке сколь-нибудь универсального понятия судебной практики. И достижению этой цели будет способствовать установление соотношения судебной практики с близкими ей источниками и формами права: обычаями, правовыми актами, принципами, прецедентом, наукой. Поэтому в ракурсе рассматриваемой проблемы важен глубокий теоретико-правовой анализ понятия источника (формы) права, что является «необходимым условием для понимания всей системы и структуры права в государстве» [10, с. 12]. Это наглядно прослеживается в трудах всех без исключения дореволюционных юристов.

Ученый Н.М. Коркунов большое внимание уделял вопросу о несоответствии положительного права с субъективным правосознанием, акцентируя внимание на проблеме определенности и внешней распознаваемости юридических норм, а также учета тех форм, в каких совершается объективирование правового материала. В этой связи он делает допущение, что «действовать может и норма, не выразившаяся еще ни в законе, ни в обычае, и такое действие нормы есть необходимое предположение образования судебной практики... Но действие такой нормы менее определено, так как оно лишено внешнего признака своей обязательности. Поэтому нельзя определить наперед объем ее действия, нельзя сказать, к каким частным случаям она применима, к каким нет» [11, с. 537]. Автор приходит к выводу, что объем действия по времени судебной практики не поддается общему определению, однако достоинство такого

источника, например, в сравнении с обычаем, Н.М. Коркунов видит в том, что «судебная практика выражается в более определенной форме, в форме судебных решений, имеющих вполне определенную дату; в то время как обычай слагается мало-помалу, незаметно, и нет никакой определенной грани между еще только слагающимся и уже сложившимся обычаем» [11, с. 537].

Поэтому Н.М. Коркунов вполне справедливо критикует позицию тех юристов, которые видят в судебной практике частную форму обычного права. Наоборот, по его мнению, «судебная практика занимает как бы среднее место между обычаем и законом в сторону постепенного сближения с последним» [11, с. 537]. Во-первых, как и закон, судебная практика образуется вполне сознательно, и судебные решения, из которых слагается судебная практика, являются собой сознательные акты. Во-вторых, подобно закону судебная практика создается не обществом и не каким-либо отдельным общественным классом, а судом – государственным учреждением. В-третьих, судебная практика, подобно закону, возникает в письменной форме. И, самое главное, ученый настоятельно подчеркивает творческое значение судебной практики, влияние судов на формирование системы права.

На двусмысленную и не вполне определенную природу судебной практики указывает Н.Н. Алексеев, который на рубеже XIX–XX веков развивал, в отличие от Н.М. Коркунова, идею естественного направления в праве. В частности, он делает важное замечание о том, что «широкое и освобожденное от излишних практических устремлений наблюдение различных возможных форм положительного права не может не привести к взгляду, что нормами объективного права отнюдь не исчерпываются вытекающие из нормативных фактов правовые источники» [12, с. 169]. По его мнению, объективное право как совокупность юридических, преимущественно законодательных норм есть тот тип положительного права, который можно назвать малоподвижным, и ему противостоит другой, гибкий тип вторичных правовых источников – право, непосредственно вытекающее из единичного случая, отражающееся на справедливости и создаваемое творчеством судьи. Можно вполне уверенно утверждать, что Н.Н. Алексеев, придерживаясь учения школы свободного права (Р. Штаммлер, Г. Радбрух, В. Науке), отчетливо признает необходимость права свободного и гибкого, основанного на судебной практике. Здесь его взгляды коренным образом расходятся с господствовавшим на тот момент позитивистском типе правопонимания, в связи с чем ученый пишет о том, что «наша юридическая теория, выросшая под преимущественным впечатлением политического рационализма, государственной централизации и монополии, склонна совершенно игнорировать этот вид положительного права» [12, с. 170].

Итак, Н.Н. Алексеев при характеристике судебной практики, и, следовательно, формируемого таким образом права предлагает различать следующие её признаки: вторичность, гибкость, свободу, творческое начало, интуитивность. Этот взгляд полностью соответствует формирующемуся в наше время новому типу правопонимания, в рамках которого переосмысливается роль юридической практики в целом и судебной практики в правотворчестве в частности. Такая точка зрения, полагает В.Е. Усанов [13, с. 17], уже имела место и соответствующую аргументацию в работах Б.А. Кистяковского и С.Е. Десницкого.

Неоднозначную оценку судебной практике дает Л.И. Петражицкий, на взглядах которого отразилось влияние немецкой психологической школы (В. Вундт, Л. Кманн, Е. Бирлинг, Э. Цительман), с которой российский ученый познакомился во время проживания в Германии. Исходным пунктом этой концепции считается субъективный опыт – психический феномен, понимаемый как совокупность сменяющих друг друга субъективных состояний или процессов, которые исследуются преимущественно посредством самонаблюдения. Источником такого опыта выступают всякого рода ощущения, восприятия, представления, реакции на внешние факторы. Эмоции следует рассматривать как основные элементы психической жизни, и все внешние и внутренние стимулы должны пройти сквозь их призму. Поэтому действия и суждения людей – простые следствия этого процесса.

Столь оригинальная трактовка Л.И. Петражицким правовой действительности предопределила и его отношение к праву судебной практики, которое он рассматривал как самостоятельный вид судебного позитивного права, наряду с правом отдельных преюдиций и юдициальным правом. Следует сказать, что к моменту формирования взглядов Л.И. Петражицкого в российской юридической науке доминировал подход немецких ученых Дернбурга (Dernburg), Гирке (Gierke), согласно которому судебная практика «определялась обыкновенно как общее, профессиональное, однообразное применение известной нормы права судами данной правовой области» [14, с. 452], а относительно «привязки» права судебной практики к проблеме источников права было сформировано три основные позиции.

Одни ученые считали судебную практику особым «источником права» (видом позитивного права), наравне с обычным правом и законами (Н.М. Коркунов, П.А. Сорокин), другие, не отрицая значения судебной практики как источника права, подводили ее под обычное право и считали ее особым видом обычного права (С.В. Пахман, К.И. Малышев). Некоторые же исследователи вообще отрицали значение судебной практики как источника права, указывая, что задача судов состоит не в создании, а в применении действующего права. Такого подхода придерживался Г.Ф. Шершеневич, апологет юридического позитивизма в России.

Таким образом, представители второго и третьего мнения признавали существование не трех, а только двух источников права, законного и обычного. Для разрешения спора и выяснения действительного положения вещей Л.И. Петражицкий прибегнул к следующим аргументам. В основе таких споров, указывал ученый, лежит то же недоразумение, на котором покоится современное учение об обычном и законном праве, а именно неразличение права и нормативных фактов: «Судебная практика, конечно, не есть особый, самостоятельный вид права или вид обычного права; вообще оно не право, а явление совсем иного порядка – ряд человеческих действий, поступков. [...] решения судей или судов являются внешними проявлениями права, вызываемыми правовыми мнениями судей [...] они могут быть и бывают проявлениями различных видов права: законного права, обычного права, если они руководствуются народными обычаями; интуитивного права, если они решают подлежащие вопросы по совести, по справедливости...» [14, с. 453]. Далее Л.И. Петражицкий приходит к очень важному и для современной юриспруденции замечанию о том, что судебные решения, составляющие судебную практику, могут быть проявлениями не права, а бесправия, хроническим и систематическим нарушением права, если, например, «суды при ненормальной постановке правосудия, при зависимости от административной власти, в угоду начальству или по иным причинам решают подлежащие вопросы недобросовестно, отказывают в признании прав, которые они в душе считают обоснованными, и т.п. – крайне печальное и уродливое явление, зловерное для государства и общества, но подчас бывающее» [14, с. 454].

Взгляды Л.И. Петражицкого образуют совершенно оригинальную позицию, в основе которой лежит тезис о том, что судебная практика не только не есть право, но и не доказывает сама по себе существования и действия особого определенного вида позитивного права. Поэтому ученый солидарен с мнением тех юристов, которые не соглашались принимать судебную практику за самостоятельный, отличный от законного и обычного вид права или за особый вид обычного права. Здесь уместно, на наш взгляд, обнаружить определенную параллель с современной теорией, излагаемой известным философом права академиком В.С. Нерсесянцем, который категорически отрицает саму идею судебного правотворчества в России. Несколько анекдотично, что в научном сборнике 2000 года «Судебная практика как источник права» В.С. Нерсесянец помещает работу «У российских судов нет правотворческих полномочий» [15]. Красноречивое название говорит само за себя и ставит автора в совершенно особое положение среди участников сборника, которые в той или иной степени такие полномочия за судами признают.

Но следует сказать, что Л.И. Петражицкий, развивая концепцию психологической школы права, соглашается с тем, что судебная практика иногда получает в психике людей значение нормативного факта, вследствие чего появляются правовые переживания, приписываются правовые обязанности и права со ссылкой на то, что «такова судебная практика, что так прежде “всегда” решались подлежащие вопросы судами или определенным, например, высшим судом». Однако в континентальных европейских государствах, по мнению ученого, такие явления носят «спорадический и эпидемический» характер, и только их как «императивно-атрибутивные переживания со ссылкой на практику тех или иных судов как на нормативный факт можно и следует признать особым видом позитивного права судебной практики или т. п.». Впрочем, многие размышления Л.И. Петражицкого могут быть поняты при условии достаточного знания его весьма оригинального подхода в существовавшей уже тогда противоречивой дискуссии об источниках права.

В отличие от Л.И. Петражицкого, известный представитель социологического направления в юриспруденции П.А. Сорокин прямо называет судебные решения официальным правом современных государств, одновременно уточняя, что «закон в настоящее время является основным и почти исключительным источником официального, то есть признаваемого государством права. Все остальные источники права, в том числе и судебные решения, [...] играют незначительную роль и имеют значение лишь в тех пределах, в каких допускает их закон, и лишь постольку, поскольку они не противоречат закону» [11, с. 568]. Подчеркивая второстепенный характер судебной практики как источника официального права, ученый, однако, совершенно справедливо делает экскурс в историю для того, чтобы показать роль судебного правотворчества для развития права в целом. Он указывает на значение судебного прецедента для Англии, преторского права в развитии древнеримской юриспруденции, «кийяса» для мусульманских народов.

В то же время П.А. Сорокин, по нашему мнению, зачастую не совсем оправданно подменяет вопрос о судебной практике как источнике права вопросом о влиянии судей на правотворческий процесс. В качестве примера приведем его мысль о том, что «правотворческая роль судьи продолжается и поныне, но фактически путем толкования, казуистики решений, по вопросам, не предусмотренным законом, судья значительно изменяет и улучшает закон» [11, с. 567]. Ученый здесь ведет речь о ситуации, когда судья восполняет пробел в законодательстве путем применения аналогии закона либо права. Но решение, вынесенное по аналогии, воспринимается большинством теоретиков как раз таки не через категорию источников (форм) права, а чаще всего через понятие правоприменительного (пусть даже и очень творческого) акта. Поэтому и аргументация П.А. Сорокина в пользу признания за судебными решениями такого рода характера источника права, нам не представляется достаточно убедительной.

Более ясной видится позиция Г.Ф. Шершеневича, который ввиду разнообразия значений, придаваемых выражению «источники права», предлагает заменить данный термин другим выражением – «формы права, и выбор формы, которая охватит те или иные юридические нормы, целиком зависит от государственной централизованной воли, прежде всего – через законодательное установление» [11, с. 614]. Поэтому Г.Ф. Шершеневич придерживался твердого взгляда, согласно которому отсутствие обязательности не позволяет считать судебную практику источником права.

В настоящее время теорию Г.Ф. Шершеневича органично дополнил А.Ф. Шебанов, который считает, что термин «форма права» является более предпочтительным, так как использование понятия «источник права» ведет к неверному толкованию, искажению смысла слова «источник». Шершеневич не отрицает, что в истории роль формы права принадлежала судебной практике, но в «настоящее время такое значение имеет в Англии судебный прецедент» [11, с. 616]. В то же время следует понимать, что Г.Ф. Шершеневич не был противником того, чтобы судебный прецедент появился как самодостаточная форма российского права. Он вполне справедливо признавал, что современные европейские законодательства не признают судебную практику формой права, но в то же время делал оговорку, «что вопрос этот не бесспорен как со стороны догматики, так и со стороны законодательной политики». Иными словами, видный цивилист и теоретик права четко проводил границу между своими предпочтениями в праве и реальной юридической ситуацией, желаемым и действительным, что является корректным в научном отношении подходом.

С нашей точки зрения, не следует отождествлять выяснение вопроса о создании (вызревании) правовой нормы с вопросом о выражении правовой нормы через тот или иной источник (форму) права. Такое «смешение» отчасти наблюдается у Е.Н. Трубецкого, который приходит к выводу о том, что в «континентальных государствах значение источника права за прецедентом официально не признается, но, однако, можно и здесь указать множество норм права, создавшихся именно этим путем помимо закона. Следовательно, фактически судебный прецедент везде является источником права» [16, с. 100]. Среди современных белорусских ученых у Е.Н. Трубецкого есть немало сторонников.

С таким подходом трудно согласиться, поскольку не ясно, в силу каких причин, сил, обстоятельств решение отдельного казуса устанавливает прецедент, то есть общую правовую норму для всех аналогичных случаев. Тем более непонятна мысль о том, что «множество норм права создается путем прецедента не только помимо участия, но даже без ведома, а иногда и против воли государства. Примером может послужить любая незаконная общественная организация, хотя бы прежние студенческие организации» [16, с. 101]. Пожалуй, здесь речь идет не о правовом прецеденте, а о прецеденте в антиправовой, незаконной сфере общественных отношений.

Рассматривая судебную практику наряду с законом и правительственными распоряжениями, Е.Н. Трубецкой ее роль как источника права обнаруживает при решении судом дел по аналогии: «Если суд сталкивается с казусом, для которого он не может найти соответствующего закона, он должен разрешить его, основываясь на общем разуме законов: не руководствуясь своими субъективными воззрениями, а так, как *разрешил бы его сам законодатель* (выделено нами – *А. П.*)» [16, с. 131]. Это как раз и невозможно установить, поскольку законодатель молчит по поводу того, как должна быть разрешена ситуация.

Напомним и тот непреложный факт, что отдельные решения суда, пусть даже вынесенные вследствие применения аналогии права, но в условиях жесткого законодательного регулирования, по романо-германской юридической традиции далеко не всегда создают обязательные нормы не только для всех прочих судов, но и для суда, их сформировавшего. Конечно, через судебную практику могут вырабатываться нормы путем как множественных, так и единичных прецедентов, но придать таким нормам общеобязательный характер посредством судебных решений нельзя, поскольку в континентальном праве это немислимо без соответствующей санкции государства через такой источник права, как юридический закон. Необычным в позиции Е.Н. Трубецкого является употребление термина «источник права» в очень несвойственном значении, когда под ним он понимает причины и способы формирования норм, в то время как большинство ученых, дореволюционных и современных, используют данный термин в привязке с «формой права», подразумевая при этом, каким образом (через что) закрепляются и выражаются правовые нормы.

Заключение. С изложенных позиций становится очевидной неполнота и односторонность понимания судебной практики преимущественно как результата деятельности судебных органов в виде устоявшейся линии по разрешению определенной категории дел. В этой связи В.М. Сырых полагает, что «такой взгляд на судебную практику сложился в российском правоведении в XIX веке среди авторов, не разделявших и не знавших философских воззрений диалектического материализма на практику» [17, с. 117]. Следует признать, что понимаемая таким образом в дореволюционной юриспруденции практика не могла выступать действительной основой юридической науки, началом познания и критерием истинности ее теоретических положений и выводов. Однако не стоит большого труда заметить, что в русской юридической мысли обнаруживается два различных взгляда на роль и пределы судебного правотворчества, соот-

ветствующих юридическому и социологическому направлению в позитивизме. Дело в том, что представление о свободном («спонтанном») [7, с. 21] самозарождении и развитии права вообще свойственно социологической юриспруденции, в то время как юридическому позитивизму присущ акцент на волевых действиях законодателя. Сторонников второй концепции среди дореволюционных юристов было много больше, чем первой. Эта тенденция отчетливо прослеживается и в наше время. Изменится роль судов – изменится и отношение к судебной практике.

ЛИТЕРАТУРА

1. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Междунар. отношения, 1996. – 400 с.
2. Пайпс, Р. Россия при старом режиме / Р. Пайпс. – М.: «Независимая газета», 1993. – 421 с.
3. Власов, В.И. Философия правосудия в диалогах / В.И. Власов. – М.: Изд-во РАГС, 2010. – 336 с.
4. Даль, В. Пословицы русского народа: в 3 т. / В. Даль. – М.: Русская книга, 1994. – Т. 1. – С. 320–333.
5. Коркунов, Н.М. Лекции по общей теории права / Н.М. Коркунов. – 2-е изд.; предисл. д-ра юрид. наук, проф. И.Ю. Козлихина. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – 430 с.
6. Валянский, С.И. О Западе... / С.И. Валянский, Д.В. Калюжный – М.: ООО «Издательство АСТ», 2004. – 482 с.
7. Верещагин, А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты / А.Н. Верещагин. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 344 с.
8. Абросимова, Е.Б. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы / Е.Б. Абросимова. – М.: Ин-т права и публичной политики, 2002. – 160 с.
9. Бошно, С.В. Доктрина как форма и источник права / С.В. Бошно // Журнал российского права. – 2003. – № 12. – С. 70–79.
10. Суворов, Г.Н. Теоретико-правовой анализ понятия источника (формы) конституционного права / Г.Н. Суворов // Конституционное и муниципальное право. – 2015. – № 1. – С. 12–16.
11. Хропанюк, В.Н. Теория государства и права: учеб. пособие для юрид. вузов. Хрестоматия / В.Н. Хропанюк. – М.: ИНТЕРСТИЛЬ, 1998. – 937 с.
12. Алексеев, Н.Н. Основы философии права / Н.Н. Алексеев. – СПб.: Изд-во «ЛАНЬ», 1999. – 256 с.
13. Усанов, В.Е. Судебный прецедент: проблемы конвергенции в российскую правовую систему / В.Е. Усанов // Актуальные проблемы российского права. – 2008. – № 2(7). – С. 16–23.
14. Петражицкий, Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий. – Серия «Мир культуры, истории и философии». – СПб.: Изд-во «ЛАНЬ», 2000. – 608 с.
15. Судебная практика как источник права: сб. ст. / Б.Н. Топорнин [и др.]. – М.: Юрист, 2000. – 160 с.
16. Трубецкой, Е.Н. Энциклопедия права / Е.Н. Трубецкой. – СПб.: Изд-во «ЛАНЬ», 1999. – 224 с.
17. Сырых, В.М. Логические основания общей теории права: в 2 т. / В.М. Сырых. – М.: Юрид. Дом «Юстицинформ», 2000. – Т. 1: Элементный состав. – 528 с.

Поступила 31.03.2015

THE RIGHT OF COURT PRACTICE IN PRE-REVOLUTIONARY LAWYERS' RESEARCHES

A. PUGACHEV

The actual problem of judicial law-making is presented in historical aspect – views and works of pre-revolutionary lawyers. The reasons of backwardness and weakness of legal traditions in pre-revolutionary Russia are shown; the comparative analysis with the European legal systems is carried out. The attention is focused on the judicial reform of 1864 which laid the foundation to progressive forms of the Russian law that was inevitably reflected in researches of the leading scientists-lawyers. The Russian lawyers' approaches are considered in comparative aspect with steady West European traditions. The conclusion that jurists of that era and modern writers have much in common is drawn. Therefore the pre-revolutionary lawyers' researches are actual and now when studying such phenomenon as court practice.