

заслуживает всяческой поддержки, но как любой акт, он требует соответствующей корректировки. По нашему мнению, в Кодексе должно найти свое отражение такое правовое явление как судебское усмотрение, без которого в настоящее время не решается ни один правовой вопрос в судебной деятельности, и которое во многом влияет и на сроки рассмотрения дел, и на качество судебных решений. Основная цель - избежать вынесения ошибочных решений и исключить судебную волокиту.

Так, в ч. 2 ст. 3 проекта Кодекса судейской этики следует включить «Судейское усмотрение не должно ущемлять права, свободы и законные интересы человека, и выходить за установленные пределы, оно должно способствовать вынесению законного и справедливого судебного решения».

Проблема выхода за пределы судейского усмотрения может иметь отрицательные результаты, и связана с различными причинами, которые могли повлиять на принятие судебного акта.

Что для этого следует сделать. Во-первых, включить в перечень вопросов для сдачи экзаменов на должность судьи, общетеоретические вопросы о судебском усмотрении, его формах, пределах. Во-вторых, включить в подготовку судей и кандидатов в судьи тему: «Судейское усмотрение». В-третьих, скорректировать нормативные акты «О судебной системе в РФ», «О статусе судей в РФ» включив в них положение о судебском усмотрении.

Внести дополнение в последний абзац ч. 2 ст. 5 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» предложение следующего содержания: «Судейское усмотрение должно быть направлено на законное и справедливое осуществление правосудия».

В ч. 4 ст. 1 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» следует включить «Судейское усмотрение при осуществлении правосудия ограничивается Конституцией РФ, законами РФ, судебной практикой высших судебных органов и положениями Кодекса судейской этики».

На сегодняшний момент это будет одним из комплексных подходов в разрешении проблемы судейского усмотрения в правовой системе России, требующего нормативной регламентации.

*Окриаивили Тимур Георгиевич,
аспирант кафедры теории и
истории государства и права
Казанского федерального
университета, Россия, г. Тамбов*

ГЛАВА 2. СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

В среде ученых-цивилистов, как отечественных, так и зарубежных, не одно десятилетие ведутся споры относительно проблемы правового прецедента как источника права. Этой проблеме посвящено достаточно много исследований, однако до сих пор вопрос о месте судебного прецедента и судебной практики в частном праве остается освещенным довольно слабо. Авторы, занимающиеся подобными исследованиями, уделяют неоправданно мало внимания роли судебных прецедентов и судебной практики при разрешении споров в частноправовой сфере, которой присущ принцип диспозитивности. А между тем именно частноправовые отношения являются наиболее динамично развивающимися в условиях интеграции правовых систем современности.

С точки зрения лексического значения слово «прецедент» означает случай, имеющий место впервые, «служащий примером или оправданием для последующих случаев этого же рода»¹. Оксфордский словарь определяет понятие «прецедент» как «пример или дело, которое принимается или может быть принято в качестве образца или правила для последующих дел, либо с помощью которого может быть подтвержден или объяснен какой-либо аналогичный акт или обстоятельство»². Под юридическим прецедентом понимается судебное или административное решение по конкретному юридическому делу, которому государство придает общеобязательное значение и которое впоследствии становится образцом или правилом для разрешения аналогичных дел. Таким образом, различают два вида прецедента: административный, который создается органами исполнительной власти и судебный, который создается органами судебной власти, как правило, высшими судами страны. Суть юридического прецедента состоит в том, что ранее состоявшееся решение государственного органа (судебного или административного)

¹ Ожегов С.В., Шведова Л.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992. С. 604

² Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р.Кросс - М., 1985. С.8.

по конкретному юридическому делу имеет силу правовой нормы (общеобязательного правила поведения) и при последующем разрешении аналогичных дел. Систему действующих в стране прецедентов принято называть прецедентным правом.

Юридическая практика в целом и судебная практика в частности в гражданском праве фактически получили значение источника права еще в Древнем Риме, поскольку ряд институтов римского права складывался именно в ходе судебной практики. Собственно говоря, этому способствовало и само развитие древнеримского судопроизводства. Исторически первым и самым древним был легисакционный процесс, для него характерны жесткий формализм, наличие двух стадий; на смену тяжеловесному, обрядовому легисакционному процессу пришел процесс формулярный, особенностью которого было составление записки (формулы), значительно упрощавшей судебное разбирательство; вершиной развития древнеримского судопроизводства явилось экстраординарное судопроизводство, которое отличалось от других видов судебных процессов тем, что состоял только из одной стадии и от начала и до конца велся одним и тем же лицом. Последний являлся вершиной юридической техники древнеримского судопроизводства и само римское право как некий образец впоследствии станет основой-базисом для одной из правовых семей мира.

Разумеется, понятие судебного прецедента получило наиболее полное развитие в системе англо-саксонского права и, конечно, в гражданском праве стран, относящихся к данной системе. В Великобритании, до настоящего времени гражданское право (как и другие отрасли права) не кодифицировано, но статутное право, законы и подзаконные акты зачастую отходят на второй план по сравнению с прецедентным правом (*caselaw*), то есть с нормами, которые сложились исторически в практике английских судов. Вообще, решения суда Великобритании разделяются на две части: *ratio decidendi* (сущность решения – правовые принципы, на основе которых судья выносит решения) и *obiter dictum* (кроме всего прочего, вышеуказанного и обстоятельства дела)¹.

Основной смысл и значение прецедентного права состоит в том, что решение, вынесенное по какому-либо делу, является обязательным при решении аналогичного дела судом низшей инстанции. В свою очередь, апелляционный суд Великобритании, за некоторыми исключениями, связан собственными решениями, а до

¹ Васильева Т.А. Актуальные вопросы судебного прецедента как источника права. // Т.А. Васильева // Право и политика. – 2007 – №7. С.87

1966 года собственными решениями была связана и палата лордов¹. Однако не все, что утверждает судья при вынесении решения, будет считаться прецедентом, а только те правоположения, которые он считает наиболее важными для своего решения. Таким образом, мы здесь видим действие «жесткого принципа прецедента» как по вертикали (обязанность судей следовать решениям вышестоящих судов), так и по горизонтали (обязанность вышестоящих судов следовать своим предшествующим решениям)².

С точки зрения английской доктрины о судебном прецеденте судья, вынося решение, не творит право и создает новые правовые нормы, а должен лишь «отыскать» в уже существующей практике ту или иную норму и, сформулировав ее, применить при решении конкретного дела. На самом же деле, в настоящее время в области гражданского права сохранилось довольно много прецедентов, которые не соответствуют современным условиям жизни и уж тем более не обеспечивают действительной устойчивости прецедентного права и не гарантируют полного отсутствия произвола. «Ответственность» за это падает на вышеупомянутый «жесткий принцип прецедента». В свете этого в распоряжении судьи имеются совершенно неограниченные возможности в виде различных оговорок, фикций и т.п.³ Таким образом, английские судьи имеют весьма обширные возможности для изменения правового регулирования конкретных отношений. Но так или иначе английское прецедентное право остается очень консервативным.

Правовая система, сложившаяся в Великобритании, впоследствии была перенесена, я бы сказал, даже «перевезена» в Соединенные Штаты Америки и послужила там основой гражданского права. Поэтому, на первый взгляд складывается впечатление о том, что судебная практика в Великобритании и США играют одинаковую роль при разрешении гражданско-правовых дел. «Однако это впечатление правильно только в отношении понимания права: юристы США, как и английские юристы, считают нормами права в собственном смысле слова только правила судебной практики, сформулированные в связи с конкретными делами»⁴. Различия

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник/ отв. ред. Е.А. Васильев. М., 1993. С.46

² Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская - М., 1993. С. 58

³ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник/ отв. ред. Е.А. Васильев. М., 1993. С.68.

⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: пер. с фр. / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози - М., 1999. С.288.

состоят в той роли, которую играют судебные прецеденты как источники права.

В отличие от английского Апелляционного суда и палаты лордов, Верховный суд США и верховные суды штатов не считают себя связанными своими собственными прецедентами (т.е. отсутствие действия «жесткого принципа прецедента» по горизонтали). Кроме того, несмотря на то, что формально нижестоящие суды не могут отвергнуть решения вышестоящих судов, они, используя порой противоречивые решения вышестоящих судов, по своему усмотрению дополняют и изменяют конкретные нормы права. То есть в США правила прецедента не действуют так жестко как в Великобритании.

Имеются свои особенности действия прецедентного права, связанного с федеративным устройством США. Дело в том, что прецедент действует лишь в пределах судебной системы конкретного штата в силу их независимости. Таким образом, условно можно считать, что в США существует 51 система права – 50 по количеству штатов и одна федеральная.

Суд в США выполняет правотворческую функцию, как при отсутствии закона, так и при его наличии. «Ежегодно в США публикуется около 300 томов судебной практики, и, несмотря на широкое использование компьютерной техники, поиск прецедентов является нелегким делом»¹. Таким образом, мы видим, что в национальных системах Великобритании и США судебный прецедент юридически и фактически является источником гражданского права и те различия, которые существуют в правовых системах вышеупомянутых стран, а также в других странах, относящихся к англосаксонской правовой семье, никоим образом не умаляют его основополагающего значения.

Рассматривать вопросы судебного прецедента в гражданском праве, а также определять его сущность лишь через призму общего права было бы не совсем правильно: данная дефиниция находит свое отражение еще в одной системе права – романо-германской, которая привносит еще более интересные и актуальные вопросы судебного прецедента как источника права.

Историческое развитие системы романо-германского права было противоположным. В частности страны континентальной Европы сформировали свою правовую систему, отличную от англосаксонской системы. Основой и базисом являлось римское право, возрожденное в эпоху средневековья в университетах Италии, Германии, Франции, Испании. Здесь, в университетах, стали

¹ Мелехин А.В. Теория государства и права: Учебник. М., 2007. С.285

преподавать «новое», справедливое» право в его связи с философией, религией, моралью. Целью университетской науки стало создание словаря и методов для поиска справедливых решений.¹ Считалось, что именно римское право – «это сокровищница правовых идей, которые необходимо лишь привести в известный порядок систематизировать, придать им силу закона»². Это утверждение Савеньи можно считать справедливым лишь отчасти, поскольку в процессе развития правоотношений и неизбежно сопутствующих им правонарушений, нельзя было долгое время ограничиваться общим знаменателем – римским правом, и в связи с этим требовалось создание «нового» законодательства (с римскими чертами). Это объясняет постоянное развитие романо-германской правовой семьи в тесной взаимосвязи, а нередко и в противодействии с другими правовыми семьями, в первую очередь, с англо-саксонской правовой семьей. Таким образом, национальные правовые системы стран континентальной Европы явили кодифицированные сборники законодательства: в Германии – «Саксонское зеркало», «Швабское зеркало», во Франции – «Ломбардский сборник», кодексы Наполеона, в Пруссии – Прусское земское уложение³. Именно эти кодификации вложили неопределимый клад в развитие не только правовых систем отдельных стран Европы, но и в развитие романо-германской системы в целом. И без преувеличения можно сказать, что именно эти сборники являются праотцами современного (в т.ч. гражданского) законодательства многих европейских стран.

Развитие системы романо-германского права продолжалось, и оно постепенно приобретало черты законодательства (основанного именно на данной системе права), которое используют страны континентальной Европы в настоящее время. Но все-таки «главная правовая идея о невозможности создания судебной властью правовых норм на определенном этапе ... оказалась заблуждением и противоречила реальному положению вещей в правовой жизни стран континентальной Европы»⁴. То есть, во многих таких странах прецеденты категорично не отрицались, но и не во всех государствах однозначно признавались в качестве источника права.

¹ Абдурахманова И.В., Орлова Н.Е. История государства и права зарубежных стран: 100 экзаменационных ответов. М., 2006. С. 84

² Савеньи Ф.К. Обязательственное право. СПб., 2004. С.12

³ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права/ под ред. З.М. Черниловского. М., 1998

⁴ Т.А. Васильева Актуальные вопросы судебного прецедента как источника права./Т.А. Васильева// Право и политика. – 2007 – №7. С.88.

Неопределенность и внутренняя противоречивость юридического и фактического статуса прецедента в системе романо-германского права и, в частности, в правовой системе Франции объясняется следующими объективными и субъективными причинами. Одна из них заключается в том, что французский судья, стремясь к достижению объективно необходимой определенности гражданского права, традиционно опирался сначала на нормы римского права и на кодифицированные обычаи, а позднее – на ФГК эпохи Наполеона. Прецедент при этом не играл существенной роли¹.

Существуют и другие причины. Следует обратить внимание на исторически сложившиеся в странах романо-германского права весьма противоречивые традиции и обычаи, позволяющие в одних странах довольно широкое использование прецедента как источника права наряду с другими источниками права, а в других – наоборот, запрещающие их применение (формально). Так вот, во Франции, согласно положениям Закона от 16 августа 1790 г. (гл. II, ст. 10), судам полностью запрещалось «устанавливать правила общего порядка и общеобязательные прецеденты».

Итак, «с точки зрения строгой теории права, во Франции вообще отсутствует прецедентное право».² Принято считать, что ФГК вместе с другими законодательными актами способен охватить весь спектр правовых ситуаций, с которыми сталкиваются суды. Поэтому во Франции, «строго говоря, прецедентное право не является источником правовых норм потому, что судья не обязан учитывать его при вынесении решения»³.

Однако в рамках романо-германской правовой системы можно выделить страны, где за судебными решениями признается не только юридическая сила, но и создаются благоприятные условия для формирования самой практики применения судебного прецедента, происходит их опубликование в сборниках судебной практики, что позволяет знакомиться с новыми прецедентами и применять их в последующих аналогичных случаях. В частности, Гражданский кодекс Швейцарии (ст. 1) управомочивает Суд при определенных обстоятельствах действовать так, как если бы он был законодатель.

В Испании также признается правотворческая роль судебной практики, которая основана на ряде решений Верховного суда этой

¹ Марченко М.Н. Является ли судебная практика источником российского права? / Марченко М.Н. // Журнал российского права. - 2000. - №12

² Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р.Кросс - М., 1985. С.32

³ Там же. С.32.

страны. В рамках национальной правовой системы существует понятие «doctrina legal», нарушение которой является одним из важнейших оснований для обжалования судебных решений в Верховный Суд»¹.

Существуют также страны, где отсутствие законодательного закрепления судебной практики в качестве источника права или же формальный юридический запрет правотворческой деятельности судов вовсе не способствуют осознанию реальной значимости прецедентов в национальных системах континентального права. Так обстоит дело, например, в Дании, где не только обычные суды «не связаны прецедентами», но и даже Верховный Суд «не связан» своими собственными, ранее принятыми решениями. Но фактически судебные решения в этой стране имеют весьма значительный вес.

В Италии, например, нет законодательных актов, которые устанавливали бы либо запрещали использование прецедента в правоприменительной деятельности, как впрочем, нет и самого законодательного акта, который действительно определял бы правовой статус прецедента вообще, что нехарактерно для национальных систем, составляющих англо-саксонскую правовую семью.

В итоге своего развития система романо-германского права и система общего права пришли к единому результату – судебному прецеденту, только вот путь, как мы видим, был различным. Система общего права предполагала создание судьями из частных споров общих основополагающих идей, романо-германская же система предполагала применение судьями общих законоположений к частным случаям, «результатом чего явилось изменение правовых основ данной системы права, судебного процесса и актуализация такого источника права, как судебный прецедент»².

Вообще судебный прецедент всегда существовал в системе романо-германского права. Правда, изначально на судебный прецедент оказало некоторое давление римское право, деятельность европейских университетов, а также кодификация права. Изучая теорию и практику применения прецедента в гражданско-правовых делах в разных странах романо-германского права, нетрудно заметить, что в течение всего процесса исторического развития данной правовой семьи в ее пределах не было выработано ни общей

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: пер. с фр. / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози - М., 1999. С.102.

² Васильева Т.А. Актуальные вопросы судебного прецедента как источника права. / Т.А. Васильева // Право и политика. - 2007 - №7

концепции относительно места и роли, а также значимости прецедента в системе других источников права, ни единообразной практики их применения судами.

Положение судебного прецедента и судебной практики в российской правовой системе являлось и является далеко неоднозначным. Это обусловлено, прежде всего, историческими условиями формирования самой отечественной правовой системы.

Временем возникновения, формирования прецедентного права следует считать, по моему глубокому убеждению, период после судебной реформы 1864 года (как мы знаем, это время царствования Александра II). «Дореформенный суд в России, если усматривал в законах неполноту или неясность, должен был предоставить дело на усмотрение высшей инстанции. Спорное дело кочевало из одного суда в другой, порождало волокиту, пока не доходило до Государственного совета, который полагал свое мнение и подносил его на утверждение монарха»¹. Реформа суда 1864 года провозгласила принцип независимости судей, с этого времени они получили реальные полномочия при осуществлении правосудия, и само судебное разбирательство освободилось от царящей до этого волокиты, которая, бесспорно, мешала скорому принятию решения по делу, тем самым затягивая процесс на долгие годы. Введение же «Судебных Уставов Александра Второго» отделило судебную власть от иной, прежде всего, исполнительной, что сняло бремя зависимости от секретарей губернского правления или от правителя губернской канцелярии.

Однако надо признать, что внимание на судебные решения, которые могли бы стать источниками права, было обращено не сразу. Это вполне объяснимо ведь правоведам стоило еще «приспособиться» к нововведениям судебной реформы, таким, как гласность, состязательность судебного процесса и др. Но, разумеется, правовая наука не стояла на месте. «После проведения судебной реформы в России и принятия новых, пореформенных, законов многие отечественные авторы-юристы обратили внимание на судебную практику (в основном – в форме прецедента) как на несомненно «древнейший» и к тому же самостоятельный источник права, выступающий в системе источников позитивного права не только в Англии или других зарубежных странах, но и фактически в самой России»².

¹ Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник / А.Б. Венгеров - М., 2008. С.404

² Марченко М.Н. Источники права / М.Н. Марченко - М., 2005. С.363

Кроме того, в том же Уставе гражданского судопроизводства отдельные нормы прямо указывают на закрепление судебных решений в качестве источников права. Так, в ст. 9 Устава гражданского судопроизводства¹ говорится о том, что «все судебные установления обязаны решать дела по точному разуму действующих законов, а в случае их неполноты, неясности, недостатка или противоречия – основать решение на общем смысле законов».

Так же было установлено полномочие Сената давать обязательные для других судов разъяснения по рассматриваемым Правительствующим Сенатом вопросам. Разумеется, появились сторонники признания судебного прецедента в качестве источника права. Выдающийся русский правовед Н.М. Коркунов признавал судебную практику самостоятельным источником права. Однако отмечал следующее: «Признавая судебную практику самостоятельным источником права, мы должны оговориться, что это не следует понимать так, чтобы раз принятое судом решение какого-нибудь спорного вопроса безусловно связывало суд на будущее время»². Современник Н.М. Коркунова Е.Н. Трубецкой писал, что в России судебная практика имеет значение самостоятельного источника права, но это значение было официально признано за ней только со времени издания Судебных уставов 1864 г.

Однако все же большинство авторов склонялись к тому, что судебная практика и судебные решения никак не могут стоять в одном ряду с признанными источниками права, а лишь могут дополнять и развивать нормы законодательства. Как отмечал К.П. Победоносцев, «суд, в коем производится дело, требующее решения, вполне свободен и не зависит от воззрений и мнений высшей инстанции во всем, что относится до обсуждения спорного предмета по существу оного...»³ Данное положение фактически отрицает значение прецедента для гражданского судопроизводства. Судебное решение выносится на основе закона, а не на основе ранее принятых вышестоящими судами решений. Сходные положения указывали в своих трудах Н.К. Ранненкамф, В.М. Хвостов и др.

¹ Устав гражданского судопроизводства (Св. зак. Т.16.Ч.1. Изд.1914г.) с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов/ Сост. И. Тютрюмов. СПб., 1916.

² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права (по изд. 1914 г.) / Н.М. Коркунов - СПб., 2004. С.361

³ Победоносцев К.П. Судебное руководство / К.П. Победоносцев - М., 2004. С.102.

Революция 1917 года и установление советской власти открыли новую веху в развитии отечественного права в целом и прецедентного права в частности. В истории Советского государства был период, связанный с активным правотворчеством судов, - это первый период существования новой власти, когда только создавались советское законодательство и советская судебная система. Декрет о суде № 3 (июль 1918 г.) предоставил местным народным судам право при назначении наказаний руководствоваться своей «социалистической совестью». Руководящие начала по уголовному праву РСФСР 1919 г. стали первой попыткой обобщения практики судов и революционных трибуналов.¹ Они содержали только общую часть, и на ее основе суды должны были выносить конкретные решения.

В последующие годы официальная концепция советского права считала аксиомой положение о том, что судебный прецедент не может рассматриваться в качестве источника права, «поскольку это ассоциировалось: а) с разрушением социалистической законности, понимаемой лишь как строгое и неуклонное соблюдение законов и других законодательных актов; б) с возможным судебным произволом в процессе одновременного выполнения правотворческих и правоприменительных функций и в) с подрывом или же, по меньшей мере, с ослаблением правотворческой деятельности законодательных органов»².

По мнению профессора А.А. Тилле, «судебная практика (прецедент) служит важным источником советского права»³. Он поясняет: «Верховные суды Союза и союзных республик публикуют бюллетени с «образцовыми решениями» и приговорами по конкретным делам. Теоретически нижестоящие суды вправе не руководствоваться ими. Практически же каждый адвокат знает, что если он в суде сошлется на определение Верховного Суда по аналогичному делу, суд решит его дело именно так... Но, кроме того, Пленумы Верховных Судов издают постановления, которые теоретически разъясняют закон, практически же устанавливают новые нормы права»⁴. С тем, что в действительности роль судебной практики в СССР была значительна, соглашался и Р. Давид⁵.

¹ Исаев И.А. История государства и права России / И.А. Исаев - М., 1996. С.352-353

² Марченко М.Н. Источники права / М.Н. Марченко - М., 2005. С.379

³ Тилле А.А. Советский социалистический феодализм 1917 – 1990 / А.А. Тилле - М., 2005. С.142

⁴ Тилле А.А. Советский социалистический феодализм 1917 – 1990 / А.А. Тилле - М., 2005. С.143

⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы

Заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации В.М. Жуйков также утверждает, что судебная практика, выраженная в разъяснениях Верховного Суда СССР и Верховного Суда РСФСР, всегда «признавалась источником права, поскольку в судебных решениях допускались ссылки на них как на правовую основу разрешения дела»¹.

Верховный суд СССР мог давать руководящие разъяснения, которые являлись актами официального толкования общесоюзного законодательства. Более того, история российского права в прецедентной области знает весьма радикальные случаи. «Так, в 1940 году Верховный Суд СССР рассмотрел конкретное дело Мартынюка, спасавшего социалистическое имущество и получившего при этом ожоги, признал, что Мартынюк имеет право на возмещение вреда. Из этого судебного прецедента впоследствии появилась в гражданском законодательстве норма о возмещении вреда, возникшего при спасении социалистического имущества, а затем и ныне действующий институт «возмещение вреда из спасения имущества»².

Распад социалистической системы в целом означал и распад сложившейся правовой системы. Но следует отметить, что современная правовая система России во многом учла опыт и сохранила отдельные положения, которые были присущи социалистической системе.

В последние годы в российских правовых исследованиях стало уделяться больше внимания анализу правового прецедента, его роли в правовой системе. Возросший интерес к данной проблеме, очевидно, обусловлен стремлением отечественных юристов определить пути и средства укрепления судебной власти. Отмечая возрастающую роль судебной практики, некоторые юристы предлагают признать судебный прецедент источником российского права. Однако зачастую представления российских юристов о судебном прецеденте расходятся с тем, что представляет собой судебный прецедент в тех странах, в которых он признан источником права. Неодинаковое значение одного и того же термина неспособствует эффективному изучению правового прецедента источником права не может быть разрешен без сравнительно-правового исследования, без

современности: пер. с фр. / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози - М., 1999. С.183

¹ Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права / Жуйков В.М. // Судебная практика как источник права. М., 1997. С.16

² Венгерова А.Б. Теория государства и права: учебник / А.Б. Венгерова - М., 2008. С.407

сопоставления того, как меняется положение прецедента в современных правовых системах.

Следует отметить, что движение к правовому государству в России предопределило принятие новой Конституции, на базе которой фактически сформировано качественно иное российское право, охватывающее значительно более широкий круг источников права. В системе источников права кардинально повысилась роль закона, произошло относительное снижение удельного веса подзаконных актов.

Между тем правовая реальность постоянно дает материал для размышлений о том, что роль и значение судебного прецедента существенно изменились, а динамика развития правовой реформы каждый год приносит все новые подтверждения такому выводу. Наряду с основным источником российского права - нормативно-правовым актом, правовые нормы «черпаются» правоприменителем и из иных источников, которые в доктрине получили наименование «дополнительные», «нетрадиционные» или «санкционированные» источники. К таким источникам современная российская школа права относит корпоративные акты, обычаи, доктрины и прецеденты.

Вместе с тем в настоящее время ряд отечественных юристов утверждает, что судебное правотворчество фактически стало самостоятельным источником права¹. В подтверждение этого факта приводится ряд доказательств: 1) расширение сферы применения судебной практики России; 2) в значительной мере, как следствие первого, заметное изменение отношения к прецеденту среди отечественных ученых и практиков в сторону признания его в качестве одного из источников российского права. Так, например, Н. А. Богданова утверждает, что «правовая природа» постановлений Конституционного суда РФ позволяет «рассматривать их как юридические источники науки...»² Кроме того, в научных статьях стали появляться такие выражения-метафоры, как «судейское правотворчество», «судейский законодатель», «суд творит право», «судебное право», и часто ставится вопрос о придании нормативного характера правоприменительной деятельности судей³.

¹ Смирнов Л.В. Деятельность судов РФ как источник права / Смирнов Л.В. // Журнал российского права. - 2001.- №3; Дроздов Г.В. Судебная практика как источник права / Г.В. Дроздов - М., 1997; Марченко М.Н. Является ли судебная практика источником российского права? / Марченко М.Н. // Журнал российского права.- 2000.- №12. С.20

² Богданова Н. А. Конституционный Суд РФ в системе конституционного права / Богданова Н.А. // Вестник Конституционного Суда РФ.- 1997.- № 3. С.63

³ Ожегов С.В., Шведова Л.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992.

Следует отметить, что некоторые российские авторы рассматривают «судебный прецедент» и «судебную практику» как тождественные понятия. Однако, эти два понятия, как представляется необходимо различать, поскольку они имеют разные смысловые оттенки и потому не могут быть идентичными. Когда речь идет о судебном прецеденте, то имеется в виду создание новой нормы. Судебная же практика изучает, обобщает и дает разъяснения по вопросам применения законодательства. При соотношении этих понятий в ракурсе источника права, судебная практика шире по объему, чем судебный прецедент. Судебный прецедент, как источник права, подразумевает не процесс судебной деятельности, а его результат, а именно судебное решение. Судебная практика, как источник права, указывает на сформированные судами общие «правовые положения» в виде правил, принципов, указаний и определений, которые обладают определенной степенью общепризнанности и обязательности¹. Кроме того, судебная практика включает в себя несколько смысловых значений: 1) правоприменительную деятельность судов; 2) правотворческую деятельность судов, связанную с выработкой в процессе рассмотрения конкретных дел общеобязательных правил поведения; 3) сами выработанные в процессе судебной деятельности общеобязательные решения и материалы дел, то есть судебные документы. Еще одно отличие заключается в том, что судебная практика – это деятельность всех судов, а судебный прецедент – деятельность только высших судов. Таким образом, с позиции терминологии судебный прецедент и судебная практика понятия разные, нетождественные.

Если в «классическом» понимании, указанном в начале, под судебным прецедентом признают решение суда по конкретному (индивидуальному) юридическому делу, создающее новую норму права и обязательное для судов при рассмотрении аналогичных дел², то судебный прецедент относительно Российской правовой системы необходимо рассматривать в совокупности с его основными признаками: индивидуальностью, нормативностью и обязательностью. К числу судебных актов, содержащих нормативные предписания, относят следующие: 1) правовые позиции и некоторые

С.13; Смирнов Л.В. Деятельность судов РФ как источник права / Смирнов Л.В. // Журнал российского права. - 2001.- №3

¹ Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права: учебник / М.Н. Марченко - М., 2001. С.501

² Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И.Ю. Богдановская - М.,1993. С.22-23

решения Конституционного Суда РФ; 2) нормативное толкование Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного суда РФ; 3) решения судов общей юрисдикции, отменяющие нормативные акты субъектов Федерации в случае их противоречия федеральному законодательству; 4) решения судов по аналогии закона и права, а также на основе норм права, содержащих некоторые оценочные понятия; 5) решения Европейского суда по правам человека¹. Однако наличие такого существенного признака как нормативность, для признания предписания правовым недостаточно. Необходимо официальное признание его общеобязательности. Решения судов по конкретным делам, разумеется, обязательны для всех участников дела (субъектов права). Но судебными прецедентами признаются лишь те решения, которые основаны на авторитете высших судов, где следование нижестоящих судов мнению вышестоящих является обязательным и в силу этого судьи нижестоящих инстанций должны учитывать мнение судей вышестоящей инстанции. Данный признак присущ постановлениям пленумов Верховного и Высшего Арбитражного Суда, поскольку за этими судебными инстанциями Конституцией РФ (ст. ст. 126–127) закреплено право давать разъяснения по вопросам судебной практики. Более того, решение судей, игнорирующих сформулированное пленумом правило, может быть отменено вышестоящим судом, и в итоге дело должно рассматриваться в соответствии с указанием высшей судебной инстанции.

Если судебный прецедент, исходя из определения, данного выше, связан с появлением новой нормы, то, значит, он должен иметь определенную структуру. Однако и на этот счет в среде ученых-цивилистов нет единого мнения. Судебный прецедент имеет следующую структуру:

1) сути правовой позиции судьи, высказанной в связи с рассмотрением конкретного дела и вошедшей в основу решения суда по данному делу. Эта часть решения в английском праве называется *ratio decidendi*. Практика вынесения определений о распространении правовых позиций Конституционного Суда РФ на аналогичные ситуации, повторяемые в других законах и иных нормативно-правовых актах, показывает, что она в последнее время превратилась «в одну из форм исполнения постановлений Конституционного Суда, основанных на прецеденте»². Под правовой позицией принято

¹ Смирнов Л.В. Деятельность судов РФ как источник права / Смирнов Л.В. // Журнал российского права. - 2001. - №3. С. 31

² Митюков М. А. Акты Конституционного Суда РФ и конституционных

понимать обобщенное представление суда по конкретным конституционно-правовым проблемам. Правовая позиция – ориентир в правовых проблемах, формируемый Конституционным Судом;

2) мнений, доводов судей, которые обосновывают необходимость и убедительность принятия решения или его не принятие, не вошедших в основу решения суда. Эти доводы не являются обязательными для судебного решения и обычно именуется как «попутно сказанное» – *obiter dictum*. Рассматривая дело, судья по существу суммирует обстоятельства дела, аргументы и обсуждения соответствующих вопросов права. Однако не все сказанное судьей в его выводах по делу, образует судебный прецедент. Только его правовая аргументация. Все остальное будет «играть роль лишь руководства, но не нормы права»¹. Слова, выражения судей, их особое мнение, не примененные к рассматриваемому делу, обычно называют внесудебными заявлениями, которые не имеют, как правило, никакой обязательной силы. Так, ст. 76 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» указывает, что судья не согласный с решением КС РФ, вправе письменно изложить свое особое мнение. Впоследствии оно прилагается к материалам дела. Особое мнение судьи – добровольное, письменное несогласие судьи (в форме заявления), высказанное по ходу решения, но не вошедшее в основу решения, а потому не имеющее никакой обязательной силы.

Таким образом, мы видим, что правовая природа судебного прецедента весьма неоднозначна. Первостепенное значение имеет то, к какой правовой системе относится то или иное государство – в зависимости от этого можно определить, какое место занимает судебный прецедент в иерархии источников права. Трудности определения места судебного прецедента в системе источников российского гражданского права, на мой взгляд, вызывается тем, что современная российская правовая система еще не до конца сформирована, хотя имеет отличительные черты континентальной правовой семьи с присущим ей главенством нормативного акта и второстепенным положением акта судебного.

Совершенствование общегражданского законодательства привело к признанию в теории гражданского права, гражданского процесса и арбитражного процесса самостоятельной роли судебной практики в системе юридических фактов. Как и договоры, судебные

(уставных) судов субъектов Федерации: общая характеристика и статистический анализ / Митюков М.А. // Журнал российского права. - 2001. - № 6. С.56

¹ Марченко М.Н. Является ли судебная практика источником российского права? / Марченко М.Н. // Журнал российского права. - 2000. - №12. С. 56,173

решения входят в понятие оснований возникновения гражданских прав и обязанностей (подп. 3 п. 1 ст. 8 ГК).

Таким образом, феномен актов высших судебных инстанций в России объясняется двойственной ролью данных актов с точки зрения толкования и применения норм гражданского законодательства, а также их важной ролью при формировании научной доктрины. С одной стороны, акты высших судов выполняют свою основную функцию - осуществляют толкование норм гражданского законодательства в процессе их применения. С другой стороны, попытки правоприменителей в ряде случаев придать правовой норме смысл, не обусловленный ни экономической, ни правовой природой отношений, а в некоторых ситуациях - изменить смысл норм дают основания говорить о деформации роли актов высших судебных инстанций в современном процессе правоприменения.

Однако представляется, что однозначное решение вопроса о роли актов высших судов в национальной правовой системе на сегодняшний день весьма затруднено не только в силу отсутствия объективных (исторических, экономических, правовых) условий для формирования судебной практики как источника гражданского права, но и в силу разного понимания природы судебной практики в целом и ее роли в деятельности правоприменителя. В этой связи думается, что спор о возможности отнесения актов высших судов к источникам гражданского права - это извечный спор «физиков» и «лириков». Для теоретиков возможность признания актов судебной практики - это нарушение сложившейся столетиями системы отечественной юриспруденции. Для практиков, основная цель которых - адекватное применение нормы права согласно объективно сложившимся правоотношениям, судебная практика - это единственный механизм решения проблемы пробелов в праве и способ более гибкого подхода к вопросу о наиболее целесообразном пути защиты нарушенного права.

Среди довольно многочисленных и разнообразных аргументов, приводимых в защиту тезиса о непризнании правового прецедента в качестве источника современного российского права, наиболее широкое распространение получили следующие.

Во-первых, утверждение о том, что признание судебного прецедента в качестве источника частного права противоречит конституционно признанному и закреплённому принципу разделения властей. Это одно из важнейших конституционных положений современной России и с ним, естественно, нельзя не считаться.

Соответственно нельзя не учитывать и важности аргументов, построенных на основе данного положения.

Во-вторых, тезис о том, что признание правового прецедента в качестве источника российского частного права не согласуется с характерными особенностями романо-германской правовой системы, которой традиционно причисляют Россию, и которая, по мнению некоторых отечественных ученых, не рассматривает судебный прецедент в качестве источника права. Однако считается общеизвестным, что прецедент, не будучи признанным в качестве источника романо-германского права де-юре, выступает в качестве такого де-факто. Это подтверждается повседневной практикой использования данного источника права судами большинства относящихся к романо-германской правовой семье стран. Исходя из этого, трудно согласиться с утверждением, что признание прецедента источником российского права противоречило бы соответствующим устоям и традициям романо-германского права.

В-третьих, мнение о том, что признание правового прецедента противоречило бы, с одной стороны, действующей Конституции России и существующему законодательству, а с другой - выступило бы в конфликт с правотворческой деятельностью Федерального Собрания.

Авторы, придерживающиеся мнения о несовместимости судебного правотворчества с парламентским, исходят из двух взаимосвязанных положений: а) из отсутствия какой бы то ни было правовой основы для судебного правотворчества и, соответственно, для признания судебного прецедента в качестве источника права, и б) из заведомого противопоставления правотворческой деятельности суда и создаваемого им прецедента, с одной стороны, правотворческой деятельности парламента и закона, с другой.

Однако такого рода суждения не имеют под собой реальной основы. Дело в том, что правотворческая деятельность судов в сфере частного права весьма существенно отличается от аналогичной деятельности российского парламента и уже в силу этого она не может ни подменять ее собой, ни тем более дублировать.

В отличие от парламентского правотворчества особенность судебного

правотворчества предопределяется тем, что: 1) «судебное правотворчество всегда есть побочный продукт акта правосудия»¹; 2) оно «не самостоятельно» в том смысле, что «привязано к основной функции судебной власти - осуществлению правосудия»²; 3) оно

¹ Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак - М., 1999. С.121

² Там же.

осуществляется в рамках закона и на основе закона, исходящего от высшей законодательной власти страны; 4) правотворчество суда в значительной мере связано с толкованием (конкретизацией) права и восполнение пробелов в праве; 5) судебные правоположения вырабатываются судьями, как справедливо отличается в литературе, только на основе «имеющихся норм и правовых принципов, а не своей субъективной воли»¹, учитывая недостатки нормативных актов, принимаемых уполномоченными государственными органами.

Наряду с названными существует еще целый ряд особенностей судейского правотворчества, принципиально отличающих его от парламентского правотворчества и свидетельствующих о том, что судейское правотворчество не только не противоречит, и тем более не подменяет парламентское, а, наоборот, дополняет его и обогащает, не нарушая принцип диспозитивности.

Таким образом, признание де-юре за высшими судебными органами нормотворческой функции позволило бы вкуче с нормотворческой деятельностью законодательной и исполнительной власти со временем устранить большинство пробелов в отечественном частном праве и повысить уровень регулирования частноправовых отношений, без которых невозможно движение по пути к построению демократического правового государства.

¹ Ершов Е. С. Восполнение Судом пробелов в трудовом законодательстве / Ершов Е.С. // Российская юстиция. - 1993. - №24. С. 19

*Рыбакова Светлана Викторовна,
доктор юридических наук, профессор
Института права ФГБОУ ВПО
«Тамбовский государственный
университет имени Г.Р.
Державина», Россия, г. Тамбов*

ГЛАВА 3. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНОГО ПРАВА (НА ПРИМЕРЕ ФИНАНСОВОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА)

Проблема деления права на частное и публичное имеет столь же длительную историю своего существования и интерпретации, сколь длительно развивалась наука о праве в целом. Исследователи в качестве одного из критериев деления права на частное и публичное называют публичный интерес, публичные потребности, реализация которых представляется не только главной целью публичного права, но и включается в совокупный предмет отраслей публичного права. Однако, как известно, и отрасли частного права в определенных случаях регулируют отношения, складывающиеся в связи с защитой интересов широкого круга лиц, что позволяет выделять в совокупном предмете частного права отношения, связанные с реализацией имущественного или личного неимущественного публичного интереса.

В условиях современного Российского государства идея признания, охраны и защиты публичного интереса проявляет себя в качестве неотъемлемого атрибута политических, экономических, социальных, нравственных и иных общественных отношений. По справедливому замечанию А. Рождественского, только в понятии «публичный интерес» можно найти основания для выражения «публичное право»¹. Именно публичный характер общественных экономических отношений, связанных со сферой финансов, денег и кредита, во многом предопределяет их финансово-правовую сущность.

Соотношение интересов частного и публичного характера в сфере финансово-правового регулирования достаточно четко прослеживается в правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации. Так, можно привести в пример позицию, изложенную в 2001 г. в связи с институтом банковского вклада, в

¹ См.: Рождественский А. Теория субъективных публичных прав. Критико-систематическое исследование. М., 1913. С. 228.