

УДК 340.142

UDC 340.142

**КЛАССИЧЕСКОЕ ПОНИМАНИЕ
СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА И ОТНОШЕНИЕ
К ПРЕЦЕДЕНТНОМУ ПРАВУ В
РОССИЙСКОМ ГОСУДАРСТВЕ**

**CLASSICAL UNDERSTANDING OF
JUDICIAL PRECEDENT AND RELATION TO
PRECEDENT LAW IN RUSSIAN STATE**

Рассказов Леонид Павлович
д.ю.н., профессор

Rasskazov Leonid Pavlovich
Dr.Sci.Law, professor

Рассказов Олег Леонидович
д.ю.н., доцент

Rasskazov Oleg Leonidovich
Dr.Sci.Law, associate professor

Мантул Григорий Анатольевич
к.ю.н.
*Кубанский государственный аграрный
университет, Краснодар, Россия*

Mantul Grigory Anatolyevich
Cand.Law Sci.
*Kuban State Agrarian University,
Krasnodar, Russia*

В статье раскрываются признаки судебного прецедента, и дается его определение в классическом виде. Показывается отношение к прецедентному праву в Российском государстве на различных этапах его исторического развития: в дореволюционной России, в Советском государстве и постсоветской России

Features of judicial precedent are revealed in the article and its determination in classical view is given as well. The relation to the precedent law in Russian state on different stages of its historical development: in prerevolutionary Russia, in Soviet state and post-Soviet Russia has been shown

Ключевые слова: ПРЕЦЕДЕНТ, ИСТОЧНИК ПРАВА, ОБЩЕЕ ПРАВО, ПРАВО СПРАВЕДЛИВОСТИ, НОРМА ПРАВА, ПРИНЦИП ПРАВА, ПРЕЦЕДЕНТНОЕ ПРАВО, СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Keywords: PRECEDENT, SOURCE OF LAW, COMMON LAW, LAW OF EQUITY, RULE OF LAW, PRINCIPLE OF LAW, PRECEDENT LAW, COURT PRACTICE

Одним из важнейших источников права является судебный прецедент. Судебный прецедент – это решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той или же низшей инстанции при решении аналогичных дел. Прецедент как источник права известен еще с древнейших времен. В условиях Древнего Рима в качестве прецедентов выступали эдикты преторов (решения или предписания по конкретным вопросам). Первоначально они имели обязательную силу при рассмотрении аналогичных дел лишь для самих преторов, их принявших, и в течение срока (как правило, один год) пребывания их у власти.

Однако многие положения эдиктов одних преторов повторялись в других эдиктах вновь избранных преторов и приобретали, таким образом, устойчивый характер. Решения и правила, сформулированные преторами в

разное время, постепенно сложились в систему общеобязательных норм под названием преторского права.

Следует отметить, что в классическом понимании судебный прецедент появился и получил развитие в Англии. Еще в XIII веке в этой стране были образованы и действовали так называемые разъездные королевские суды. В своей деятельности они руководствовались в основном обычаями, а также практикой местных судов. В результате судьи вырабатывали общие нормы, принципы и подходы в рассмотрении споров из разных сфер общественной жизни. Таким образом, складывалось так называемое **общее право** (*common law*), которое первоначально было неписаным. Следует отметить то обстоятельство, что английское феодальное право практически не подверглось влиянию римского права.

В дальнейшем решения королевских судов стали использоваться в качестве руководства в принятии решений другими судами по аналогичным делам. Таким образом, судебная практика стала одним из основных источников права.

В XIV в. в Англии наряду с «общим правом» начинает функционировать и так называемое право справедливости. Оно возникло как апелляционный институт. Недовольные решением своих дел в судах общего права обращались «за милостью и справедливостью» к королю. Король делегировал свои полномочия лорд-канцлеру, который считался «проводником королевской совести». Он при решении дел применял нормы общего права, римского права или канонического права, руководствуясь «соображениями справедливости». В дальнейшем данный суд также стал использовать свои же судебные прецеденты. В конечном итоге «общее право» и «право справедливости» слились друг с другом, и в результате образовалось общее прецедентное право.

В связи с этим *прецедентное право традиционно определяется как право, состоящее из норм и принципов, созданных и принимаемых*

английскими судьями в процессе выполнения ими судебных решений. В настоящее время данный тип правовых систем существует в Великобритании, США, Канаде, Австралии, Новой Зеландии, Северной Ирландии и ряде других стран. Примерно одна треть населения живет в правовых рамках, определенных именно англосаксонской правовой системой.

В рамках данной правовой системы прецеденты могут заимствоваться одними странами у других. Так, 50% прецедентного права Новой Зеландии заимствуются из Соединенного Королевства, 10% - из Австралии, некоторая часть – из Канады. В Австралии 1/3 прецедентов основывается на «убедительности» английских прецедентов, около 1% - новозеландских. Сама Великобритания заимствует прецеденты из Австралии, Канады, Новой Зеландии (в общей сумме около 1%).

В Ирландии в силу сложившихся исторических особенностей взаимоотношения Великобритании и Ирландии установилось крайне негативное отношение к английским судебным прецедентам. В то же время заметно тяготение ирландских судей к американской практике. В судах часто цитируются дела верховного суда США, реже – Высокого суда Австралии.

Таким образом, в классическом понимании судебный прецедент появился и получил развитие в Англии, а затем и в других странах англосаксонской правовой семьи. Поэтому рассмотрим основные признаки и понятие судебного прецедента как источника права, существующего в классическом понимании в Великобритании.

Одним из важнейших признаков судебного прецедента является его **обязательность (императивность)**. В 1854 г. специальным парламентским статутом была ***официально признана обязательность судебных прецедентов***. При этом были установлены следующие принципы прецедентного права:

- нижестоящий суд обязан следовать выводам высшего суда;
- высшие суды не зависят от решений низших судов;
- суд первой инстанции не связан решением другого суда этого же уровня;
- последующие решения палаты лордов (как высшей судебной инстанции) не должны противоречить своим же предыдущим решениям.

Таким образом, прецеденты устанавливаются **только высшими судебными инстанциями**, а не всеми судами. При этом из всей судебной практики прецедентами могут быть только те решения соответствующих судов, которые вынесены **большинством голосов членов суда**. В случае, если мнения судей разделяются, то каждый судья излагает свое мнение, однако такое мнение не имеет правовой силы прецедента. Но практикующие юристы изучают и подобные позиции, так как иногда такие мнения становятся мнением большинства спустя некоторое время.

Итак, суды соответствующей инстанции принимают решения, которые обладают следующими признаками:

- общеобязательность - ему должны следовать суды той же или низшей инстанции;
- имеют общий характер, так как распространяются на все аналогичные случаи;
- формально определены, так как закреплены в соответствующем документе.

К этому добавим, что данное решение принято компетентным государственным органом и за его неисполнение стоит возможность государственного принуждения.

Следует отметить, что данные признаки совпадают с признаками нормы права. Исходя из этого можно сделать вывод, что судебное решение обладает признаком нормативности, а значит в нем содержится

соответствующая норма права (прецедентная норма). Где же она находится?

Для ответа на этот вопрос рассмотрим структуру судебного прецедента. Он состоит из трех элементов: 1) Установление существенных фактов дела, прямых и производных. Производное установление фактов является выводом судьи (или присяжных, если они участвуют в деле), который строится на основании прямых фактов. Этот элемент получил название – постановляющая часть. 2) Следующим элементом судебного прецедента является **определяющая часть**. Здесь излагаются правовые принципы, применимые к правовым вопросам, возникающим из конкретных обстоятельств. 3) Заключительный элемент судебного прецедента – собственно решение. То есть вывод, основанный на соединении двух первых действий.

С точки зрения доктрины прецедента наиболее существенным элементом в решении является определяющая часть (**сущность решения**). Сущность решения (*ratio decidendi*) можно определить как применяемое к правовым вопросам, возникающим в связи с установленными судом фактами, правовоположение, на котором основано решение. Это правовоположение (принципы, основа) является, по - сути, **общей нормой права (прецедентной нормой)**, на основании которой и принимается судебное решение.

Выявление из общей формулы судебного прецедента основания решения – важная стадия формулирования прецедентной нормы. Основание решения (прецедентная норма) может применяться в качестве прецедента, когда судьи договорились об этом, и факты, изложенные в деле, совпадают с фактами дела, в решении по которому было установлено основание решения.

Таким образом, судьи в некотором смысле творят право, но это правотворчество ограничено определенными и тщательно

проведенными границами. Об этом говорится в так называемой, деклараторной теории права. Ее автором справедливо считается авторитетный английский юрист Блекстон (*Blackstone*). Он первым обобщил многовековую практику общего права и сформулировал ее основные идеи. Суть идеи состоит в том, что судьи не творят право, а лишь декларируют или «открывают» его, что нормы права существуют объективно и независимы от судей.

В деклараторной теории Блэкстона нашли отражение передовые для того времени взгляды на природу права как на разновидность законов, данных человеку свыше. В этом смысле, по Блэкстону, законы права есть не что иное, как законы природы. Как и законы природы, правовые законы не могут изменяться, отменяться или вводиться по желанию людей или общества. Судьи – это «оракулы» права. Их решения – наиболее авторитетные свидетельства права, понимаемого как обычай, который составляет часть общего права. Судьи используют делегированную им государством власть не для того, чтобы творить новое право, а для того, чтобы утверждать естественное право, которое неизменно.

К этому добавим, что при принятии решений судебные органы утверждают не только естественные права человека, но и отражают такие реалии, как обычаи и традиции народа, житейский опыт судей, их политические воззрения и внутренние убеждения о понятии добра и справедливости, долга и ответственности.

Итак, к признакам судебного прецедента в классическом виде относятся:

- **обязательность;**

- прецеденты устанавливаются **только высшими судебными инстанциями**, а не всеми судами. При этом из всей судебной практики прецедентами могут быть только те решения соответствующих судов, которые вынесены **большинством голосов членов суда;**

- прецедентами могут быть только те судебные решения, которые включают в себя сущность решения (положения или принципа, или основы, на которой принимается решение) – той части решения, которая излагает прецедентную норму и носит обязательный характер;
- сущность решения (прецедентная норма) должна основываться на естественных правах человека и отражать нормы морали и такие реалии, как обычаи и традиции народа.

На основании данных признаков дадим определение классического судебного прецедента. *Судебный прецедент – это судебное решение высших судов, принимаемое большинством голосов его членов на основании прецедентной нормы по конкретному делу, обладающее императивным характером и применяемое в качестве источника права при рассмотрении аналогичных дел.*

Как мы отмечали выше, прецедентное право традиционно определяется как право, состоящее из норм и принципов, созданных и принимаемых английскими судьями в процессе выполнения ими судебных решений. Рассмотрим, каково было отношение к прецедентному праву в Российском государстве на различных этапах его исторического развития.

А) в дореволюционной России

В дореволюционной России отношение к прецеденту было неоднозначным. Одними теоретиками и практиками он признавался в качестве источника права, хотя и с оговорками о том, что это некая дополнительная, вспомогательная по отношению к закону форма права. Другими же авторами он полностью отрицается как самостоятельный источник права. При этом еще в дореволюционном Уставе торгового судопроизводства (статьи 148, 327) предусматривалось, что «коммерческим судам дозволялось, за недостаточностью законов, обосновывать свои решения на «примерах» решений, в том же суде состоявшихся» [1].

Б) в Советском государстве

В Советском государстве в силу разных причин прецедентная форма права не признавалась. Официальная доктрина стояла на позиции, в соответствии с которой при режиме социалистической законности судебные и административные органы *должны применять право, а не творить его*.

В основу официальной концепции советского права был заложен тезис, согласно которому социалистическое право вообще, а советское в частности, не могло рассматривать судебный прецедент 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; в) с подрывом или же, по меньшей мере, с ослаблением правотворческой деятельности законодательных органов.

Социалистические государства, отмечалось в связи с этим в отечественной правовой литературе советского периода, «не знают такого источника права, как судебный прецедент, который ведет к отступлениям от начал законности и подрывает роль представительных органов государства в законодательной деятельности». Социалистические судебные органы, делался вывод, «осуществляют правосудие как одну из форм применения закона, не связанную с правотворческими полномочиями суда при разрешении конкретных дел» [2].

Такая позиция связана не столько с личными убеждениями юристов (теоретиков и практиков), сколько с существовавшей тогда в качестве господствующей идеологии коммунизма, которая относилась негативно не только к правовым системам буржуазных стран, но и к существовавшей в них власти, от которой это право исходило.

Однако это была все же теория и официальная доктрина. В действительности же, на практике, как утверждают некоторые исследователи, «все обстояло проще». А именно – «судебный прецедент и судебное правотворчество существовали, прикрывая свое бытие различными легальными формами» [3].

Фактически судебная практика, выраженная в разъяснениях Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР, замечал по этому поводу заместитель Председателя Верховного Суда РФ В.М. Жуйков, всегда «признавалась источником права, поскольку в судебных решениях допускались ссылки на нее как на правовую основу решения дела». Не будучи признанной официально, она тем не менее «фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона или аналогии права» [4].

Так, в 80-х годах значительное распространение получили действия, связанные с куплей-продажей подержанных автомобилей. Государство в то время установило лишь единственную форму такой купли-продажи – через комиссионные магазины, что для продавца было крайне невыгодно в силу явно заниженных комиссионных оценок таких автомашин. Но раз был спрос, то находились и предложения (покупная цена намного превышала комиссионную). Комиссионный магазин стал использоваться лишь как прикрытие фактической купли-продажи, т.е. по цене, удовлетворявшей и продавца и покупателя. Сделка оформлялась через комиссионный магазин, но покупатель сверх комиссионной цены должен был по соглашению с продавцом доплачивать ему определенную сумму. Такое реальное положение вещей подобных сделок привлекало к ним различного рода мошенников и продавца часто обманывали.

Официальные власти, в том числе и судебные, на это обычно не реагировали. Интересы продавца в таких случаях не защищались. Такая

позиция была на руку лишь преступным элементам, и Пленум Верховного Суда СССР справедливо занял по этому вопросу иную позицию. В своем постановлении «О квалификации некоторых видов преступных посягательств на личное имущество граждан» от 30 ноября 1989 года он указал, что «в случае, когда сделка купли-продажи заключалась под условием выплаты продавцу дополнительной суммы, но покупатель заведомо не намереваясь выполнять обещание, обманул продавца, имитируя различными способами выплату дополнительной суммы, содеянное следует рассматривать как мошенничество». (Бюллетень Верховного Суда СССР. 1990. №1. С. 25.). Таким образом, Пленум Верховного Суда СССР, по- сути, создал новую норму, которую использовали суды общей юрисдикции.

В) в постсоветской России

В постсоветской России позиция ученых в отношении к судебному прецеденту как к одному из источников права вообще и российского права в частности стала меняться. Во многом это обусловлено реальной действительностью (смена формы государства, изменения, проходящие в экономической, социальной, идеологической и др. сферах общественной жизни).

Уже в 1991г. появляются научные статьи в поддержку судебного прецедента как источника права. Например, доцент Правовой академии Министерства юстиции СССР Л. Алексеева отмечает: «Для того, чтобы судебная власть не превышала своих полномочий и не подменяла в полном смысле этого слова законодателя, для нее практически может существовать один запрет: не создавать правовые нормы, противоречащие закону и правовым принципам. Чем более общим образом закон формулирует правовую норму или правовой принцип, тем больше проявляется судебное усмотрение при ее толковании и формулировании более конкретных правовых норм или, как принято говорить в нашей

теории права, конкретных правовых положений, на которые опирается суд при вынесении своих решений. И эти вырабатываемые судами конкретные правовые нормы есть не что иное как источники права» [5]. Алексеева Л. приходит к выводу, что абстрактность права может привести к неверному его толкованию, и как следствие – к неверному решению дела. Суд в любом случае должен разрешить спорную ситуацию, даже если не существует правовой нормы, подлежащей применению. Отказ в разрешении дела на этом основании будет незаконным, и поэтому судья вынужден прибегнуть к аналогии, основываясь на понимании справедливости и духе закона. В этом случае целесообразным является предоставление судьям возможности правотворчества, которое должно основываться на строгом соответствии принципам права и непротиворечии закону.

После этого появляется ряд статей в пользу судебного прецедента как источника права. Например, Наумов А. в своей статье «Судебный прецедент как источник уголовного права» справедливо замечает, что жизнь сложнее любой логики, в том числе и логики идеологии. Изгоняемый из уголовного права «в дверь» судебный прецедент упрямо «лез в окно» и зачастую небезуспешно [6]. Наумов отмечает, что первое наиболее легальное возвращение его в уголовно-правовую доктрину выразилось в теоретическом обсуждении вопроса о юридической природе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР. Еще в 40-50-е годы отдельные криминалисты (М.М. Исаев, М.Д. Шаргородский) высказались за признание таких руководящих разъяснений источником уголовного права. Правда, в дальнейшем такие взгляды на роль руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда были признаны ошибочными. Но так обстояло дело в официальной уголовно-правовой доктрине. В жизни же, т.е. в самой судебной практике, оно выглядело иначе.

Итак, в постсоветское время по иному стали относиться ко многим концепциям, в том числе и к концепции прецедентного права. В современных условиях можно смело говорить о судебной практике как источнике права, а значит и о необходимости законодательного признания за судебной властью определенных полномочий в сфере правотворчества.

Список литературы

1. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2. М., 1995. С. 89.
2. Социалистическое право М. 1973. С. 325.
3. Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. №12 С.20.
4. Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права //Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 16.
5. Алексеева Л. Судебный прецедент: произвол или источник права? // Советская юстиция. 1991. № 14. С. 2-3.
6. Наумов А. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. №1. С. 8.