**Прецедент в России**

Константин Сокерин aka Stan

**1. Введение**

Предметом данного исследования автор избрал феномен прецедента и его относимость к российской правовой системе и судебной системе начала двадцать первого века. Причиной выбора данной темы являются несколько наблюдений (представляющих личное мнение автора): решения выносимые судами России по аналогичным делам не должны противоречить друг другу. Это относится и к решениям судов разных субъектов федерации, и к решениям нижестоящих и вышестоящих судов, и к решениям одного и того же суда; на самом деле в России складывается несколько юрисдикций – суды различных регионов следуют собственным представлениям при разрешении вопросов, отнесенных к компетенции суда; в английской правовой системе создан инструмент, который будучи создан в иной правовой системе, на ином историческом этапе и с иными целями, тем не менее может быть заимствовано с целью обеспечения единства судебной практики в России наших дней. Причем институт прецедента в английской правовой системе разработан с той степенью логичности и точности, даже отточенности, которая единственно возможна как результат сплава высокой образованности, безжалостной логики и многовековой практики. В России таких компонентов нет. Так что, утверждая существование прецедента в России, автор равно утверждает о необходимости заимствования соответствующих теоретических конструкций из первоисточника. Целью данной работы является применимость концепции прецедента к российскому праву. Проще говоря, автор задается одним вопросом: применимо ли понятие прецедента в российском праве. Встреченные автором замечания относительно уникальности прецедента как правового феномена англосаксонской системы права, были восприняты автором с непониманием и недоверием. Здесь можно сделать несколько уточняющих замечаний. В Англии сложилась в силу исторических причин ситуация отсутствия позитивного регулирования определенных видов общественных отношений. Каковы бы ни были причины законодатель не взял на себя функцию регулирования, например, доверительной собственности. При соответствующем теоретическом обосновании функцию регулирования взяли на себя суды, в решениях которых вводились, накапливались и в дальнейшем применялись нормы права. Права не выраженного в законе (статуте, по английской терминологии), но права объективно существующего, выражаемого ad hoc судебными решениями. Очевидно, что если ныне в России и есть дефицит законов, то дефицита законотворческой деятельности точно нет. Казалось бы, говорить о прецеденте в России бессмысленно. Однако автор все же взялся за это неблагодарное дело. И вот почему. Во-первых, сама действительность, окружающая автора, свидетельствует о том, что прецедент в России существует и играет немаловажную роль в правовом регулировании. Огромно число публикаций в прессе, комментирующих те или иные принципиальные решения. Немалое напряжение охватывает все юридическое сообщество в периоды, непосредственно следующие за принятием новых законов – все ждут рассмотрения первых дел в суде, чтобы оценить практическое значение и смысл норм закона в свете последнего критерия истины – судебного решения. Во-вторых, рассматривая вопрос о совместимости прецедента и отечественной правовой системы, автор не усматривает коренных противоречий. Конечно, говорить о нормативности судебного решения не приходится. Невозможно, соответственно, и применение прецедента аналогичное применению нормы закона или подзаконного акта. Но остается вопрос о том, возможен (желателен, разумен, обязателен) ли некий «учет» судом прецедентов при разрешении дел? Могут ли два суда первой инстанции решать аналогичные дела по-разному? А первая инстанция и кассационная? Наконец, один и тот же суд может ли выносить разные решения по аналогичным делам? Автор полагает, что это неправильно. В-третьих, соответственно, «учет» прецедентов мог бы способствовать (и уже способствует) «выравниванию» судебной практики, уменьшению числа судебных ошибок и, что немаловажно, ускорению процедуры рассмотрения дел. Все это, не отрицая роли закона. В-четвертых, почему автор посвятил свою работу именно прецеденту, а не вопросам судебной практики, у автора сложилось стойкое ощущение, что понятие судебная практика – это российский институт, не совпадающий с прецедентным правом англо-саксонской системы. Анализ судебной практики ныне служит для подготовки Постановлений Пленумов. Прецедент отличается от практики тем, что каждое решение имеет потенциально значение для последующего правоприменения. Практика же скорее статистическое понятие. Прецеденты гораздо более подходят для субъективного анализа конкретного правоприменителя. Практика же отражает объективные тенденции. Для целей настоящей работы необходимо было рассмотреть прецедент, поскольку автор полагает разумным заимствование некоторых достижений юридической мысли у британских коллег. Во многом благодаря исторически случайному стечению обстоятельств при отсутствии необходимого законодательства на долю английских судей выпала задача самостоятельно разрабатывать и развивать основные и принципиальные положения правовой системы Англии.

Внося свой вклад в развитие современного права, английские судьи на свой страх и риск вынуждены были идти на то, чтобы признавать сделки или действия, которые не причиняют явного вреда другим лицам, юридически правомерными. При этом они прибегали к помощи таких приемов, как обращение к мнению "разумного человека" или оценка ситуации в терминах "последствий, которые можно было предвидеть на разумных основаниях". Нередко при этом судьи вынуждены были полагаться на собственные представления, мнения и оценки, например, о том, как должен был бы повести себя в данной ситуации любой социально ответственный член общества. Английская концепция прецедента является старейшей и наиболее полно разработанной. Теоретический анализ разумно начать с изложения этой концепции, чтобы было на что опереться в собственных рассуждениях. Поэтому ниже автор дает основные определения в концепции прецедента и основные связи между ними. Прецедент, по определению Рене Давида, - решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел, либо служащее примерным образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы. [1]

Альтернативность свойства решения в вышеприведенном определении (обязательность или примерность) позволяет переформулировать его в следующем виде: прецедент – решение по делу, которое будет принято во внимание при последующем рассмотрении аналогичного дела. Автор использует оборот «принято во внимание» для обозначения как обязательных, так и необязательных прецедентов. Прецедент отличается от просто вынесенного ранее решения тем, что прецедент имеет свойство образца при разрешении более поздних дел. Этому образцу можно следовать или отвергать его, но о его существовании правоприменитель должен знать. Причем свойство образца предполагает скорее следование, а не игнорирование. Это очень важное свойство прецедента в английской правовой теории обозначается понятием "stare decisis". Stare decisis – обозначение принципа, согласно которому «по умолчанию» прецеденту нужно следовать, если нет аргументов против такого поведения. Суть этого латинского словосочетания передается фразой "let the decision stay", что значит примерно «пусть решение остается». В самом деле, такой принцип имеет под собой элементарное логическое основание: если было вынесено правильное решение, то нет никаких причин по которым решение по аналогичному делу не оказалось бы аналогичным. Следование прецеденту, на самом деле, достаточно бесполезный принцип. Дело в том, что, используя формулировки отечественной науки, судебное решение состоит из описательной, мотивировочной и резолютивной частей. Если следовать решению по аналогичному делу, может оказаться, что такого дела до сих пор не было. И это достаточно правдоподобное утверждение. Стоило автору в интернет-конференции ЮрКлуба ввести в свои формулировки оборот «два дела, по которым установлена одинаковая совокупность обстоятельств, имеющих юридическое значение», как тут же один из участников конференции, адвокат, отметил, что «не существует «двух дел, по которым установлена одинаковая совокупность обстоятельств, имеющих юридическое значение». Тезис небесспорный, но верно отражающий многообразие судебных дел. Вся система прецедентов, с учетом вышеприведенного возражения, может оказаться практически равной системе всех судебных решений. Действительно, подыскать дело аналогичное по описательной части проблематично. Доказывать этот тезис в данной работе нет необходимости. Это всего лишь демонстрация достаточно тривиальной проблемы, уже разрешенной английскими коллегами. Как решена? При помощи выделения в прецеденте элементов "ratio decidendi" и "obiter dicta".

**2. Прецедент в Англии**

**2.1. История**

При создании единой национальной системы права Англии ведущая роль принадлежала не Парламенту, а королевским судьям и судам. Очевидно потому, что система королевского суда возникла здесь на целое столетие раньше, чем появился прообраз современного Парламента. Когда норманны ввели новый орган управления — Королевский совет (Curia Regis), на него возлагались проверка правильности уплаты налогов, а также судебные и законотворческие функции. Возможно, этот орган следует рассматривать как некий прообраз того, что впоследствии стало современным английским Парламентом и судебной системой. При Генрихе I (1100—1135) курия постепенно превращается в высшее казначейство страны, наделенное к тому же судебными функциями. Фактически это был первый главный королевский суд, введенный как противовес местным судам. Первоначально судьи королевского суда сопровождали короля в составе его свиты, когда он объезжал свои владения. На местах королевские чиновники по поручению короля разрешали жалобы и споры, с которыми к королю обращались местные жители. Поскольку в каждой местности действовали свои обычаи и обыкновения, судьи вынуждены были их учитывать и применять. Во многом этому способствовала распространенная к тому времени практика приглашения в суд присяжных заседателей. Присяжные заседатели были местными жителями. Они хорошо представляли местные обычаи и условия и помогали суду принять справедливое решение с учетом устоявшихся местных норм и правовых обыкновений. Вскоре дел стало так много и они стали настолько сложными, что было решено не тратить время на переезды. Впоследствии назначаемые королем судьи посылались с объездами по всей стране для организации правосудия, разрешения споров и осуществления того, что сегодня называется производством по уголовным делам. По возвращении из поездок судьи встречались, сравнивали записи судебных решений, обсуждали дела, которые приходилось решать. Надо заметить, что во времена норманнского правления записи судебных решений велись с исключительной скрупулезностью и методичностью. Все это помогало внедрению единой системы права на всей территории страны. Следует, однако, учитывать, что в Англии в раннефеодальный период помимо королевского суда существовало еще несколько видов судов. Так, житель средневековой Англии мог обратиться в местный суд общины, который использовал нормы общего права. Имелись суд барона (феодала) и королевский суд (суд короля). В городах и сельской местности действовали свои суды. Каждый суд руководствовался обычаями той местности, на которую распространялась его юрисдикция. В каждом городе и сельской местности имелись свои правовые обычаи. Но в целом правовые обычаи в городах были более прогрессивными, чем на селе. Они ориентировались на потребности зарождающегося товарного производства и на торговлю. Обычаи сельской местности, напротив, тяготели к старине, патриархальности и натуральному хозяйству. Например, средневековые городские суды признавали обязательный характер контрактов и не придавали решающего значения характеру юридической формы, в которой контракты заключались. Судьи городских судов старались не культивировать применение таких форм доказательства, как поединок, ордалии (испытание огнем, водой и т.д.) и других юридических процессуальных форм судебных доказательств, наиболее характерных для феодального права. Система общего права, поддерживаемая централизованной королевской властью, все больше тяготела к применению городского права как современного и более прогрессивного. Кроме светского суда житель средневековой Англии мог обратиться в церковный суд, который руководствовался положениями и требованиями канонического права. По существу, это была система параллельного права и правосудия. Однако роль канонического права постепенно ослаблялась. Если поначалу юрисдикция церковных судов распространялась не только на служителей церкви, но и на прихожан, в том числе по гражданским и уголовным делам, то позднее она была пересмотрена за счет изъятия из нее дел разных категорий. В церковных судах дела разрешались на основе канонического, а не обычного, или общего, права. Только к концу XIV в. общее право в Англии начинает вытеснять обычай, а нормы общего права постепенно получают приоритет в судебном обиходе. Этим процессам, конечно, во многом способствовали профессионализация юридической деятельности в стране и формирование особых профессиональных корпораций юристов. Именно с XIVв. в стране появляются корпорации профессиональных юристов-адвокатов. В корпорациях предъявляются высокие профессиональные требования ко всем вступающим в их ряды, вырабатываются нормы профессиональной этики. Деятельность корпораций юристов способствовала не только росту профессионального мастерства и распространению юридических знаний среди населения, но и преемственности в развитии правовой системы Англии и консолидации права в единую национальную систему его норм, требований и принципов. Как мы отметили, юрисдикция королевских судов распространялась на территорию всей страны, а судьи были членами королевского двора и традиционно селились в одном и том же квартале Лондона. Они имели возможность тесно общаться друг с другом и невольно сравнивать решения, принимаемые ими по сходным делам, но на основании разных местных правовых обычаев. Так появлялись общие позиции и взгляды. Возникнув как "судейское право", общее право, таким образом, вначале противопоставлялось местным правовым обычаям. Но общие взгляды, которые разделяли судьи, были по существу выражением их профессионального мнения. В конце XIV в. в связи с окончательным переходом к профессиональному принципу деятельности корпуса судей и к адвокатуре обычное право окончательно поглощается общим правом. "Каким-то путем, который не может быть точно определен, — пишет исследователь истории английского права Э. Дженкс, — королевские судьи, встречавшиеся между своими разъездами в Лондоне для рассмотрения дел в централизованных королевских судах и Вестминстере, пришли к соглашению о необходимости объединить различные местные обычаи в общем или едином праве, нормы которого могли бы одинаково применяться по всей стране" [2].

Надо отметить, что задолго до этого, еще в XIII в., английские судьи в отличие от судей, практиковавших римское право, обращались к предшествующим судебным решениям. Королевские судьи, вырабатывая свой подход, а тем самым нормативный массив общего права как единой национальной системы, стремились не противоречить своим же собственным решениям, принятым ими ранее. В помощь судьям с 1282 г. в Англии начинают ежегодно издаваться специальные сборники судебных решений. Они были призваны систематизировать прецеденты и тем самым облегчить анализ и обобщение судебной практики в стране. Опора на предшествующие судебные решения отличает судебную практику Англии от практики судов тех стран, которые претерпели рецепцию римского права. Рецепции римского права в Англии не произошло. Тем не менее, нормы римского права оказали весьма заметное влияние на развитие английского права в начальный период, были хорошо известны в Англии и даже применялись в судах. Кроме того, в университетах Оксфорда и Кембриджа были организованы кафедры по изучению римского права. Источники римского права признавались церковными и торговыми городскими судами Англии. Отдельные институты римского права были восприняты даже судебной практикой тех судов, на которые распространялась юрисдикция общего права. Например, это известные требования римского права о возмещении материального ущерба в двойном размере. Однако достаточно широкого признания, как в других странах Европы того периода, римское право в Англии не получило. И дело здесь не только в особенностях экономического и политического развития Англии эпохи Средневековья. Важно, что в Англии судебная практика изначально развивалась не на основе применения к конкретным фактам и обстоятельствам абстрактных законоположений, спущенных судам сверху, из центра, а по принципу подобия. Согласно этому принципу, дела, основанные на сходных фактах, должны разрешаться судами сходным образом. Все это привело к тому, что английские суды очень скоро перешли к практике отдельного разрешения вопросов, относящихся к установлению фактической стороны дела, и вопросов, относящихся к выяснению содержания и требований права. В силу этого на судей было возложено решение вопросов права, а на присяжных — выяснение вопросов реальных фактов дела, его конкретных обстоятельств. Закреплению принципа подобия как общей методологии организации и отправления правосудия в Англии во многом способствовало то, что практикующие юристы в этот период получали профессиональную подготовку в специальных школах, а не в университетах. Университеты того времени традиционно тяготели к латыни, изучению римского и канонического права и испытывали сильное влияние церкви и каноников. Профессиональные школы юристов, будущих судей и адвокатов, напротив, организовывали при адвокатских корпорациях и на средства корпораций. В их программах было мало общего с программами университетов, но основные юридические кадры выходили из юридических школ, а не из университетов. А это очень важно, так как в юридических школах основное внимание уделяли живой практике английских судов. В школах не изучали абстрактных норм и положений римского права, тех законов и норм, которые были во многом чужды потребностям феодального хозяйства Англии того времени, да и к тому же имели иностранное происхождение. Так, римское право тяготело к жестким, отточенным формулировкам. Его нормы предписывали судам принимать определенные решения, от которых нельзя было отойти даже в том случае, когда этого требовали местные нравы и обычаи, не говоря уже о требованиях справедливости. Логика римского права предписывала судье: если обнаружится то-то и то-то при отсутствии таких-то обстоятельств, то ответчик обязан уплатить должнику такую-то сумму денег. Как видим, нормы и принципы римского права по своему духу и источнику были ориентированы на такие суды, которые были лишены всякой правовой самостоятельности. Иными словами, нормы и принципы римского права были рассчитаны на что угодно, только не на английский суд, во всяком случае, на такой суд, каким его понимали уже тогда, да и понимают сейчас сами англичане. Если бы оказалось так, что английским судьям в силу исторического политического развития страны были навязаны дух и логика римского права, или если бы английские судьи приняли римское право по каким-то иным причинам, то, вероятнее, всего, судебная власть в Англии превратилась бы в некий придаток королевской власти или Парламента. По-видимому, такой исход дела был изначально чужд и настроениям, и представлениям, уже успевшим достаточно глубоко укорениться в общественном сознании английского народа. У английских судей просто не было другого выхода, как принять на себя часть власти. Ко времени становления общего права как системы норм, противостоящих правовым обычаям на местном уровне, прецедентное право уже устоялось и успело обрасти уходящими в глубокое прошлое традициями, оформилось как система, получило значительное развитие и закрепилось территориально. По существу, прецедентное право — это практика многочисленных английских судов переходного к феодальному государству периода. Оно и послужило добротной практической и нормативной основой для перехода к самой идее общего права. Считается, что общее право возникло как право, которое распространяется на всех жителей и все территориальные образования Англии и Уэльса. Исторически сложилось так, что в Англии и Уэльсе единое (общее) право было сформировано через деятельность судов. Поэтому во многом для Англии термины "общее право" и "прецедентное право" — это одно и то же. Иными словами, их можно употреблять как синонимы.

**2.2. Судебный прецедент: понятие**

Юридическая энциклопедия дает нам следующую информацию: «ПРЕЦЕДЕНТ (от лат. praecedens / praecedentis / - предшествующий; англ. precedent) – поведение в определенной ситуации, которое рассматривается как образец при аналогичных обстоятельствах. Судебный П. – решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел либо служащее примерным образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы.» [3]

В самом широком смысле, судебный прецедент — это такое решение суда по конкретному делу, которое подсказывает другим судьям, какое решение следует принять при разрешении аналогичных дел в будущем. Как уже отмечалось, те нормы права, которые своим происхождением обязаны судебным решениям, в английском праве относятся к прецедентному праву (case law). В этом смысле термин "прецедент" означает не что иное, как судебное решение. Поэтому в принципе решения судов рассматриваются как прецедентное право. Принцип прецедента действует по вертикали, определяя обязанность судей следовать решениям соответствующих вышестоящих судов. Решения вышестоящих судов обязательны для всех нижестоящих судов, но не связывают вышестоящие. Так, решения английской Палаты лордов (высший суд, стоящий во главе английских судов) обязательны для всех нижестоящих судов. Решения Апелляционного суда (кассационная судебная инстанция) обязательны для всех судов, кроме Палаты лордов. Решения Высокого суда обязательны для всех судов, кроме Палаты лордов и Апелляционного суда. Историческая роль прецедента в развитии системы современного права Англии достаточно велика. Напомним, что статутное право в стране развивается в уже готовой среде прецедентного права и прецедентной правовой культуры. Поэтому судьи, воспитанные в профессиональном отношении в традициях прецедентного права, воспринимают категории законодательства так, как они понимаются в прецедентном праве, если, конечно, в самом законе специально не оговаривается иное значение того или иного термина. В настоящее время обязанность предпринять необходимый поиск нужных статутов или прецедентов входит в функции адвокатов каждой стороны по делу. Результаты этого поиска должны быть представлены суду. Однако судьи могут ссылаться и на другие авторитетные источники права, в том числе на те, о которых не сообщили адвокаты, участвующие в деле. Особенно этим отличаются судьи Палаты лордов. В таких случаях суд в обязательном порядке испрашивает мнение адвокатов, представляющих стороны в процессе.

**2.3. Возникновение прецедента**

Современная теория прецедента развилась из старой идеи stare decisis («пусть остается прежнее решение»). Это был обычай следовать правовой аргументации, изложенной в предыдущих решениях. Тем не менее, в отличие от современной теории судьи не были обязаны следовать прежним решениям, они поступали так исключительно в целях поддержания единства и определенности права. Был найден и провозглашен «принцип принципа» права и все суды позже придерживались его. Он известен как деклараторная теория права. Идея этой теории заключается в том, что судьи не творят право, право уже существует, судьи только толкуют и «открывают» право. Т.е. судебное решение не «творит» право, а фиксирует его. Считается, что действие судебного прецедента не ограничено во времени и если он имеет отношение к рассматриваемым судом вопросам, то остается значимым как источник права, сколько бы времени ни прошло с момента его появления. Многие фундаментальные принципы общего права Англии основаны на действии очень старых прецедентов, например, таких, как личная свобода, свобода заключения контрактов, конкуренции и др. Однако все они претерпели значительную модернизацию в последующих судебных решениях, наивысшей формой которых являются решения Палаты лордов. Поэтому особой необходимости обязательно обращаться к исторически первым прецедентам сегодня нет.

**2.4. Современная теория прецедента**

Современная теория прецедента устанавливает, что низший суд обязан следовать правовым принципам ранее изложенным судьей вышестоящего суда, при рассмотрении того же типа дел. Существуют два условия эффективной работы такой системы:

**2.4.1. Наличие базы данных судебных решений**

База данных прецедентов должна удовлетворять следующим требованиям:

1) наличие оглавления, в котором прецеденты рассортированы по отраслям и институтам права, что делает возможным для юриста, участвующего в деле нахождение релевантных прецедентов,

2) прецеденты должны быть упорядочены в хронологическом порядке, поскольку к прецедентам применимо общее правило "lex posterior",

3) база должна содержать данные о суде, в практике которого был сформирован тот или иной прецедент, поскольку прецеденты вышестоящих и нижестоящих судов имеют различную силу,

4) база должна содержать текст судебного решения, поскольку при рассмотрении дела учитываются только вопросы права, мотивы решения и не учитываются прочие вопросы, такие как оценка доказательств и т.п. Мотивы решения обозначаются в английской правовой теории термином "ratio decidendi", остальная часть текста решения носит название "obiter dicta", т.е. «попутно сказанное». Стоит отметить, что разделение решения на указанные части является «плавающим», поскольку все вопросы, разрешаемые судом в ходе процесса решаются на основе норм права, оценка второстепенного факта (такого как допустимость доказательств, например) может приобрести характер прецедента и соответственно быть признана ratio decidendi. Таким образом, одно судебное решение может содержать несколько ratio decidendi. Легко видеть, что в таком случае индексирование базы теряет некоторую долю своей эффективности.

Всеми указанными свойствами обладает современная система опубликования прецедентов, действующая с 1865 года. В 1865 году был создан General Council of Law reporting (Общий совет опубликования права, т.е. судебных решений). Совет осуществляет публикацию отчетов о рассмотрении судебных дел Палаты Лордов, Апелляционного суда, Высокого суда, Суда короны, и некоторых других.

**2.4.2. Наличие иерархии судов**

Поскольку прецеденты имеют различную силу в зависимости от уровня суда, необходима четкая структурированность судебной системы по уровням. Четкой иерархии не существовало до «Актов о судоустройстве» 1873-75 гг. Существующая иерархия в доктрине прецедента строится следующим образом (сверху вниз): Европейский суд, Палата Лордов, Апелляционный суд, Высокий суд, Суд короны, прочие суды и трибуналы.

**2.5. Правила судебного прецедента**

Доктрина прецедента – это набор правил, которым судьи следуют при выявлении и применении правовых норм из конкретных дел. Обязанность придерживаться правил, уже содержащихся в судебных решениях (stare decisis), уважать судебные прецеденты вполне логична для права, созданного судебной практикой. В английской правовой системе судьи не располагают такой полнотой власти и абсолютной свободой усмотрения, чтобы принимать любые решения, какие только им заблагорассудится. Судебный прецедент предполагает существование определенной системы правил и требований, которым судьи должны следовать так же неукоснительно, как и закону. Эти правила, выработанные практикой и обобщенные поколениями судей, называются правилами судебного прецедента. Правило прецедента раскрывается следующими тремя достаточно простыми положениями: 1) решения, вынесенные палатой лордов, составляют обязательные прецеденты для всех судов; 2) решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех нижестоящих судов и (кроме уголовного права) для самого этого суда; 3) решения, принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и, не будучи строго обязательными, имеют весьма важное значение и обычно используются как руководство различными отделениями Высокого суда и Судом Короны. В наши дни наметилась некоторая тенденция, не умаляя значения указанных правил, увеличить число исключений, которые в них содержатся, или более четко определить случаи, к которым они применяются.

Следует подчеркнуть, что обязательные прецеденты создают только решения, исходящие от высоких судов, то есть Верховного суда и палаты лордов. Решения других судов и квазисудебных органов [4] могут служить примером, но не создают обязательного прецедента.

Правила судебного прецедента обращены к судьям. Поэтому и в теории, и на практике можно встретить несколько видов прецедентов, в которых эти правила выражаются. Вот как об этом говорит известный исследователь английского права Р. Кросс: "Если посмотреть на прецедент с позиции судьи, то можно заметить, что прецеденты бывают нескольких сортов. Так, в одном случае судья должен будет рассматривать предыдущее судебное решение как материально-правовое основание, на котором он должен принять решение по данному делу. В другом случае судья должен принять точно такое же решение, какое было принято по аналогичному делу в прошлом, если, конечно, он не сможет убедительно обосновать, что должно быть принято другое решение. Наконец, судья обязан принять точно такое же решение, как было принято по аналогичному делу в прошлом, даже в том случае, если у него найдутся веские доводы, что лучше этого не делать". [5]

Согласно правилам судебного прецедента, судья, рассматривая дело, обязан обращаться к тем делам, которые были рассмотрены судами ранее. Но для принятия решения одних лишь норм материального права часто оказывается недостаточно, и они дополняются особыми правилами, требованиями и принципами. Правила прецедента обнаруживают достаточную гибкость. Поэтому следование им на практике не превращается в непреодолимое препятствие на пути развития права вообще и приспособления его системы к изменяющимся социальным и экономическим условиям жизни людей и общества. А внутреннее противоречие прецедента преодолевается за счет балансирования между определенностью права и его изменчивостью.

**2.6. Виды прецедентов: обязательные (binding) и убедительные (persuasive)**

Прецедент, который является обязательным для суда, который рассматривает данное дело. Т.е. прецедент, исходящий от вышестоящего суда, либо прецедент данного суда, рассматривающего данное дело, если данный суд не относится к судам, которые не связаны собственными прецедентами. Прецеденты, которые не относятся к числу юридически обязательных, называются убедительными. Иными словами, это такие судебные решения, которые судьи не могут не принимать во внимание, но следовать которым не обязаны. Значение убедительных прецедентов проявляется в основном там, где суду приходится восполнять отсутствие законодательной регламентации. К числу убедительных прецедентов для английских судов относятся следующие судебные решения (или их составные части): 1) часть решения Палаты лордов, которая признается obiter dicta; 2) все решения нижестоящих судебных инстанций; 3) все решения судебного комитета Тайного совета; 4) все решения судов Шотландии; 5) все решения, принимаемые судами других государств, на которые распространяется юрисдикция общего права; 6) прецеденты и мнения, изложенные в классических юридических трудах (например, это могут быть учебники и монографии); 7) решения, вынесенные параллельными судебными инстанциями, если они не считаются юридически обязательными, или ratio decidendi; 8) все решения судов Европейского Союза.

**2.7. Ratio decidendi & Obiter dictum**

Любой прецедент содержит две части: ratio decidendi и obiter dictum. Каждое судебное решение должно содержать три компонента: постановляющую часть, определяющую часть и собственно решение. В постановляющей части решения излагаются установленные по делу факты и доказательства. В определяющей части решения содержатся правовые принципы, в соответствии с которыми надлежит решить правовую проблему, лежащую за конкретными фактами дела. Собственно решение суда по существу представляет собой те выводы, которые делает суд на основании применения положений права к фактам, обнаруженным в данном деле. Ratio decidendi — это та часть решения суда, в которой излагаются нормы права, на основе которых было разрешено данное дело, т.е. ratio decidendi обнаруживается в определяющей части. В этой части обнаруживаются принципы права, на основе которых суд принимает решение по данному делу. Это может быть норма права или же иная правовая основа, опираясь на которые судам надлежит принимать решения. Они затем будут обязательными для всех последующих решений судов, если им придется рассматривать аналогичные дела. Ratio decidendi фиксирует правовую основу, которая имеет силу закона и должна применяться не только при разрешении всех последующих дел, но и в отношении всех других лиц, а не только сторон по данному делу. Таким образом, ratio decidendi представляет норму прецедентного права. Остальная часть решения суда рассматривается как obiter dictum — замечания суда, сделанные им как бы "попутно", "между прочим" по вопросам, которые непосредственно не входят в предмет судебного решения. Это могут быть, например, рассуждения суда о том, как бы надлежало поступить, если бы факты дела были другими. В отличие от ratio decidendi эти высказывания не формулируют тот или иной принцип права и не обосновывают решение суда. Obiter dictum носит дополнительный и аргументирующий, но необязательный характер. Эта часть решения суда по делу призвана помочь судьям в будущем, но они не обязаны следовать содержащимся в ней высказываниям и мнениям.

**2.8. Применение прецедента**

Строго говоря, прецедент, как ранее вынесенное судебное решение не применяется. Суд, «применяющий» прецедент, применяет норму, принцип, изложенный в ранее вынесенном решении. Словесная оболочка нормы называется ratio decidendi, формой выражения является судебное решение, источником, не суд, а право, как таковое. Ссылка на судебное решение – не более чем указание на литературный источник. В соответствии с современным подходом считается, что ratio decidendi — это то, что определено как таковое судом, рассматривавшим новое дело с использованием предыдущего прецедента, а не то, чем обосновывал свое решение суд в первом прецеденте. Считается, что такой подход более объективный. Факты в первом и последующих делах вряд ли могут быть абсолютно идентичными. Поэтому судья в последующем деле должен решить задачу ограничительного или распространительного понимания как ratio decidendi, так и obiter dictum. Если судья приходит к выводу, что ratio не подходит к тем фактам, которые он видит в рассматриваемом им деле, он ограничивает его действие. Если он решает, что ratio применимо к фактам, которых не было в том прецеденте, в котором оно было сформулировано, судья "раздвигает" его рамки. К тому же такое понимание позволяет последующему суду отнести к obiter dictum то, что в первом прецеденте представлялось как ratio decidendi, но не выдержало проверки практикой.

**2.9. Пересмотр прецедента (Overruling) Поворот решения (Reversing a decision)**

Норма права, зафиксированная прецедентом, может быть пересмотрена (вновь определена) прямым указанием статута или решением вышестоящего суда. С технической стороны, однако, это не рассматривается как изменение действующего права, так как решения, принятые по делу ранее, все же остаются в силе. Прецедент пересматривается вышестоящим судом не в связи с данным, а в связи с другим, более поздним делом. Все выглядит скорее как изменение действующего права. В отличие от прямого пересмотра прецедента, при котором решение нижестоящего суда по существу дела все же остается без изменений, вышестоящий суд может изменить решение, принятое нижестоящим судом. Если вышестоящий суд отклоняет решение нижестоящего суда в порядке апелляционного пересмотра дела, то отклоненное решение утрачивает силу прецедента, а принятое решение апелляционной инстанции становится прецедентом по данному делу. Изменение решения нижестоящего суда, таким образом, может привести к тому, что прецедент, возникший в ранее рассмотренном судом первой инстанции деле, фактически отменяется. Отмену и пересмотр прецедента все же не следует отождествлять. Отмена прецедента вышестоящим судом по данному делу возможна лишь тогда, когда вышестоящий суд вынесет решение, что прецедент, состоявшийся ранее (но не по рассматриваемому им делу), был ошибочным решением суда. Изменение прецедента бывает лишь при пересмотре апелляционной инстанцией решения нижестоящей инстанции по данному делу.

**2.10. Игнорирование прецедента (Avoiding)**

Обязательный, по первому впечатлению, прецедент может быть проигнорирован при следующих условиях:

**2.10.1. Отклонение (Distinguishing)**

Очевидно, что дела различаются своими фактическими обстоятельствами. Правовое основание для решения (ratio decidendi, иными словами) основывается на определенном наборе обстоятельств дела. Если в ходе рассмотрения дела в суде выясняется, что в рассматриваемом деле имеются обстоятельства, отличающие его от ранее рассмотренного, то судья может отказаться от применения прецедента, основываясь на простом умозаключении: разные дела требуют разного правового обоснования. Таким образом возможно избежать применения прецедента, который иначе подлежал бы применению. Данный институт является благословением и проклятием case law (прецедентного права). С одной стороны, благодаря нему прецедентное право реагирует на изменения общественных отношений. С другой стороны, естественно, увеличивается объем базы прецедентов.

**2.10.2. Невнимательность (Per incuriam)**

В деле Young vs Bristol Aeroplane Co Ltd (1944) Апелляционный суд установил правило, согласно которому суд не обязан следовать собственному ранее вынесенному решению, если установлено, что это решение было вынесено с невнимательностью, т.е. в мотивировке была упущена норма или принцип, которые повлияли бы на вынесение решения, в случае их привлечения для решения дела. Хотя принцип был сформулирован Апелляционным судом применительно к его собственным решениям, позднее он стал общим для всех судов.

**3. Практика в России**

А вот пример признания прецедента, сделанного в ходе научно-практической конференции "Гражданское законодательство России на современном этапе: проблемы и пути развития", приуроченной к юбилею ее организатора– Исследовательского центра частного права при Президенте РФ, состоявшейся 14 и 15 февраля 2002г. в Высшем Арбитражном Суде РФ: «В контексте проблемы становления гармоничной системы гражданского законодательства на конференции была поднята и проблема прецедента, как источника российского гражданского права.

В своем докладе председатель Высшего Арбитражного Суда РФ В.Ф. Яковлев на вопрос о том, является ли в настоящее время прецедент источником права, ответил утвердительно. "На сегодняшний день можно смело заявить: прецедент, как устойчивое правоположение, созданное судами, работает", – отметил он. В.Ф. Яковлев подчеркнул особую роль, которую играла судебная практика в начале 90-х годов. При отсутствии необходимых для развития рыночных отношений правовых норм она вынуждена была вырабатывать новые правовые прецеденты, которые использовались в дальнейшем на протяжении длительного периода времени. С появлением первой части ГК задача судов значительно упростилась, и они создавали право путем его расширительного или ограничительного толкования, применяли его по аналогии. В настоящее же время, по словам председателя ВАС РФ, "судебная практика возведена фактически в ранг закона".

Аналогичную позицию относительно места судебного прецедента в системе источников российского права выразил и М.И. Брагинский.

Со своей стороны, профессор Вильям Саймонс, согласившись с мнением В.Ф. Яковлева о том, что "прецеденты создаются всеми судами судебной системы и "аранжируются" в высших судах", даже предложил ввести обязательную публикацию всех судебных решений судов всех уровней как источников права». [6]

Анализ российской правовой системы позволяет сделать вывод о том, что судебная практика уже является источником права. Так, к числу судебных актов, содержащих нормативные предписания, могут быть отнесены: 1) решения Конституционного Суда Российской Федерации; 2) нормативное толкование Пленума Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации; 3) решения судов общей юрисдикции, отменяющие нормативные акты (законы и др.) 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 человека.

**3.1. Европейский суд по правам человека**

В отечественной правовой системе, как о том говорится в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, действуют также общепризнанные стандарты, принятые в международном сообществе.

В частности, со вступлением Российской Федерации в 1996 г. в Совет Европы для России стали обязательными такие международно-правовые документы, как Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года (далее - Конвенция) и последующие протоколы к ней. В свою очередь, все они являются правовой основой организации и деятельности Европейского Суда по правам человека. Европейский Суд по правам человека вправе принимать заявления от физических и юридических лиц, чьи конвенционные права нарушены государством, под юрисдикцией которого они находятся.

Европейские государства добровольно подчинили себя юрисдикции независимого наднационального судебного органа, имеющего право принимать юридически обязательные для них решения. Данное обстоятельство отражено в Федеральном законе от 30 марта 1998 года "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней", в котором содержится заявление о признании обязательными для Российской Федерации как юрисдикции Европейского Суда по правам человека, так и его решений [7]. В соответствии со статьей 2 данного закона Российская Федерации признает ipso facto и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней.

Некоторые правоведы уже указывали на то, что к международным источникам права относятся конвенции, решения организаций, решения судов [8]. Ратифицировав Конвенцию, Российская Федерация признала ее составной частью правовой системы (ст. 15 Конституции РФ).

Как разъяснено в Информационном письме Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20.12.99 N С-1-7/СМП-1341 "Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека при защите имущественных споров и права на правосудие", в ФЗ от 30.03.98 содержится заявление о признании обязательными для Российской Федерации как юрисдикции Европейского суда, так и решений этого суда. При этом Российская Федерация официально признала юрисдикцию Европейского суда обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и протоколов к ней. Тем самым российским судам необходимо учитывать в своей деятельности прецедентную практику Европейского суда по правам человека.

В Бюллетене Верховного суда РФ, №7, июль 2001г., было опубликовано решение Евросуда по жалобе, поступившей из РФ. Решение предварялось вводной статьёй В.И.Радченко, в которой было сказано, в частности, следующее: "...в соответствии с принятыми Россией обязательствами наша страна признала юрисдикцию Европейского суда по правам человека в области защиты прав и свобод человека. Любое лицо, чьи права, гарантированные Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, оказались нарушенными, после исчерпания внутрироссийских процедур их судебной защиты получает право на обращение в Европейский суд. Поэтому для правильного формирования судебной практики в этой области немаловажное значение имеет ознакомление наших судей с подходами, сформированными в Европейском суде при рассмотрении конкретных дел по жалобам о нарушении прав человека" [9].

Таким образом, в результате присоединения к юрисдикции Европейского Суда российские механизмы судебного контроля за соблюдением прав человека и основных свобод получили поддержку в виде международного судебного контроля. Следовательно, компетенция российских судов по рассмотрению соответствующих обращений и компетенция Европейского Суда по рассмотрению жалоб на нарушение основных прав и свобод человека взаимосвязаны. Эта связь основана на необходимости решения единой задачи международного и внутригосударственного судопроизводства - защите прав и свобод человека при надлежащей охране общественного порядка. Как известно, нормативное содержание конвенционных положений формируется постепенно, в результате принятия Европейским Судом решений при рассмотрении конкретных дел, то есть международно-правовые стандарты фиксируются не только в тексте Конвенции, но и в решениях Суда. Необходимо, чтобы российская судебная практика не противоречила прецедентному праву Европейского Суда. Но если в Европейском Суде создаются прецедентные международно-правовые нормы, а в силу положений ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы России, то логично задаться вопросом о месте и роли практики Европейского Суда в этой системе. Как указано в деле "Ирландия против Великобритании", "решения Суда служат не только для разрешения дела, находящегося на его рассмотрении, но и в широком смысле для прояснения, сохранения и развития норм ЕКПЧ и для того, чтобы таким образом содействовать соблюдению государствами своих обязательств, которые они несут в качестве участников Конвенции" [10].

Положения Европейского суда реализуются в его решениях на основе излагаемых им правовых позиций. В силу статьи 32 Конвенции "О защите прав человека и основных свобод" от 04.11.50 Европейский суд имеет право решать все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней. Поэтому правовые позиции Европейского суда, излагаемые им в решениях при толковании положений Конвенции и Протоколов к ней, и сами прецеденты Европейского суда по правам человека в отношении Российской Федерации носят обязательный характер. Как справедливо отмечают специалисты, "все более активное внедрение элементов прецедентного права свидетельствует об углублении интеграции судебной системы России в международное судейское сообщество" [11].

Таким образом, анализ исследованных выше нормативных правовых актов позволяет, на наш взгляд, сделать вывод, что в настоящее время имеются правовые основания для признания определенных судебных актов и актов судебных органов источниками права.

**3.2. Конституционный суд РФ**

«Конституционный Суд Российской Федерации - судебный орган конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляющий судебную власть посредством конституционного судопроизводства» (ст.1 ФКЗ «О Конституционном суде РФ [12]).

При всем многообразии рычагов обеспечения верховенства Конституции РФ и федерального законодательства особое место в этом занимают решения Конституционного Суда РФ. Их нормативный характер, непосредственное действие, общеобязательность и юридическая сила, позволяющая интерпретировать конституционные нормы и дисквалифицировать акты федерального и регионального законодательства, а также косвенным образом давать оценку правоприменительной практике, придают этим решениям высокий авторитет. Фактически решения Конституционного Суда - это конституционные нормы в их динамике. Правовая природа решений Конституционного Суда РФ определяет их свойство выступать в качестве источника права. На это обстоятельство обращают внимание многие авторы [13]. Данный судебный орган осуществляет и негативные, и позитивные законодательные полномочия.

**3.2.1. Негативное правотворчество**

Негативное правотворчество проявляется в решениях о неконституционности нормативных актов либо их отдельных положений. В соответствии с постановлением от 16 июня 1998 г. № 19-П по делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации "решения Конституционного Суда Российской Федерации, в результате которых неконституционные нормативные акты утрачивают юридическую силу, имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение" [14]. Суд, отменяя действие актов либо их отдельных положений, фактически осуществляет нормотворческую деятельность в рамках своих "негативных законодательных полномочий", установленных Конституцией. В силу положений ст. 6 и 79 Закона "О Конституционном Суде РФ" решения Суда обязательны для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений на всей территории страны. В соответствии со ст. 78 Закона постановления и заключения Конституционного Суда, как и иные нормативные акты, принимаемые органами государственной власти, подлежат незамедлительному опубликованию в официальных изданиях. Данное положение аналогично требованию, предъявляемому ч. 3 ст. 15 Конституции РФ к нормативным актам. Таким образом, заявления отдельных ученых о том, что постановления Конституционного Суда РФ являются исключительно интерпретационными актами (актами толкования) и, следовательно, не содержащими норм права [15], представляются не вполне убедительными, и, напротив, совершенно логичен вывод о том, что решения Суда, признающие те или иные положения правовых актов неконституционными, обладая всеми признаками нормативного акта, таковыми в действительности и являются [16]. Вместе с тем было бы неверным утверждать, что Суд не осуществляет толкования Конституции. На данную его функцию указывает непосредственно ч.5 ст.125 Конституции РФ. Однако это не единственная его функция, и очевиден тот факт, что признание нормы неконституционной со всеми вытекающими из этого юридическими последствиями нельзя считать обычным актом толкования, так как толкование не может прекращать действие закона.

Отменяя норму права, Конституционный Суд осуществляет, по сути, правовое регулирование, создает новую норму.

**3.2.2. Позитивное правотворчество**

Ст. 73 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» гласит: «В случае, если большинство участвующих в заседании палаты судей склоняются к необходимости принять решение, не соответствующее правовой позиции, выраженной в ранее принятых решениях Конституционного Суда Российской Федерации, дело передается на рассмотрение в пленарное заседание». Что же понимается под правовой позицией Суда? Закон не дает ответа на поставленный вопрос. Однако сегодня уже можно говорить о сложившемся как в теории, так и на практике достаточно определенном подходе в отношении данной юридической категории. Так, Г.А.Гаджиев под правовой позицией понимает правовой принцип, пригодный для разрешения группы сходных юридических коллизий [17]. Более развернутое определение данному понятию дает Н.В.Витрук: "Правовые позиции Конституционного Суда РФ есть правовые выводы и представления Суда как результат интерпретации (толкования) Судом духа и буквы Конституции РФ и истолкования им конституционного смысла (аспектов) положений отраслевых (действующих) законов и других нормативных актов в пределах его компетенции, которые снимают неопределенность в конкретных конституционно-правовых ситуациях и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного Суда" [18].

Последнее из определений, на наш взгляд, нуждается в некотором уточнении. Практика Конституционного Суда РФ показывает, что правовые позиции могут содержаться не только в постановлениях, как заявляет Н.В.Витрук, но и в некоторых определениях Суда. В качестве примера можно привести определение от 27 сентября 1995 г. об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.В.Козырева [19], в котором Суд изложил позицию, касающуюся критериев, определяющих пределы осуществления свободы слова, согласно которой при рассмотрении в судах общей юрисдикции дел о защите чести и достоинства подлежит установлению и оценке не только достоверность, но и характер распространенных сведений, исходя из чего суд должен решать, наносит ли распространение сведений вред защищаемым Конституцией Российской Федерации ценностям, укладывается ли это в рамки политической дискуссии, как отграничить распространение недостоверной фактической информации от политических оценок и возможно ли их опровержение по суду. При этом суды общей юрисдикции вправе и обязаны обеспечивать должное равновесие при использовании конституционных прав на защиту чести и достоинства, с одной стороны, и свободу слова — с другой.

С выработкой Судом правовых позиций связана его позитивная правотворческая функция. Н.В. Витрук отмечает, что в решениях Конституционного Суда Российской Федерации, как правило, формулируются критерии нового законодательного регулирования, по существу, конструируются "модели" новых правовых норм. Кроме того, анализ содержания резолютивных частей его решений приводит к выводу о формировании системы прецедентов Конституционного Суда Российской Федерации. Впервые разрешив дело, характеризующееся конкретными обстоятельствами, Суд рассматривает аналогичные дела с учетом первоначального решения. Так, в определении Конституционного Суда РФ от 9 апреля 2002 года № 69-О по жалобе гражданина М.В. Игнатьичева на нарушение его Конституционных прав положениями статей 2, 4 и 5 ФЗ «О налоге на игорный бизнес», Законом Нижегородской области «О ставках налога на игорный бизнес» и Законом Ивановской области «О ставках налога на игорный бизнес», Конституционный Суд указал, в частности: «Положение пункта 3 статьи 5 ФЗ «О налоге на игорный бизнес»..., как аналогичное положениям, признанным неконституционными в сохраняющих силу Постановлениях Конституционного Суда ... утрачивает силу и не подлежит применению... [20]. Аналогичные по смыслу формулировки содержатся еще в 8 определениях Конституционного Суда, вынесенных в 2001-2003 гг.

**3.2.3. Правовые позиции**

Иной важнейшей особенностью правовых позиций является наличие у них таких признаков, присущих правовым нормам, как общий характер и юридическая обязательность. Что подчеркивается, в частности, в постановлении от 16 июня 1998 г. № 19-П, согласно которому постановления Конституционного Суда обязывают всех правоприменителей, включая другие суды, действовать в соответствии с правовыми позициями. Данный вывод Суда фактически означает официальное признание их общеобязательного характера и дает основание говорить о них как о правовых нормах. Правовые позиции Конституционного Суда РФ представляют собой его отношение к определенным правовым проблемам, закрепленное в решениях. Это результат анализа аргументов и выводов Суда, образующих интеллектуально-юридическое содержание судебного решения, это всегда толкование конституционных норм и норм отраслевого законодательства.

Мотивировочная часть образует неразрывное единство с резолютивной, раскрывая конституционное содержание правовой нормы и сопоставляя ее с позицией законодателя. Поскольку источником таких позиций названы вообще решения Суда, обязательные правовые позиции могут содержаться в любых его постановлениях и определениях. Очевидна параллель между понятием «правовой позиции» и упомянутым выше "ratio decidendi". Проблема применения судами общей юрисдикции правовых позиций Конституционного Суда имеет еще один аспект - необходимость надлежащего ее освещения и законодательного закрепления.

Согласно ст. 78 Закона о Конституционном Суде РФ его постановления подлежат опубликованию в официальных изданиях. По этому признаку они соответствуют требованиям, предъявляемым Конституцией к общеобязательным актам. Определения же публикуются только по специальному предписанию Конституционного Суда и, к сожалению, очень редко. Например, отказное определение по жалобе И. Петровой от 14 января 1999г. [21] не опубликовано в каком-либо официальном издании, хотя в нем содержатся важные, обязательные для судов выводы по вопросам пересмотра дел в связи с признанием неконституционными нормативных актов.

Новые правовые позиции содержатся, конечно, не во всех определениях. Поэтому нет необходимости ставить вопрос о публикации их всех без исключения. Но, когда в них содержатся новые правовые позиции, они приближаются по значению к постановлениям и поэтому должны публиковаться в официальном порядке.

Таким образом, правовые позиции Конституционного Суда, выраженные в его решениях, имеют нормативную силу для всех судов. Если определенная норма отраслевого законодательства признана недействующей и подобные ей по содержанию имеются в других нормативных актах, то суды не должны их применять.

На правовые позиции Конституционного Суда нередко ссылаются при осуществлении судопроизводства суды общей юрисдикции и арбитражные суды. Например, Верховный Суд РФ в своем решении от 2 сентября 1998 г. № ГКПИ 98—412 по делу о признании недействительными п. п. 6 и 7 Постановления Правительства РФ от 21 июля 1998 г. № 800 "О мерах по обеспечению своевременной выплаты государственных пенсий" [22] в основу решения положил правовые позиции Конституционного Суда РФ, содержащиеся в постановлениях от 1 апреля 1997 г. № 6-П и от 11 ноября 1997 г. № 16-П. "С учетом изложенного и в целях обеспечения единства правоприменительной практики, — указывается в Письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 марта 1999 г. № С5-7/УЗ-237 "Об определении Конституционного Суда Российской Федерации от 01.10.98 № 168-О", — предлагается иметь в виду правовую позицию Конституционного Суда Российской Федерации, выраженную в определении, относительно того, что Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования участвуют в гражданских правоотношениях как субъекты со специальной правоспособностью, обусловленной их публично-правовой природой, и что по смыслу пунктов 1 и 2 статьи 1015 Гражданского кодекса Российской Федерации публично-правовые образования, государственные органы и органы местного самоуправления исключены из круга лиц, наделенных правом осуществлять права и обязанности доверительных управляющих".

Следует обратить внимание и на такой аспект правовых позиций, как особая юридическая сила. Это обусловлено тем, что правовые позиции лежат в основе вывода Суда о соответствии тех или иных правовых норм Конституции Российской Федерации. Отсюда следует, что нормы, зафиксированные правовыми позициями, стоят по юридической силе выше норм, содержащихся в проверяемых законах и иных актах. Вместе с тем представляется совершенно недопустимой ситуация, в которой правовая позиция не соответствовала бы Конституции. В связи с этим возникает вопрос о месте правовых позиций в иерархии правовых норм. Данная проблема в отечественной юридической науке практически не разработана. Можно лишь привести отдельные высказывания, касающиеся юридической силы решений и правовых позиций Суда, не отражающие единства взглядов. По мнению М. В. Баглая, акты Конституционного Суда по юридической силе стоят выше актов парламента и Президента [23]. "Правовые позиции КС, — заявляет Н. В. Витрук, — приобретают характер конституционно-правовых норм (принципов, понятий) (в зависимости от объекта рассмотрения), но ими не становятся" [24]. Б. С. Эбзеев, напротив, утверждает, что решения Конституционного Суда о толковании конституционных норм, по существу, становятся частью Конституции [25].

Однако анализ данных высказываний и судебной практики дает основание сделать предположение о наличии у правовых позиций своего, отличного от других правовых норм места в иерархии правовых норм. Имеют ли решения Конституционного Суда характер судебного прецедента? Прецедентом в классическом его понимании является решение, содержащее созданное судом нормативное положение (ratio decidendi), на котором основывается решение и которому обязаны следовать нижестоящие суды при рассмотрении подобных дел. И в этом смысле правовые позиции как принципы, лежащие в основе решения, обязательные для применения в аналогичных ситуациях всеми иными субъектами права, практически ничем не отличаются от ratio decidendi. Такая точка зрения получает сегодня все большее признание. "В мире юридических явлений, — пишет Г. А. Гаджиев, — правовые позиции КС ближе всего находятся к ratio decidendi, и в силу этого именно правовые позиции КС следует считать источником права" [26]. Соглашаясь с первой частью данного тезиса, следует, однако, уточнить, что источниками права в данном случае будут не правовые позиции, а решения Конституционного Суда, в которых они зафиксированы.

3.3. Постановления Пленумов Высшего арбитражного суда и Верховного суда РФ

Другой источник права - постановления пленумов Верховного и Высшего Арбитражного Судов Российской Федерации, содержащие нормативное толкование. В юридической литературе долгое время господствовала точка зрения, согласно которой постановления высших судебных инстанций не могут являться источниками права. Основные аргументы выдвигались следующие: в сферу официально закрепленной компетенции судов входит исключительно правоприменение, а не правотворчество; нормотворчество судов противоречит концепции разделения властей; в нормативных толкованиях пленумов высших судебных органов отсутствуют нормы права во всей совокупности логической структуры, а содержатся лишь элементы диспозиций, гипотез, санкций.

Современное понимание концепции не предполагает "чистого" разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную. На практике мы видим активную реализацию правотворческих функций органами государственного управления. Принимая подзаконные нормативно-правовые акты, они обеспечивают приближение закона к реальной жизни, его эффективную реализацию. Отказ в наделении правотворческой функцией судов был вызван, в первую очередь, политическими мотивами, необходимостью обеспечения тотального господства властного центра. В новых условиях признание за отдельными судебными актами роли источников права способно обеспечить большую "гибкость", объективность реально действующих правовых предписаний.

Непоследовательным представляется тезис о неправомерности признания источниками права нормативных толкований пленумов высших судебных инстанций. Дополняя, детализируя гипотезу, диспозицию, санкцию, судебные органы, по сути, меняют саму норму права. Но целое не может оставаться неизменным, если изменилось содержание его части. Например, в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации "О практике назначения судами видов исправительных учреждений" дается толкование понятия "лица, отбывавшего ранее наказание в виде лишения свободы". Многие из указанных признаков, являясь частицами гипотезы, не могут быть прямо уяснены из уголовного закона, и при этом они существенно меняют практику реализации ряда содержащихся в ней статей (ст.18, 58 УК РФ) [27].

Однако наличия такой существенной черты, как нормативность, для признания предписания правовым недостаточно. Необходимо официальное признание его общеобязательности. Данный признак в соответствии с действующим законодательством присущ постановлениям пленумов Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации [28] хотя обязательность их прямо из закона не вытекает. В Конституции Российской Федерации (ст.126) в числе прочих полномочий данной судебной инстанции закреплено право давать разъяснения по вопросам судебной практики, а не толкования. Кроме того, Уголовный кодекс Российской Федерации (ст.3) четко устанавливает, что преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только этим законом.

Однако нормативное толкование Пленума Верховного Суда Российской Федерации, являясь действенным правовым регулятором общественных отношений, все-таки обладает признаком обязательности. Так, решение судей, игнорирующих сформулированное Пленумом правило, может быть отменено вышестоящим судом, и в итоге дело должно рассматриваться в соответствии с указанием высшей судебной инстанции.

На обязательный характер постановлений пленумов постоянно обращают внимание как высшие судебные органы, так и органы исполнительной власти. "Судам Российской Федерации, — гласит постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 августа 1989 г. (в ред. постановлений Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.93 № 11, от 25.10.96 № 10) "О соблюдении судами Российской Федерации процессуального законодательства при рассмотрении уголовных дел по первой инстанции", — принять меры к безусловному выполнению процессуального закона и соответствующих постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации при разбирательстве каждого уголовного дела". Примером отношения к постановлениям пленумов исполнительных органов может служить письмо Управления по борьбе с таможенными правонарушениями Государственного таможенного комитета Российской Федерации от 5 октября 1998 г. № 11-01/7465 "О соблюдении требований Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 9 от 27.05.98 г.", которым предписано всем таможенным органам руководствоваться при расследовании дел данным Постановлением.

Вместе с тем, несмотря на признание юридически обязательного характера отдельных положений, содержащихся в постановлениях пленумов высших судебных инстанций, в российской юридической науке утвердилось мнение о том, что предписания общего характера являются не нормами права, а правоположениями, а сами постановления — интерпретационными актами [29] либо актами нормативного толкования [30], которые только разъясняют содержание того или иного закона и не могут содержать новых норм, даже в тех случаях, когда эти предписания сформулированы впервые и не дублируют положения, содержащиеся в законах. Однако, если следовать этой логике, можно прийти к выводу, что законы, принятые на основе и в развитие Конституции, лишь разъясняют ее положения и являются актами толкования. Право органов исполнительной власти принимать нормативные акты никем не оспаривается. Но в соответствии со ст. 115 Конституции РФ Правительство РФ может издавать постановления и распоряжения только на основании и во исполнение Конституции, федеральных законов, нормативных указов Президента, из чего следует, что указанные постановления и распоряжения не должны выходить за рамки актов, на основании которых они приняты. Тем не менее сегодня в юридической науке акты, принимаемые органами исполнительной власти, относятся к категории общепризнанных источников права.

Следует обратить внимание и на другую особенность, присущую постановлениям пленумов. Одним из основных признаков актов толкования является отсутствие у них самостоятельной юридической силы. Относя постановления пленумов к актам толкования, А. С. Пиголкин заявляет: "Нормативные разъяснения не имеют самостоятельного значения, не могут применяться отдельно и независимо от толкуемого акта и полностью разделяют его судьбу. Они действуют там и тогда, где и когда действует сам нормативный акт. В частности, отмена или изменение нормативного акта должны приводить к отмене или соответствующему изменению его нормативного разъяснения" [31]. Однако данный тезис не выдерживает испытания практикой. Так, 27 января 1999 г. Пленум Верховного Суда РФ принял постановление № 1 "О судебной практике по делам об убийстве" [32], которым дал судам разъяснения по применению ст. 105 УК РФ. Пункт 22 данного постановления гласит: "В связи с принятием настоящего Постановления признать утратившим силу Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. № 15 "О судебной практике по делам об умышленных убийствах" и считать не действующими на территории Российской Федерации Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 27 июня 1975 г. № 4 "О судебной практике по делам об умышленном убийстве" и от 22 сентября 1989 г. № 10 "О выполнении судами руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР при рассмотрении уголовных дел об умышленных убийствах". Из данного положения следует, что названные постановления утратили силу и прекратили свое действие только с 27 января 1999 г., хотя разъясняли положения УК РСФСР 1960 г., утратившего силу с 1 января 1997 г. Это свидетельствует о том, что заявление об отсутствии у постановлений пленумов высших судебных органов самостоятельного юридического значения не соответствует реальному положению вещей.

Данные факты позволяют сделать иной вывод: нормативные акты, обладающие высшей юридической силой (конституция, законы), могут быть конкретизированы нормами, содержащимися в актах, обладающих меньшей юридической силой, и, по сути, являющимися актами, разъясняющими и развивающими положения конкретизируемых актов. В этом смысле постановления пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов по юридической силе весьма сходны с подзаконными актами.

Вместе с тем неверно было бы утверждать, что пленумы высших судебных органов, создавая новые нормы, не осуществляют при этом процесс толкования. Толкование как уяснение содержания норм права является важнейшей функцией судов, и постановления пленумов направлены прежде всего на выработку у судов единообразных подходов по вопросам применения того или иного законодательного акта. Однако в ходе выявления истинного смысла определенного нормативного положения возникает необходимость в его конкретизации, которую суд вынужден осуществлять, фактически создавая новые правила общеобязательного характера. Подобная ситуация возникает и в случае пробела в праве, так как отношение, вызывающее правовые последствия, должно быть урегулировано правовыми нормами в любом случае. "В постановлениях пленума Верховного Суда, — справедливо замечает В. В. Лазарев, — всегда содержались, содержатся и не могут не содержаться правила поведения общего характера, которые обращены отнюдь не к определенному суду, а ко всем судебным инстанциям и к неопределенному кругу лиц в связи с возможностью их обращения в судебные органы. Единичное применение норм права никогда не исчерпывает содержание руководящего разъяснения. Руководящие разъяснения (указания) пленума хотя и временно, но восполняют пробелы в законодательстве, вносят новый элемент в правовое регулирование. Постановления отличаются достаточной определенностью и содержат положения нормативного характера, имеющие юридическую силу" [33].

**3.4. Суды общей юрисдикции и арбитражные суды**

Степень устойчивости правопорядка любого государства во многом зависит от соблюдения принципа единообразия судебной практики. Игнорирование судом правил, созданных им самим, ставит под сомнение законность вынесенных решений, в основу которых это правило было положено. Автор считает, что практика каждого отдельного суда РФ должна быть непротиворечивой. Правотворческая деятельность судов общей юрисдикции проявляется в двух сферах: негативного и позитивного правотворчества.

**3.4.1. Негативное правотворчество**

Негативное правотворчество выражается в компетенции судей отменять нормативные акты субъектов Федерации, противоречащие федеральным законам, Конституции Российской Федерации [34].

В качестве примера можно привести некоторые решения Верховного Суда РФ. Так, решением от 2 сентября 1998 г. № ГКПИ 98-412 [35] признаны недействительными п. 6 и 7 Постановления Правительства Российской Федерации от 21 июля 1998 г. № 800, а также подзаконные нормативные акты иных федеральных министерств, ведомств и организаций, принятые во исполнение этих пунктов. Решением от 14 октября 1998 г. № ГКПИ 98-393 признаны недействительными абзацы 4, 8 п. 2; абзацы 1, 2 п. 3; абзацы 1, 5, 6 п. 17 Инструкции Государственной налоговой службы Российской Федерации от 17.07.95 № 30 "О порядке исчисления и уплаты налогов, поступающих в дорожные фонды". Такого рода решения не единичны [36]. Признание судами общей юрисдикции недействительными нормативные положения влечет их автоматическую отмену. Согласно ч. 3 ст. 239(8) ГПК РСФСР "с момента вступления в законную силу решения суда о признании... нормативного акта либо отдельной его части незаконными этот акт или его отдельная часть считаются недействующими". Однако действие правовой нормы не может быть прекращено правоприменительным актом. Следовательно, данные решения содержат в себе нормы права, в связи с чем совершенно логично отнести их к категории источников права.

**3.4.2. Позитивное правотворчество**

Возможность судебных органов самостоятельно создавать правила, пригодные для регулирования споров, заложена в действующем законодательстве. Ст. 11 Гражданского процессуального кодекса РФ 2002г. гласит: "В случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешает дело, исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права)" [37]. Аналогичное положение содержит и п.6 ст. 13 Арбитражного процессуального кодекса РФ 2002г.: "В случаях, если спорные отношения прямо не урегулированы федеральным законом и другими нормативными правовыми актами или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит и существу арбитражные суды применяют нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм рассматривают дела исходя из общих начал и смысла федеральных законов и иных нормативных правовых актов (аналогия права)" [38]. Из этого следует, что суд при отсутствии надлежащей нормы должен в основу решения положить правило, выведенное самим судом из общих начал и смысла законов, т. е. фактически создать правило, пригодное, по мнению судьи, для регулирования спорного правоотношения. Чем же в действительности в подобных случаях руководствуется судья? Прежде всего сложившейся судебной практикой или, точнее, правилами, которые применялись судами ранее при рассмотрении аналогичных дел. Лишь при отсутствии такой практики судья самостоятельно формулирует соответствующее правило, позволяющее разрешить спор.

Будет ли являться созданное таким образом правило нормой, обязательной для применения при разрешении аналогичных споров в будущем? Здесь следует обратить внимание на несколько аспектов. Во-первых, нижестоящий суд при осуществлении судопроизводства не связан в своих действиях выводами, изложенными в решении вышестоящего суда по аналогичному делу, но вынося решение, противоречащее ему обрекает свое решение на отмену. Во-вторых, вышестоящие суды в случае отмены решения суда первой инстанции и передачи дела на новое рассмотрение не вправе предрешать вопрос о том, какая норма должна быть применена и какое решение должно быть вынесено (ст. 369 ГПК РФ, ст. 287 АПК РФ), но сам факт отмены предполагает вынесение иного решения. В-третьих, суд не обязан следовать правилу, созданному им самим, при рассмотрении подобных дел, но такое игнорирование собственной практики противоречило бы принципу равенства перед законом и судом. Поэтому представляется, что все эти правила обладают лишь убедительной силой, так как отсутствие у них такого признака, как общеобязательность, лишает эти правила юридической силы, что, в свою очередь, не позволяет отнести их к правовым нормам в чистом виде, но обладающим свойством убедительности. Можно говорить о прецедентном характере судебных решений, содержащих новые положения, регулирующие отношения, не регламентированные законом и иными нормативными актами.

Позитивное правотворчество связано с принятием судебного решения по аналогии закона или на основании оценочных понятий права, содержание которых не регламентируется в источниках права. Во всех указанных случаях судья создает новую норму права, фактический убедительный прецедент для данного органа.

**4. Прецедент и практика в теории**

В первой главе данной работы автор рассмотрел прецедент в английской правовой системе. Установленный в первой главе понятийный аппарат будет использован во второй главе данной работы. Итак, прецедент возник в английской правовой системе в раннем средневековье. Отметим тот факт, что прецедентный характер английское право сохранило до наших дней не взирая на неоднократные общественные трансформации. Это указывает на то, что будучи продуктом феодальной системы, прецедент все-таки имел происхождение, которое более связывало его с правом нежели с политической системой общества.

**4.1. Причины прецедента**

Автор рискнет утверждать, что природа прецедента лежит в судебной системе. В системе основными характеристиками которой являются 1. правосудие – как основная задача, 2. множественность субъектов осуществления правосудия, к которым относятся все судьи низших и высших инстанций, действующие единолично и коллегиально. Каковы же корни прецедента в судебной системе? Очевидно, они находятся в праве, поскольку суды отправляют правосудие на основе норм права и руководствуясь нормами права. Отметим также, что судебная система, как всякая иная подчиняется общим законам функционирования и развития систем. Отсюда, в первом приближении, можно выделить три «корня» прецедента: в материальном праве, в процессуальном праве и прочие факторы. К последним относятся законы функционирования систем (к которым относится и судебная), формально-логические причины и философские. В процессуальном праве содержится такая причина возникновения прецедента, как право обжалования вынесенного судебного решения. Естественно, нижестоящая инстанция будет учитывать при вынесении решений историю отмены прежних решений инстанцией вышестоящей. Вот как отозвался об этом феномене Сергей Пепеляев– Директор департамента налогов и права аудиторско-консультационной фирмы "ФБК", кандидат юридических наук: «Фактически складывается система судебного прецедента, хотя официально в России судебный прецедент не признается источником права. В ряде случаев практика систематизируется, Высший Арбитражный Суд РФ публикует постановления по наиболее значительным делам, а также составляет обзоры судебной практики по конкретным налогам. Пока система прецедента фактически основывается на традиционной административной субординации. Деятельность судьи оценивается по количеству отмененных высшими судебными инстанциями решений. Поэтому судьи при вынесении решений стараются придерживаться рекомендаций высших судебных органов. Так что сложившаяся система прецедента основана на "уважении к высшим судебным инстанциям". Таким образом, рассматривая судебные споры, суды существенно влияют на практику налогообложения. Поэтому без внимательного изучения судебной практики юрист не может дать консультацию своим клиентам». [39]

В материальном праве причиной является принцип справедливости и равенства перед законом и судом. Различное решение однотипных ситуаций противоречит и указанным принципам и самому смыслу права как общественного регулятора. В «прочих факторах» находятся такие причины прецедента как эффективность работы системы (разнобой в функционировании элементов не допустим), фактор авторитета (очевидно, что решения вышестоящих органов обладают неким дополнительным авторитетом, решения судей городов-портов в области морского права представляются авторитетными для судей городов внутриконтинентальных, решения судей, специализирующихся на рассмотрении определенного типа дел авторитетны для судей иных специализаций, наконец, для молодых судей авторитетом является мнение старших коллег). Также к «прочим» относится и фактор «глобализации» (национальные суды в наше время более склонны к учету практики зарубежных стран, нежели век или даже двадцать лет назад) и фактор единства правового пространства (даже решения судов того же уровня служат образцом правоприменения). Относительно последнего можно привести такое высказывание председателя Тюменского областного суда Владимира Беляева: «Весь мир руководствуется единой правовой практикой, оперирует едиными судебными прецедентами. Ведь не должно быть, как это у нас бывает, законности "казанской" или "калужской". Единое правовое поле, единое применение действующего законодательства – вот к чему мы стремимся сегодня». [40]

**4.2. Прецедентность как свойство системы**

Примером логически-системного обоснования прецедентности может послужить группа тезисов, выдвинутых в свое время автором в интернет-конференции «Глобальные проблемы» «Виртуального клуба юристов» [41]:

Будем считать, что прецедентом является просто решение вынесенное ранее по аналогичному делу. Тогда: Определение 1. Прецедент – ранее вынесенное решение по сходному делу. Тезис 1.1. Прецеденты возникают во всякой системе решений. Доказательство тезиса 1. Это очевидно верно по определению для всякой системы решений, в которой разрешаемые вопросы не уникальны.

Тезис 1.2. Любой субъект, принимающий решения, стремится к принятию аналогичных решений по аналогичным вопросам, исключение – экспериментальное решение. Доказательство тезиса 2. Принятие различных решений противоречит логике. Два противоречащих друг другу решения не могут быть одновременно истинными. Тезис 1.3. Прецеденты, имеющие место в системе решений, принимаются субъектом, принимающим решения, во внимание при выборе решений по аналогичным вопросам. Доказательство тезиса 3. Многократное повторение аналогичных операций (мыслительных, в данном случае) не рационально и не свойственно мышлению, как таковому, в случае, когда согласно тезису 1.2. решение должно быть аналогичным уже принятому однажды. Переформулируем данные тезисы заменив в них «систему решений» на «систему судебных решений», а «субъекта, принимающего решения» на «судебную систему» [42].

Тезис 2.1. Прецеденты возникают во всякой системе судебных решений. Тезис 2.2. Судебная система стремится к принятию аналогичных решений по аналогичным вопросам. Эксперименты здесь не допускаются. Более того суды обязаны выносить аналогичные решения по аналогичным делам. Иное противоречит норме Конституции гласящей: «Все равны перед законом и судом». Тезис 2.3. Судебные прецеденты принимаются судебной системой, точнее, ее элементами – судами, во внимание при принятии решений по аналогичным вопросам. Последние тезисы верны, поскольку верны предыдущие, если при переходе не были упущены какие-либо свойства «судебной системы», отличающие ее от «субъекта, принимающего решения». Какие же отличия видит автор? Следующие: «судебная система», в отличие от «субъекта» состоит из элементов. Данное отличие несущественно, до тех пор пока признается единство системы; система судебных решений неоднородна, поскольку состоит, как минимум, из решений по гражданским и уголовным делам [43]. Данное отличие также несущественно. Просто вместо одной системы решений мы получаем две, с двумя родами прецедентов;

решения судебной системы носят особый характер. Если брать самые важные из них: решения и приговоры, то они представляют собой, принципиально, определение судом прав и обязанностей субъектов права в соответствии с обстоятельствами дел. Особенности вопросов, разрешаемых судебной системой, и принимаемых решений не выводят их за рамки логики. Что, описанная в первой группе тезисов связка «вопрос-решение», что относящаяся ко второй группе связка «вопрос – судебное решение», одинаково укладываются в рамки логической схемы «посылка – следствие». Таким образом, ряд отличий судебной системы от «субъекта, принимающего решения» и судебного решения от более абстрактного «решения» не препятствуют признанию автором «судебного решения» частным случаем «решения», равно как и признанию «судебной системы» частным случаем «субъекта, принимающего решения». Доказав верность тезисов 2.1 – 2.3, обратим внимание на качественно новый элемент во второй группе тезисов. Абстрактный «субъект, принимающий решения» сменился на «судебную систему». Как было указано выше на истинность второй группы тезисов это нее влияет. Но введение свойства системности субъекта требует проанализировать взаимоотношения элементов системы. Поэтому введем ряд новых тезисов: Тезис 2.4. Суд при вынесении решений принимает во внимание свои собственные прецеденты. Доказательство тезиса 2.4. Данный тезис аналогичен тезису 1.3. Тезис 2.5. Суды при вынесении решений принимают во внимание прецеденты других судов. Доказательство тезиса 2.5. Очевидно из упомянутого ранее принципа единства системы и принципа равенства всех перед законом и судом. Принцип равенства предполагает, что одно и тоже дело будет разрешено любым судом точно так же как и любое другое. Другим аргументом в поддержку данного тезиса будет уже упомянутый иносказательно принцип экономии мышления – нерационально повторное проведение мыслительного процесса, если результат уже был получен. Рациональнее провести проверку истинности ранее принятого решения.

**4.3. Прецедент как инструмент саморегулирования правовой системы**

Ряд великолепных идей высказан Координатором научного клуба теории государства и права при юридическом факультете Волгоградского государственного университета Ю.Ю.Ветютневым. Рассматривая вопрос о самоорганизации права он, в частности, пишет следующее: «Традиционно выделяют четыре основных формы (источника) права: нормативно-правовой акт, правовой договор, судебный прецедент и правовой обычай. Каждому из них соответствует свой уровень самоорганизации. Так, для нормативно-правового акта самоорганизация характерна, очевидно, лишь в самой незначительной мере, та к как он представляет собой плод целенаправленной деятельности специально уполномоченного на то государственного органа. Принятие нормативно-правового акта всегда преследует более или менее определенные задачи и осуществляется по достаточно строгим процедурным правилам (они различны для закона и подзаконных актов). Разработчики нормативно-правового акта могут руководствоваться самыми разными соображениями, однако их действия всегда осознанны и ориентированы на достижение конкретного результата. Крайне трудно вообразить себе нормативно-правовой акт, который возникает спонтанно - его от начала до конца формирует человеческая (точнее, государственная) воля. Еще меньше подвержен самоорганизации такой источник права, как международный договор. Волевое воздействие здесь осуществляется не с одной, а с двух сторон (их может быть и больше, в зависимости от характера договора). Если при издании нормативно-правового акта иногда возможны случайности (законодательной практике известны и опечатки в текстах, и оплошности составителей), то при подготовке договоров это практически исключено. Сказанное касается и иных видов публично-правовых договоров (например, конституционных, административно-правовых и др.). Несколько сложнее обстоит дело с судебным прецедентом. Степень самоорганизации здесь гораздо выше, хотя это не бросается в глаза и даже может показаться несколько нелогичным. Действительно, разве суд не государственный орган? Разве его решения менее осмысленны и продуманны, чем нормотворческая деятельность? И все же ряд особенностей судебного прецедента как источника права подтверждают данный тезис. 1) Если цели нормативно-правового акта и договора, как правило, лежат за пределами правовой системы - в социальной, экономической, политической сфере, - то перед судом изначально стоит чисто юридическая проблема в виде необходимости разрешения уголовного или гражданского дела, иначе говоря. "спора о праве". Таким образом, движущие силы перехода "от беспорядка к порядку" (т.е. создания прецедентной нормы) находятся внутри правовой системы, а это, как уже отмечалось, один из первых признаков самоорганизации. 2) Любое судебное дело заранее предполагает несколько вариантов решения, иначе не было бы смысла рассматривать его в суде. (Уместно заметить, что момент, когда судья или присяжные выбирают тот или иной вариант, есть не что иное, как своеобразная точка бифуркации). Известно, что практически по любому правовому вопросу между юристами существуют разногласия, и поэтому одно и то же дело может быть разрешено по-разному, в зависимости от того, к какому судье оно попадет. 3) Прецедент формулируется в виде единичного казуса. а не общего правила. Поэтому будет ли прецедент применяться, а значит - станет ли он нормой, во многом зависит от усмотрения судей. Некоторые положения того или иного нормативно-правового акта могут остаться нереализованными, однако от этого данный акт не перестает быть правовой нормой: если же судебное решение не служит образцом для рассмотрения аналогичных дел. то нет оснований признавать за ним силу прецедента. Практическая реализация в этом случае, по сути дела, является единственным критерием нормативности». [44]

Столь пространная цитата является необходимой, поскольку автор на аналогичные по глубине рассуждения не способен. В чем же ценность указанного отрывка для настоящей работы? Во-первых, судебная система самоорганизуется, во-вторых, абстрактность норм позитивного права, которая является их основным достоинством, в то же время является их недостатком, поскольку допускает неоднозначное толкование, в третьих, прецедент не является нормой права stricto sensu, поскольку его применение зависит от усмотрения самого субъекта применения. Тот же автор далее пишет: «Многовековая история борьбы за повышение эффективности правового регулирования состоит из попыток превратить: право в "параметр порядка", т.е. придать ему приоритетную силу перед остальными факторами. Однако синергетика отрицает возможность привнесения в систему "параметра порядка" извне, что делает подобные попытки заведомо безуспешными. Добиться результата можно лишь одним способом - изучить общественные отношения, найти "параметр порядка" и облечь его в правовую форму. Именно в этом могут оказать немалую помощь обычаи и прецеденты». [45]

**4.4. Квазипрецеденты**

Во второй главе данной работы автор рассмотрел некоторые акты российских судов на предмет нормативности. Нормативный характер был отмечен как присущий актам судов всех уровней. Вместе с тем, есть серьезные сомнения в тождественности некоторых из указанных актов прецеденту. Возвращаясь к определению прецедента, отметим, что прецедент – это вынесенное ранее решение по аналогичному делу. В связи с этим, автор считает необходимым рассмотреть два вида судебных актов в отечественной судебной системе, которые нередко приводятся в качестве примера существования прецедента в России. Речь идет о таких институтах отечественного права как постановления Конституционного Суда и Постановления Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов. Относительно постановлений Конституционного суда следует отметить, что они, несомненно, являются прецедентами, но прецедентами конституционного правосудия. Поскольку конституционное правосудие отправляется только в рамках конституционного судопроизводства, единственным судом – Конституционным для всех прочих судов эти постановления прецедентами не являются по той простой причине, что ни один суд более не рассматривает «аналогичных» дел. Постановления Конституционного суда РФ, выносимые им по делам о проверке по жалобам граждан на нарушение их конституционных прав и свобод и по запросам судов о конституционности законов примененных или подлежащих применению в конкретном деле являются прецедентом. Но Конституционный Суд РФ и суд общей юрисдикции или арбитражный суд рассматривают совершенно разные дела по своей сути, хотя в резолютивной части решения или приговора суд ссылается на решения Кoнституционного Суда РФ, так как они обладают обязательной силой. Но фабулу дела Конституционный Суд РФ не рассматривает. Более того, в соответствии с п.7 ст. 3 ФКЗ "О Конституционном Суде РФ" Конституционный Суд РФ при осуществлении конституционного производства воздерживается от установления и исследования фактических обстоятельств дела во всех случаях, когда это входит в компетенцию других судов или иных органов.

Таким образом, Постановления Конституционного Суда РФ – судебный прецедент конституционного судопроизводства. Источник права. Применение прецедентов Конституционного Суда прочими судами аналогично применению «классических» нормативно-правовых актов. Что касается Постановлений Пленумов по вопросам судебной практики, они прецедентами не являются вообще, поскольку не являются «судебными решениями». Постановления Пленумов вообще довольно интересный правовой институт, они носят ярко выраженный нормативный характер, тем не менее, это единственные нормативные акты в стране, которые не могут быть обжалованы в судебном порядке. Главным основанием неотнесения указанных актов к прецедентам, по мысли автора, является тот факт, что их обязательный характер прямо предусмотрен законом. Прецедент же правовым институтом является, но «законным» институтом являться не может. В материю права он входит прямо как элемент справедливости, равенства и правосудия его существование реализуется в рамках процесса правоприменения в ходе отправления правосудия. Законодательное закрепление прецедента не обязательно и нежелательно, как необязательно законодательное закрепление правовой доктрины в качестве источника права, как нежелательно «умножение сущностей». Даже эту «оригинальную» мысль о непрецедентном характере Пленумов автор впоследствии обнаружил в статье «Коллегии»: «Обязательные же для судов первых инстанций акты высших судов, которыми обобщается и направляется практика рассмотрения споров, по нашему мнению, отстоят еще дальше от прецедента, чем это кажется на первый взгляд. Дело в том, что обязательность применения таких актов судами, да и само их содержание делает такие акты близкими по смыслу уже к нормативным актам, что не характерно для такой формы судебной практики, как прецедент». [46]

Постановления Пленумов принимаются по сложной процедуре, с учетом практики нескольких судов, в том числе противоречивой практики. Являются результатом обсуждения судейской элиты и работы теоретиков. Почему же автор находит желательным введение в нашу юридическую науку понятия прецедента? Потому что к Постановлениям Пленумов нельзя сводить судебную практику. Постановления Пленумов – эффективный инструмент уравнивания обширной практики. Но есть и практика достаточно уникальная, например, по доменным спорам. Есть отрасли, практики по которым еще слишком мало, например, Информационное право. Наконец, нельзя отрицать того, что по некоторые виды дел характерны для определенных регионов в большей степени, чем для других.

**4.5. Следование прецеденту вместо применения прецедента**

Несмотря на убежденность автора в истинности тезиса о прецедентности российской судебной системы, необходимо разрешить вопрос о правомерности применения прецедента в условиях судебной системы, которая руководствуется при вынесении решений принципом законности. Как же будет выглядеть с т.з. существования прецедента судебный процесс? Т.е. в какой форме будет происходить учет ранее вынесенного решения? Процессуальная процедура, по мысли автора ни в каких изменениях не нуждается. Стороны в обоснование своих позиций будут ссылаться и на прецеденты, т.е. известные им ранее вынесенные решения. В принципе, любых судов. Поскольку и предъявляемые прецеденты выносятся на основании норм права, возводимых к тем или иным «классическим» источникам «следование» прецеденту будет выражаться в том, что в решении будет воспроизведена полностью или частично формулировка мотивов прецедента. Прямое указание на решение, послужившее прецедентом может быть, а может и не быть в решении. Нельзя говорить о нарушении принципа законности, если в судебном решении воспроизводится частично мотивировочная часть другого решения. Указание же на цитируемое решение никаким законом не запрещается. Такая логика является, конечно, уступкой сторонникам строго позитивистского понимания права и строгого понимания принципа законности. Можно назвать учет прецедентов «применением», можно «следованием», свойство прецедентности этим не затрагивается. Прецеденты должны публиковаться. Нет необходимости в опубликовании всех прецедентов. Суды и сами способны выделять решения, носящие прецедентный характер и предписывать их опубликование в самом решении. Обеспечение опубликования прецедентов, по мысли автора, способно взять на себя судейское сообщество. Прецедент оказывает комплексный многовекторный эффект не только на право, но и на юриспруденцию, и на общественную жизнь. Попытаемся выделить «плюсы» прецедента: прецедент выравнивает практику правоприменения, способствует выработке единообразного понимания судами оценочных понятий права, заполняет пробелы в праве. Прецедент ipso facto своего существования повышает ответственность и профессионализм судей, имеет образовательное значение и оказывает правовоспитательный эффект.

Еще одним доводом в пользу признания прецедента является его роль в формировании массового правосознания. Прецедент, освещаемый средствами массовой информации дает обществу своеобразное ощущение действующего права. Это свойство скорее «прецедента в строгом смысле», квазипрецеденту оно присуще в значительно меньшей степени. Последний формирует скорее профессиональное правосознание. Л.И.Петражицкий считал, что судебное решение по конкретному делу «кассирует, уничтожает для этого дела значение законов, обычаев и проч. и само имеет решающее и абсолютное значение». [47]

По справедливому замечанию С.В. Бошно «Мнение Л.И. Петражицкого не получило широкой поддержки и распространения в правоведении. Однако отказать его положениям в новизне и убедительности было бы неверно. Заслуга известного ученого состоит прежде всего в том, что он привлекал внимание к весьма важному обстоятельству, а именно: что право - это не вещь в себе, оно существует и действует только в связи с людьми, их поступками... Действенный механизм правового регулирования требует восприятия судебных актов как продолжения законодательных». [48]

«Таким образом, мы постепенно приходим к пониманию того, что прецедент – творимое судом особое судебное право, причем творимое не всегда одномоментно, поскольку специфику судебного права отличает именно процесс придания вновь созданному правилу характера традиции. Что же касается отличия такого судебного права от "nudum jus", или "неодетого права", то можно отметить, что суд, восполняя явный пробел в регулировании, совершает акт правосудия, в результате исполнения которого восстанавливаются нарушенные прежде права. При этом общеобязательность и нормативность всего судебного акта (а следовательно, и прецедента, составляющего его часть) выражаются всякий раз в частном принудительном характере его исполнения. Мотивированная, логически сбалансированная правовая позиция на основе внутреннего, психологического непротивления ей со стороны судьи (Иными словами, аспект восприятия судом известной позиции как прецедента - более психологический, более подчеркивающий корпоративную традиционность судьи, его принадлежности к теории определенной школы.) в рамках общей для данной системы правовой доктрины – вот что представляет собой феномен прецедента. Нетрудно увидеть, что никаких принципиальных специфических особенностей, отличающих в таком определении "настоящий" английский прецедент от российских правовых конструкций, не имеется».

[49] «Отсюда следует еще один важный вывод: прецедент как общее явление не является непременной принадлежностью какой-то одной правовой доктрины, поскольку в своих общих признаках допустим и в российском праве, стоит лишь отказаться от психологического бремени неприятия самого термина. В российском праве прецедент, очевидно, есть, но отсутствует должным образом развитая культура его применения. При этом следует напомнить, что дореволюционная российская школа права существование прецедента в целом не отрицала и вполне допускала отдельные его проявления, но, как правило, в качестве подручного материала к закону, а не самостоятельного его источника». [50]

**5. Заключение**

Актуальность изучения возможностей судебной практики выступать источником права в рамках российской правовой системы обусловлена, прежде всего, сменой приоритетов государственной политики, ее целевой направленности. Изменение официальной идеологии публичной власти, провозглашение в качестве высшей ценности человека, его прав и свобод, а главной задачей государства - их признание, соблюдение и защиту (ст.2 Конституции Российской Федерации) обусловливают необходимость научного поиска путей достижения указанных целей. При этом одной из важнейших граней проблемы является поиск ответа на вопрос: может ли нормативистская концепция права, признающая в качестве единственного источника права нормативно-правовой акт, послужить теоретическим фундаментом деятельности государства и всего общества по обеспечению неотъемлемых прав и свобод человека, приоритета его интересов?

Другой актуальный вопрос: соответствует ли природе права признание множественности его источников, в том числе судебной практики, отвечает ли это потребностям реализации сущностных свойств правовой материи - свободы, равенства, справедливости в конкретных общественных отношениях?

В целом отечественная юридическая наука признает деятельность судов в качестве источника права. Общепризнанно, что бытие правовой материи проявляет себя в разных формах, в том числе и в судебных прецедентах, обычаях, на основе которых органы правосудия рассматривают конкретные дела. Но данные формы не характерны для России и наиболее распространены в странах англосаксонской правовой семьи.

Вместе с тем анализ национальных правовых систем показывает, что в мире усиливаются процессы конвергенции (теория конвергенции – одна из концепций западного обществоведения, считающая определяющей особенностью современного общественного развития тенденцию к сближению двух социально-политических систем, сглаживанию экономических, политических, идеологических различий между капитализмом и социализмом их последующему синтезу в некое «смешанное общество». Основные представители: Дж. Гелбрейт, У. Ростоу, Я. Тинберген и др. [51]). В странах с англосаксонской правовой системой, наряду с судебным прецедентом, все большую роль приобретают статуты, законы. В последнее столетие, особенно после Второй мировой войны, в Англии происходит интенсивное развитие законодательства. Появляется все больше законов, существенно модифицирующих старое право [52]. В англосаксонской правовой системе эффективно применяются в качестве источников права и судебные прецеденты, и нормативные акты.

Зеркальные процессы отмечаются многими авторами в странах романо-германской правовой системы. Так, во Франции вопрос о признании судебной практики в качестве источника права всегда вызывал оживленную дискуссию. Причем некоторые ученые считают источником права только решения Кассационного суда, а другие обращают внимание на то, что французское гражданское право почти незаметно перестает быть писаным правом, становясь общим [53].

Признание правотворческой функции судов в качестве источника российского права отвечает существующим тенденциям его развития, будет способствовать обеспечению основных прав и свобод человека и гражданина. По мнению Л.В.Смирнова, отражённому им в третьем номере журнала российского права за 2000 год, это обусловливается рядом причин. Отказ от идеи тоталитаризма выдвигает задачу создания правового механизма, отвечающего объективным закономерностям функционирования социума, обеспечивающего создание саморазвивающейся и саморегулируемой системы гражданского общества. Соответственно и право должно отвечать данным требованиям, "чутко" откликаться на потребности общественной жизни, отторгать дефектные, субъективистские нормы, адекватно обновляться. Образно охарактеризовал эти свойства права известный английский историк Ф.У.Мейтленд, заметивший, что институты права напоминают живые существа. Некоторые из них - мертворожденные, другие - бесплодны от рождения, а остальные доживают до того, чтобы увидеть высокое положение своих детей и детей своих детей. Среди них происходит острая борьба за жизнь, и выживают только самые приспособленные. [54] Представляется, что обеспечить данные качества может именно сочетание в рамках одной правовой системы различных форм права, в том числе и нормативно-правовых документов и актов судебных органов.

Особенности места, занимаемого судами в правовой системе, обусловливают их возможности наиболее объективно и в короткий срок выявлять пробелы, коллизии действующего законодательства. Судьи могут быстро и эффективно принять необходимое решение, восстанавливающее справедливость, создающее стабильную среду в обществе. Поэтому придание судебным органам правотворческой функции способно обеспечить "самонастройку" права, его качественное совершенствование. Автор вводит понятие «прецедентности», т.е. существования прецедентов, как свойства присущего судебной системе, причем не только российской, а любой системе вообще. Также автор, после долгих колебаний, отказывается считать Постановления Конституционного Суда РФ, Постановления Пленумов ВС и ВАС прецедентами в строгом смысле. Дело в том, что, хотя в понятие прецедента такое свойство не вводится буквально, тем не менее, прецедентом для суда, рассматривающего дело– будут решения вынесенные по аналогичному делу, разрешенному в рамках аналогичного судопроизводства. Т.е. для районного суда по гражданскому делу прецедентами будут его собственные решения по гражданским делам, решения судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ, даже решения мировых судей. Но не будут прецедентами в строгом смысле вышеупомянутые акты, во-первых, потому что принимаются они по иной процедуре, во-вторых, (это следствие) к ним неприменимы обычные правила применения прецедентов (изложенные в части 1 настоящей работы). Автор называет их «квазипрецедентами», их коренное отличие от прецедентов в строгом смысле в том, что они не являются судебными решениями, а их обязательный характер основан на прямом указании закона. «Квазипрецеденты» и «прецеденты» входят в понятие «судебной практики». Слово «прецедент» происходит от латинского praecedens – предшествующий. Утверждать отсутствие ранее принятых судебных решений в любой правовой системе было бы абсурдом. Говоря о прецедентности правовой системы мы имеем в виду то значение, которое придается в системе ранее вынесенным решениям. Если они оказывают влияние на дальнейшее правоприменение система прецедентна, если нет, то нет. Автор последовательно рассматривает теорию прецедента в англо-саксонской системе права, современное состояние судебной практики в России, характеризующееся высокой ролью квазипрецедентов и рассматривает вопрос о прецеденте в строгом смысле в рамках российской правовой и судебной системы. Рассматривая вопрос о существовании прецедента в российской правовой системе автор пошел путем выдвижения и доказывания очевидных тезисов, с дальнейшим переходом к общим или частным утверждениям, основанным на предыдущих тезисах. Подводя итог, отметим, что имеющий определенные привлекательные черты нормативистский подход, признающий единственным источником права нормативно-правовой акт, в значительной степени потерял свой положительный эффект, который он имел на этапе отхода от ведомственного нормотворческого. Отход от данной концепции правопонимания как единственно верного дает теоретическую возможность признать судебную деятельность источником права. Кроме того, объективные закономерности построения правового государства влекут усиление правотворческой функции судейских органов. Право толкования законов и обобщения судебных казусов стало важнейшей прерогативой судебной власти, способствующей повышению ее роли в развитии и совершенствовании права. Учет законодателем при разработке новых законов судебной практики, в том числе формируемой решениями Конституционного Суда, позволяет говорить о прочном становлении судебной власти в нашей стране. Возможно, наступил момент, когда требуется официальное признание судебного правотворчества как необходимого способа формирования правовых норм, на основе которых смогут разрешаться не только одно конкретное дело, но и другие аналогичные дела.

Судебное право опережает в своем развитии законодательный процесс. Оно более подвижно и поэтому оперативнее учитывает изменяющуюся правовую действительность. Судье при рассмотрении конкретных дел зачастую приходится разрешать возникающие в правовой действительности казусы, которые законодатель не всегда успевает урегулировать. В связи с пробелом в праве у судьи зачастую не оказывается под рукой необходимого закона.

Отказать же в правосудии он не может и обязан разрешить спор, основываясь на общих принципах права. При этом судья не "изобретает" общих принципов права, а лишь выводит их из правовой системы, из определенных совокупностей отраслевых норм.

Такие общеправовые формулы, позволяющие разрешать определенные категории дел, требуют официального признания. Это должно сделать более предсказуемыми и разумными пределы колебаний правоприменительной практики различных судов, с одной стороны, и наделить их новым качеством - "качеством властности" - с другой [55].

Следует отметить, что принцип разделения властей не отрицается, по скромному мнению автора, судебным правотворчеством, потому что существенно различаются область и метод правотворчества. Законодатель, во-первых, волен в выборе общественных отношений, которые регулирует, во-вторых, волен в выборе путей регулирования. Суд же, во-первых, осуществляет нормотворчество в связи с необходимостью отправления правосудия, а, во-вторых, действует иным нежели законодатель не политическим, а юридическим методом. Почему же несмотря на убедительность доводов автора о непротиворечивости концепций прецедента и законности, прецедент не играл существенной роли в континентальных правовых системах на протяжении веков? Очевидно потому, что для этого не было предпосылок. История Европы периода Средневековья и Нового времени (включая Россию) это история феодализма, абсолютизма, полицейских государств и революций. Все эти исторические этапы характеризуются интенсивным политическим регулированием. Право в указанный период единственно воспринималась как «возведенная в закон воля господствующего класса». Лишь в XX веке право стало наднациональным – появились международные нормы, которые государства обязаны были соблюдать во внутренних делах. Развитие концепции прав человека, гражданского общества и, особенно, правового государства реально вывели право на качественно новый уровень – право впервые за долгую историю человечества перестало быть инструментом государства (отчасти), появилось определенное правовое поле – сумма гражданских и человеческих субъективных прав, защищать которые призван суд. Скорый, правый, беспристрастный и независимый. Есть одно свойство прецедента, которое автор этой работы не понимает до конца. Прецедент как-то связан, имеет особое значение для защиты прав человека. Есть много видов прецедентов: и судебные, и административные, и международные и многие другие. Но одна из разновидностей особенно важна для гражданского общества– прецеденты в области защиты прав и свобод человека и гражданина. Прецедент является мощным инструментом защиты прав человека. Красиво подмечено: «Общее право эффективно защищает личность от произвола.» [56]

Одно обстоятельство привлекло внимание автора, когда работа уже близилась к завершению. Признание и соблюдение прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. И все прекрасно знают кто в России гарант. Но! Есть одно большое «но» в этой красивой системе. Законодательная власть может принять прекрасные законы. Исполнительная власть может наладить и вести большую работу соответствующего характера. Но, когда дело доходит до столкновения государственного интереса и свободы одного человека... Как в деле Пасько [57]... Только суд единственный может встать между маленьким человеком и тем устройством, которое «обло, озорно, огромно, стозевно и лайяй» [58].

И прецедент способен по многим направлениям столкновения интересов государства и общества поставить «каменную» точку. Здесь кроется ответ на вопрос: почему прецедент появляется у нас только сейчас. Почему «прежним решениям» сейчас уделяют внимание. Прецедент не прочен в сфере управления, в отношениях государства с государством. Но по всякому делу, где стороной незримо становится общество, решение воспринимается последним как "viva vox" отечественного закона. Так что время прецедента пришло. Самостоятельный инструмент судебной власти, несущий огромный воспитательный эффект, непосредственно формирующий правосознание пробил себе дорогу в жизнь. В эпоху гражданского общества и правового государства он всегда будет играть свою роль. Прецедент ждет своих исследователей.

**Список литературы**

Правовые акты

Международные нормативно-правовые акты

Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 04.11.1950) // СЗ РФ. 1998г. №20. Ст. 2143.

Законы и иные нормативно-правовые акты РФ

Конституция РФ // Российская газета. 25.12.1993. №237 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» от 21.07.1994 №1-ФКЗ // СЗ РФ. 1994. №13. Ст.1447. ФКЗ «О судебной системе РФ» от 31.12.1996 №1-ФКЗ // СЗ РФ. 1997. №1. ст. 1 Гражданский процессуальный Кодекс РФ 2002г. // СЗ РФ. 2002г. №46, ст. 4532. Арбитражный процессуальный Кодекс РФ 2002г. // СЗ РФ. 2002г. №30, ст. 3012. ФЗ "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней" от 30.03.1998 года // СЗ РФ. 1998. N 14. Ст. 1514. ФЗ "Об арбитражных судах Российской Федерации" // СЗ РФ. 1995. N 18. Ст. 1589. Закон РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 19. Ст. 685.

**Специальная литература**

**Книги и монографии**

Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002.

Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. М., 2001. Романов А.К. «Правовая система Англии», М. 2000 Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т.1. М., 2000. Теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 1999. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998.

Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996. Конституционное право / Отв. ред. В. В. Козлов. М., 1996. Теория государства и права. Екатеринбург, 1996. Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. Cross R. Precedent in English Law. Clarendon Press, 1977

**Статьи**

Канашевский В.А. Прецедентная практика Европейского суда по правам человека как регулятор гражданских отношений в Российской Федерации // Журнал российского права, 2003, № 4.

Бошно С.В. Судебная практика: способы выражения // Государство и право, 2003, № 3.

Соловьев В.Ю. Понятие судебной практики // Журнал российского права, 2003, № 1.

Осакве К. Классовый иск (class action) в современном американском гражданском процессе // Журнал российского права, 2003, № 3.

Бойко А.И. Новые полномочия российского суда и культура их использования // Закон и право, 2003, № 3.

Бошно С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права, 2003, № 1.

Дихтяр А.И. Источники права и судебная практика // Юрист, 2003, №1.

Рогожин Н. Судебная практика как источник права при принятии решений арбитражным судом // Закон, 2003, № 1.

Катанян К. Интервью Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ В.Ф. Яковлева // Время МН. 14 марта 2003.

Ножкина А. Судебная практика как источник уголовно-процессуального права // Уголовное право (Москва).- 28.09.2002.- 003.- C.80-81.

Соловьев В.Ю. Понятие судебной практики // Законодательство и экономика (Москва).- 30.12.2002.- 012.- C.30-34

Федоренко Н.В., Лусегенова 3.С. Некоторые аспекты правоприменения в арбитражном процессе // Вестник ВАС РФ. 2002. N 6.

Петрухин И.Л. Концептуальные основы реформы уголовного судопроизводства в России // Государство и право (Москва). - 27.05.2002.- № 5.- C.17-29

К 10-летию Конституционного Суда Российской Федерации. // Государство и право (Москва) - 29.04.2002.- № 4.- C.5-18.

Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право (Москва).- 29.04.2002.- 004.- C.64-69

Бабичев И.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник муниципального права // Местное право (Москва).- 24.06.2002.- №№ 5-6.- C.3-34

Региональная судебная практика // Имущественные отношения в Российской Федерации (Москва).- 03.06.2002.- №№ 3-4.- C.150-177

Савельева Т.А. Основные направления судебной политике в сфере гражданской юрисдикции // Право и политика (Москва). – 05.04.2002. - № 1. С. 175-183.

Линник Л.Н. К вопросу об источниках избирательного процесса как самостоятельной отрасли права // Патриот (Москва).- 28.01.2002.- № 1.- C.6-14.

Ведяхин В.М., Ведяхина К.В. Понятие и классификация принципов права // Право и политика (Москва).- 15.04.2002.- № 4.- C.19-28.

Концепция российской академии правосудия // Российский судья (Москва).- 18.04.2002.- № 4.- C.23-34.

Ефремов А.Ф. О проблемах соблюдения единства законности // Право и политика (Москва).- 25.02.2002.- № 2.- C.126-134.

Николаев Е.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: определение, юридическая природа, имплементация // Право и политика (Москва).- 25.03.2002.- № 3.- C.15-30.

Фокина М.А. Гражданская процессуальная политика: понятие и приоритеты // Правовая политика и правовая жизнь (Москва).- 24.06.2002.- № 2.- C.91-105.

Ножкина А.В. Система источников уголовно-процессуального права и направления ее развития // Российский следователь (Москва).- 29.07.2002.- № 7.- C.14-20.

Нешатаева Т.Н. Правовое обеспечение внешнеэкономической сделки и судебная практика // Вестник ВАС РФ. 2002. №6. Б

ойцова В.В., Бойцова Л.В. Панорама современных правовых систем // Юридический мир.- 2002. № 8. C.33-49.

олков К.А. Правовое значение и роль разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Российский судья (Москва).- 26.12.2002.- 012.- C.6-8.

Дихтяр А.И. Источники права и судебная практика. // Российский судья (Москва).- 28.11.2002.- 011.- C.29-34

Митрофанова. М. Что день грядущий нам готовит? // Коллегия. 2002. № 4. ТОМ 2. С.39

Незнамова Е.А. Основы судебного контроля за деятельностью муниципальной власти // Российский судья (Москва).- 31.10.2002.- 010.- C.28-30

Наумова В. Владимир Беляев: "Кто такой судья? Это говорящий Закон..." // Тюменские известия (Тюмень). 2002. № 95. Истина в судье // Версты (Москва).- 14.06.2001.- 065.- C. 2 Некоторые особенности формирования судебной власти в постсоветских государствах // Свободная Грузия (Тбилиси).- 16.11.2001.- № 134.-

C.3 Шокина. Е. Конец патернализма в налоговых спорах. // Коллегия. 2001. № 1. Том1.

Слесарев В., Измайлов. А. Вопросы прецедента в российском праве // Коллегия. 2001. №1. ТОМ 1.

Белкин А. Дело о полномочиях судов (комментарий к Постановлению Конституционного Суда от 16.06.98) // Уголовное право (Москва).- 30.03.2000.- № 1.

Анишина В. Правовые позиции конституционного суда в России // Российская юстиция. 2000. №7.

Анишина В. Правовые позиции конституционного суда в России // Российская юстиция. 2000. №7

Иванов Н. Постановление Пленума Верховного Суда РФ "О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)" // Уголовное право (Москва). 2000г. № 2.

Бойков А. Опасность негативного правотворчества // Уголовное право (Москва). 2000. №№3-4.

Портнов В. Сколько ветвей у судебной ветви власти? // Российская газета (Москва).- 09.09.1999.- № 177

Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сборник докладов. М., 1999.

Витрук Н.В. Конституционный Суд Российской Федерации и законотворчество // Современное состояние российского законодательства и его систематизация. Москва – Тула, 1999.

Гаджиев Г. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сборник докладов. М., 1999.

Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5.

Пиголкин А.С. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения //Закон: создание и толкование. М.,1998.

Лазарев Л. В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11.

**Эмпирический материал**

Постановление КС РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004. Определение КС РФ от 9 апреля 2002 года № 69-О «По жалобе гражданина М.В. Игнатьичева на нарушение его Конституционных прав положениями статей 2, 4 и 5 ФЗ «О налоге на игорный бизнес», Законом Нижегородской области «О ставках налога на игорный бизнес» и Законом Ивановской области «О ставках налога на игорный бизнес» // СЗ РФ. 2002. № 29. Ст. 3005. Решение ВС РФ от 2 сентября 1998 г. № ГКПИ 98—412 "По делу о признании недействительными п. п. 6 и 7 Постановления Правительства РФ от 21 июля 1998 г. №800 "О мерах по обеспечению своевременной выплаты государственных пенсий" // Российская газета. 1998. 30 сентября. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации "О практике назначения судами видов исправительных учреждений" // Российская газета. 2000. 4 мая. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 "О судебной практике по делам об убийстве" // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 3.

**Справочная и другая литература**

Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1997. Судебная практика по гражданским делам (1993—1996 гг.) / Под ред. В. М. Жуйкова. М., 1997. Конституционный Суд Российской Федерации: Постановления. Определения. 1992—1996. М., 1997. Большой энциклопедический словарь: В 2х тт. / Гл. ред. А. М. Прохоров. – М., 1991г.

Интернет-конференции

http://forum.yurclub.ru/

[1] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998. С. 301.

[2] А. Романов Правовая система Англии. М., 2000. С.70 со ссылкой на: Дженкс Э. Английское право. М., 1947. С. 31.

[3] Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 358.

[4] В Англии распространены т.н. «трибуналы» – внесудебные органы, рассматривающие некоторые виды дел, например, трудовые.

[5] Cross R. Precedent in English Law. Clarendon Press, 1977. P. 4—5.

[6] Митрофанова. М. Что день грядущий нам готовит? // Коллегия. 2002. № 4. ТОМ 2. С. 39.

[7] См.: СЗ РФ. 1998. N 14. Ст. 1514.

[8] См.: Нешатаева Т.Н. Правовое обеспечение внешнеэкономической сделки и судебная практика // Вестник ВАС РФ. 2002. N6. С.116.

[9] Бюллетень Верховного суда РФ. 2001г. №7. С. 29

[10] См.: Российская юстиция. 2001. N3. С. 16.

[11] См.: Федоренко Н.В., Лусегенова 3.С. Некоторые аспекты правоприменения в арбитражном процессе // Вестник ВАС РФ. 2002. N 6. С.96.

[12] СЗ РФ. 1994. №13. Ст. 1447.

[13] См.: Витрук Н.В. Конституционный Суд Российской Федерации и законотворчество // Современное состояние российского законодательства и его систематизация. Москва – Тула, 1999.

[14] СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

[15] См. Теория государства и права. Екатеринбург, 1996. С. 374—375.

[16] См.: Конституционное право / Отв. ред. В. В. Козлов. М., 1996. С. 14; Лазарев Л. В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 6—7; Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. С. 110.

[17] См.: Гаджиев Г. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сборник докладов. М., 1999. С. 116.

[18] Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сборник докладов. М., 1999. С. 89.

[19] См.: Конституционный Суд Российской Федерации: Постановления. Определения. 1992—1996. М., 1997. С. 497.

[20] СЗ РФ. 2002. № 29. Ст. 3005.

[21] Анишина В. Правовые позиции Конституционного Суда в России // Российская юстиция. 2000. №7.

[22] Российская газета. 1998. 30 сентября.

[23] См.: Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996. С. 33.

[24] Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сборник докладов. М., 1999. С. 91.

[25] См.: Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5. С. 12.

[26] Гаджиев Г. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сборник докладов. М., 1999. С. 110.

[27] См.: Российская газета. 2000. 4 мая.

[28] Ст.13 ФЗ "Об арбитражных судах Российской Федерации" // СЗ РФ. 1995. N 18. Ст. 1589.

[29] См.: Теория государства и права. Екатеринбург, 1996. С. 375.

[30] См.: Пиголкин А. С. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения //Закон: создание и толкование. М.,1998. С. 70.

[31] Пиголкин А. С. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения //Закон: создание и толкование. М.,1998. С. 71.

[32] См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 3.

[33] См.: Теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 1999. С. 141.

[34] Часть 2 ст.120 Конституции Российской Федерации; ст.2, 7 Закона Российской Федерации об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан // ВВС РФ. 1993. N 19. Ст. 685.

[35] См.: Российская газета. 1998. 30 сентября.

[36] См.: Судебная практика по гражданским делам (1993—1996 гг.) / Под ред. В. М. Жуйкова. М., 1997. С. 47—93.

[37] СЗ РФ. 2002г., №46, ст. 4532.

[38] СЗ РФ. 2002г., №30, ст. 3012.

[39] Шокина.Е. Конец патернализма в налоговых спорах. // Коллегия. 2001. № 1. том 1.

[40] Наумова.В. Владимир Беляев: «Кто такой судья? Это говорящий закон...» // Тюменские известия. 2002. №95.

[41] http://forum.yurclub.ru/

[42] Правильнее, конечно, писать: «систему судов», но в данной случае этим нюансом можно пренебречь.

[43] Автор проводит деление не по отраслям, а по процедуре их принятия. При абстрактном анализе деление по форме проще деления по содержанию.

[44] Ветютнев. Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. №4. С. 66.

[45] Ветютнев. Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. №4. С. 67.

[46] Слесарев В., Измайлов. А. Вопросы прецедента в российском праве // Коллегия. 2001. №1. ТОМ 1. С. 12.

[47] Бошно. С.В. Судебная практика: способы выражения // Государство и право. 2003. №3. С.19 со ссылкой на: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1914. Т. 2. С. 577.

[48] Бошно. С.В. Судебная практика: способы выражения // Государство и право. 2003. №3. С.20.

[49] Слесарев В., Измайлов А. Вопросы прецедента в российском праве // Коллегия. 2001. № 1. ТОМ 1. С. 12.

[50] Слесарев В., Измайлов А. Вопросы прецедента в российском праве // Коллегия. 2001. № 1. ТОМ 1. С. 12.

[51] Большой энциклопедический словарь: В 2х тт. / Гл. ред. А. М. Прохоров. – М.: Сов. Энциклопедия, 1991г.

[52] См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998. С.261.

[53] Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т.1. М., 2000. С.148; Иванов С. А. Судебные постановления как источник трудового права // Судебная практика как источник права. М., 1997. С.27.

[54] См.: Берман Г.Д. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С.24

[55] Анишина В. Правовые позиции конституционного суда в России // Российская юстиция. 2000. №7

[56] См.: Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Панорама современных правовых систем // Юридический мир. 2002. №8.- C.33

[57] Эколог был обвинен в шпионаже на основании секретной директивы МО.

[58] Эту строчку из поэмы Тредиаковского Радищев поставил эпиграфом к «Путешествию из Петербурга в Москву».