Содержание

Введение 3

1. Прецедент как источник права 5

2. Виды судебных прецедентов в России 21

§ 1. Решения судов по конкретным делам 21

§ 2. Разъяснения Верховного, Высшего Арбитражного Судов РФ 24

§ 3. Решения Конституционного Суда РФ 28

§ 4. Решения Европейского Суда 32

Заключение 37

Список используемой литературы 40

# Введение

Как известно, теория права предусматривает три основных вида источников права. К ним относятся: нормативные юридические акты, правовой обычай и судебный (административный) прецедент. В России последний в силу некоторых причин не прижился, хотя, на мой взгляд, имея силу и значимость для судов, он (прецедент) значительно облегчил бы работу судей и сэкономил их время. Хотя, с другой стороны, судебный прецедент имеет и негативную сторону, а именно: общественная жизнь многогранна и в силу этого прецедентное право никогда не будет поспевать за ее динамикой.

А разве всегда нормы права успевают за реальной жизненной ситуацией, разве всегда они выражают то, что, действительно, существует на этапе действия данной нормы? Однозначно, нет! Слишком усложненный законотворческий процесс, который до сих пор подразумевает двойное вето (хотя уже во многих странах применяется либо вето главы государства, либо соответствующей палаты парламента), препятствует оперативному выходу актуальной нормы в свет.

Судебная практика видит в воздействии правоприменителя (суда) на правотворческий орган гарантию защиты субъектов права от устаревшей нормы. Но суд не обладает правотворческой функцией и, следовательно, не может заниматься подобной деятельностью. А ведь именно он может и способен устранить так часто встречающуюся в судебной практике проблему противоречия между нормами права и нормами морали, пробелы в праве и законе.

Судебный прецедент (решение суда по конкретному делу, являющееся обязательным при рассмотрении аналогичных дел в будущем), конечно, не может заменить глубокий объективный подход судьи к каждому конкретному делу. Но явиться основой, руководящим началом, а также способствовать более быстрому реагированию на ту или иную ситуацию прецедент вполне способен.

Утверждение прецедента на российской почве в настоящее время является одним из широко обсуждаемых вопросов. Мнения звучат самые разные - от полной поддержки этой идеи до категорического отрицания. При всей популярности данной проблемы не существует единого подхода даже к пониманию феномена прецедента - к этой категории относят весьма разнородные явления.

# 1. Прецедент как источник права

В юридической литературе практически общепризнанна точка зрения, согласно которой применение права по аналогии всегда связано с конкретными случаями. Иными словами, применение аналогии носит однократный характер и не имеет обязательной силы для других идентичных случаев. Пробел при помощи аналогии не устраняется, а преодолевается, правоприменитель при этом получает разовую возможность разрешить конкретный случай.[[1]](#footnote-1) Юридическое значение преодоления пробела ограничивается конкретным случаем, казусом. При появлении подобной ситуации в последующем необходимость в аналогии возникает вновь,[[2]](#footnote-2) что еще раз подчеркивает, что она никоим образом не связана с правотворчеством.

Применительно к правосудию это проявляется в закреплении на законодательном уровне обязанности суда вынести решение и дать ответ по любому возникшему на практике вопросу, не дожидаясь, пока законодатель примет в соответствии с Конституцией РФ необходимые законы, устранив тем самым противоречия и пробелы в праве. Суд не освобождается от вынесения решения по делу, ссылаясь на неполноту, неясность и противоречивость закона, а разрешает спор и преодолевает противоречия, пробелы в правовом регулировании. Отказ от решения дела по существу по данным обстоятельствам трактуется как отказ в правосудии. Данная позиция зафиксирована в ч.3 ст.11 ГПК РФ 2002 г., содержащей положение, что в случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение, суд применяет закон, регулирующий сходные отношения, а при отсутствии такого закона исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства. Аналогичная норма содержится и в ст.6 ГК РФ.

В целом в российском законодательстве институт аналогии (как применение, так и запрет на его применение) упоминается в шести кодифицированных законодательных актах (ГК РФ, СК РФ, ГПК РФ, АПК РСФСР, УК РФ). Косвенное упоминание о субсидиарном применении института аналогии закреплено в Лесном и Земельном кодексах РФ.

Мысли о том, что в ходе правоприменения суд прежде всего обязан уяснить положения, которые имел в виду законодатель, преобладают среди отечественных (как дореволюционных, так и современных) авторов. Еще Ф. Регельсбергер задавался вопросом о месте аналогии: является ли она применением права или ее надлежит относить к области создания права? Отвечая на него, ученый высказывает мнение, что аналогия лежит на границе, но центр тяжести ее все-таки внутри сферы применения права, так как она опирается на положительное право и достигает своих результатов посредством оперирования над определениями положительного права.[[3]](#footnote-3)

Если исходить из судебной практики, то становится очевидным, что применение аналогии находится на грани правоприменительной и правотворческой деятельности, выполняя одновременно правовосполнительную[[4]](#footnote-4) и отчасти правотворческую функцию, которая касается, в частности, принятия нормативных решений высшими судебными инстанциями.

Достаточно часто при толковании норм соответствующего законодательства возникает ситуация, когда ряд общественных отношений, подпадающих под сферу правового регулирования, не охватывается нормативной регламентацией, вследствие чего судебные органы преодолевают пробелы посредством осуществления именно правотворческой функции. Так, на практике применение института аналогии (аналогии права и аналогии закона) Верховным Судом РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ, Конституционным Судом РФ служит примером для идентичных случаев.

Таким образом, можно сказать, что правовой институт аналогии превращается в своего рода норматив для нижестоящих судов посредством применения судебного прецедента. Практически получается, что постановления высших судов РФ приобретают характер источников права, так как они обеспечивают единообразное применение закона. Постановления могут быть приняты как самостоятельно, так и на основе решений нескольких нижестоящих судов (на основе устоявшейся судебной практики). Решения судов общей юрисдикции, находящиеся ниже высших судов, источниками права не являются, поскольку касаются дел, имеющих частную значимость.

В данном случае проблема преодоления пробелов затрагивает несколько вопросов: является ли судебная практика источником нормотворчества, а судебный прецедент - источником права (как одна из форм судебной практики)? Однозначного ответа на них в истории советской теории права и отдельных отраслевых дисциплинах не было. Высказывались разные точки зрения: судебная практика - источник права в полном объеме, включая деятельность нижестоящих судов; судебная практика является источником права только в части нахождения себя в разъяснениях пленумов высших судов; судебная практика вообще не является источником права.

Исходя из анализа юридической литературы и самой судебной практики, относить к последней следует только установившуюся и определившуюся практику. Понятие судебной практики применяется лишь в том случае, когда выявляется определенная линия в деятельности судебных органов в отношении решения того или иного вопроса. Более того, только руководящие разъяснения пленумов высших судов РФ представляют собой судебную практику и, следовательно, являются источником права. Еще в 1940 году П.Е. Орловский указывал, что не составляют судебной практики решения и определения судов по конкретным делам, взятым в отдельности. Только тогда, когда за несколько лет по определенной категории дел имеется более или менее установившееся положение, можно говорить о судебной практике.[[5]](#footnote-5)

В континентальном праве судебную практику исторически рассматривают в качестве синонима судебной деятельности в целом и как выработанные в ходе ее «правоположения», обладающие определенной степенью обобщенности, общепризнанности и обязательности.[[6]](#footnote-6) Поэтому правильнее исходить из позиции, что нельзя признавать судебную практику в целом источником права ни в одной правовой семье. В формально-юридическом смысле источником права является не судебная практика в целом, а лишь ее часть, которая создается в результате деятельности высших судебных инстанций в ходе судебного разбирательства дел во второй инстанции, по особо важным делам - в первой, а также в ходе толкования законов высшими судебными инстанциями, то есть судебный прецедент. Его сущность заключается в обязанности нижестоящих судов и судов одного уровня следовать решениям судов более высокого уровня, а также в связанности апелляционных судов своими прежними решениями.

Следует обратить внимание на такую особенность решений, принятых высшими судами: все они обязательно публикуются, что и превращает их в судебный прецедент. Эти суды издают свои решения в специализированных изданиях - бюллетенях, являющихся своего рода источником судебной практики. Данная черта сближает судебную практику с другими источниками права. Неопубликованные решения обязательны только для участников конкретного спора. Как справедливо заметила Л.П. Ануфриева, «устоявшееся выражение судебная практика - источник права» если и может быть принято, то как условная формула объединения двух юридических понятий - источник права в объективном смысле и источник права в формальном значении».[[7]](#footnote-7)

Концепция теории советского права всегда исходила из постулата, что судебный прецедент не рассматривается в качестве источника права (одна из форм судебной практики), так как данное положение подрывает авторитет законности и неуклонное соблюдение законов и иных нормативных актов и привносит эффект произвола, связанный с одновременным выполнением судом правоприменительных и правотворческих функций. И.Б. Новицкий отмечал: «...В советском государстве не может быть места для судебного прецедента. Советский суд является проводником и стражем законности, он должен строго следить за тем, чтобы общие нормы закона (и подзаконных актов) неукоснительно соблюдались всеми гражданами, должностными лицами, учреждениями и прежде всего - самим судом».[[8]](#footnote-8) Более того, судебная практика не может и не должна создавать новых норм права, новых законов, она должна укреплять действующие законы.[[9]](#footnote-9) Превалирующей была позиция, согласно которой социалистические судебные органы осуществляют правосудие как одну из форм применения законов, не связанную с правотворческими полномочиями суда при разрешении конкретных дел.[[10]](#footnote-10) У законодателя шире социальный кругозор и, соответственно, есть возможность учета в процессе принятия решений значительно большего числа факторов. Что же касается судей, то они имеют дело лишь с конкретной, пусть даже типичной ситуацией.[[11]](#footnote-11) Так, в монографии «Судебная практика в советской правовой системе» содержится аналогичный взгляд. Исключение сделано лишь для руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР, которые рассматриваются в качестве некоего «прецедента толкования» или «выработки правоположений на основе раскрытия смысла и содержания новых правовых норм».[[12]](#footnote-12) Отнесение судебной практики к числу формальных источников права, подчеркивал С.Л. Зивс, «противоречит принципу верховенства закона и принципу подзаконности судебной деятельности. Правотворческая деятельность суда с неизбежностью умаляет значение закона».[[13]](#footnote-13)

В свою очередь великие русские адепты судебного нормотворчества отстаивали право суда на нормотворчество. Б.А. Кистяковский признавал, что необходимо смотреть на то право, которое живет в народе и выражается в его поведении, в его поступках, сделках, а не на то право, которое установлено в параграфах кодексов. В этом изменении самого объекта и заключается расширение нашего познания права, что и достигается изучением вопроса о правотворческой роли судьи.[[14]](#footnote-14) С.Е. Десницкий утверждал, что «... всех приключений ни в каком государстве законами ограничить и предвидеть вперед невозможно, того ради необходимость требует в таких непредвиденных случаях дозволить судьям решить и судить дела по совести и справедливости и сколь далеко такое дозволение судье простирается должно сие также осторожностью и узаконить должно... тяжбенные дела должны решаться по правам... если прав не будет доставать, по справедливости и истине».[[15]](#footnote-15) Позже С.И. Вильнянский также полагал, что судебная практика должна получить признание как один из источников права. Более того, он считал, что судебная практика создает своего рода стабильность и устойчивость в применении права, так как способствует предвидению судебного решения в случаях, прямо не предусмотренных законом или недостаточно ясно им трактуемых.[[16]](#footnote-16) Но данная позиция в советское время не получила должной поддержки, ибо противоречила марксистско-ленинскому учению о праве, которое относило судебный прецедент к институтам буржуазного права.

Произошедшие затем в нашей стране политические преобразования коснулись и теории сущности права. Ученые стали рассматривать право, выходя за рамки теории нормативизма, понимать под ним не только закон, но и начали включать в это понятие также элементы свободы и справедливости. Таким образом, закон (формально) перестал быть единственным выражением права. Судебную практику как реализацию гуманистических и справедливых начал также можно было бы отнести к источникам права. Данная позиция получила отражение в ряде работ в поддержку судебного прецедента. Подчеркивалось, что судебный прецедент и судебное правотворчество существовали всегда, «прикрывая свое бытие различными легальными формами».[[17]](#footnote-17) Это проявилось в том, что пленумам высших судов СССР было предоставлено право давать в пределах имеющейся у них компетенции руководящие разъяснения по вопросам правильного и единообразного применения законодательства, обязательные для всех нижестоящих судов. То есть пленумы «осуществляли судебное правотворчество, на что не были уполномочены законодательством, которое предоставляло им лишь право законодательной инициативы или обращения в соответствующие органы с представлением о толковании закона».[[18]](#footnote-18) Кроме того, это проявлялось также в непосредственном использовании судебного прецедента на практике, в качестве которого рассматривались «решения пленумов и судебных коллегий Верховного Суда СССР и верховных судов союзных республик, а также президиумов последних».[[19]](#footnote-19) Как справедливо заметил Председатель Верховного Суда РФ В.М. Жуйков, фактически судебная практика, выраженная в разъяснениях Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР, всегда признавалась источником права. Не будучи признанной официально, она тем не менее фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона или аналогии права.[[20]](#footnote-20)

Исходя из сказанного, можно сделать вывод, что российская правовая наука и практика пока не выработали однозначного понимания доктрины судебного прецедента.

Относя Россию к континентальной системе права, наука теории права отрицает судебное правотворчество.

В то же время анализ показывает, что судебная практика все-таки является источником права в странах романо-германской правовой семьи. К. Цвайгерт и Х. Кетц, Р. Давид, К. Жоффре-Спинози также полагают, что неспособность законодателя вовремя поспевать за меняющейся действительностью является движущей силой для развития судейского нормотворчества.[[21]](#footnote-21) Это подтверждается практикой использования судами судебного прецедента практически во всех странах континентальной правовой системы.

Безусловно, в отличие от англосаксонской системы права роль судебной практики романо-германской правовой семьи не столь значительна. Но тем не менее отрекаться от нее как источника права нельзя. Вот тому подтверждение. ГК Франции предоставляет судебной практике широкие возможности, поскольку формулировки законов часто неточны, а сами законы имеют лакуны (пробелы) и допускают различное толкование. До сих пор в прежней редакции находится ст.4 Вводного титула ГК (Кодекс Наполеона), закрепляющая положение, согласно которому ничто не может помешать привлечь судью к ответственности за отказ принять решение под предлогом неясности, недостаточности или молчания (silence) норм по соответствующему вопросу.[[22]](#footnote-22) По свидетельству французских юристов, роль судебной практики во Франции исключительно велика. Источником права признаются решения не любого суда, а лишь суда высшей инстанции, которым является Кассационный суд. Его решения при рассмотрении конкретных дел служат общим ориентиром для судебной практики в целом, а также при наличии пробелов в законодательстве в частности.[[23]](#footnote-23)

Во Франции - традиционной стране романо-германской правовой семьи - сильное распространение получил судебный прецедент в области административной юстиции. В целом административное законодательство не носит законодательного характера. Во многих случаях законодатель ограничивается лишь установлением принципов общего характера (например, принцип разделения административных и судебных властей), а их содержание в действительности определяется судьей. Главную роль в создании таких прецедентов выполняет Государственный совет Франции, являющийся высшей инстанцией административной юстиции. По мнению Ж. Веделя, именно судебная практика сформулировала основополагающие нормы административного права без ссылки на писаные нормативные акты.[[24]](#footnote-24) В странах континентальной правовой семьи вообще наметилась тенденция признания нормотворческой роли судебной практики. Например, после Второй мировой войны высшие судебные инстанции ФРГ прочно встали на путь «судейского права».[[25]](#footnote-25)

В Испании правотворческие функции официально закреплены за Верховным судом. Иными словами, на законодательном уровне закреплена правотворческая роль судебной практики, где существует понятие «doctrina legal». Если данная доктрина нарушена, то допускается обжалование решений в Верховный суд.[[26]](#footnote-26)

В Германии такой авторитет придан решениям Федерального конституционного суда. Они в известном смысле даже превышают юридическую силу парламентских законов при их толковании Конституционным судом (ч. 2, 3 ст. 100 Конституции ФРГ). Его решения относительно конституционности или неконституционности законов имеют решающий характер для их дальнейшей судьбы и являются обязательными для всех без исключения государственных органов, в том числе и для судов. Все решения Конституционного суда имеют силу закона согласно ч. 2 ст. 93 Конституции ФРГ, а также параграфа 31 (II) Закона «О Федеральном конституционном суде», который говорит о юридической силе. С помощью данных решений могут признаваться недействительными и федеральные законы (п. 2 ч. 1 ст. 93, ч. 1 ст. 100 Конституции ФРГ).

Относящемуся к романо-германской семье королевству Нидерландов, исторические корни которого уходят в римское, каноническое право, а также в международные обычаи, также свойственна определенная двойственность.[[27]](#footnote-27) Развитие голландского права связано с французской системой (кодифицированное законодательство, четырехуровневая система судов, трехинстанционная судебная процедура с кассацией и т.п.). Официально в Голландии французское законодательство было введено с 1810 года. Почетное место в системе источников права принадлежит законодательству. Помимо основного законодательства в Нидерландах признаются также и «неписаные» источники права (один из главных принципов парламентской системы - «министры не могут оставаться в должности, если они утратили доверие Парламента» - не закреплен в писаной Конституции и является обычаем, утвердившимся в 1867 году).

В то же время существует много различий между правом Голландии и иными странами романской семьи (Германия, Франция). Так, часто голландское право называется «конвергируемым» из-за влияния на него общего права. Это влияние в развитии голландского права проявилось в роли конституционных соглашений и судебных прецедентов.[[28]](#footnote-28)

Суды достаточно часто занимались (и по сегодняшний день занимаются) правотворчеством. Они заполняют пробелы в праве, принимая решения, содержащие общие нормы для будущих дел. Так, Верховный суд Нидерландов сыграл значительную роль в защите прав транссексуалов, вследствие чего Парламентом в 1985 году был принят закон «О транссексуалах», обсуждавшийся в течение десяти лет. Аналогичной была ситуация с обсуждением проекта закона об эвтаназии.

С XIX века судом Нидерландов был выработан общий принцип судебной деятельности - запрет «отказа в правосудии», то есть отказа вынести решение по делу под предлогом молчания, неясности или неполноты закона. Суд является творцом основных принципов права: надлежащей правовой процедуры, равного обращения, запрета злоупотреблением властью, обязательного осуществления легитимных ожиданий, пропорциональности и т. д. Судебные решения способствуют повышению роли международного права. Роль Верховного суда особенно возросла после 1919 года. Официальные публикации прецедентов отсутствуют: наиболее важные публикуются в еженедельнике Nederlands Juristenblad и в бюллетене N.J.C.M.

В целом в Нидерландах творческая функция судебной власти наиболее высока по сравнению с некоторыми другими странами романо-германской группы. Вместе с тем судьи не являются центральными фигурами голландского законодательства. Голландию можно охарактеризовать как страну со «строгой практикой» и «гибким правом». Прецеденты привносят в право идеи, витающие в обществе.

Получается, что все вышеприведенные решения обладают свойствами источников права. Как заметил Д. Мертен, «их значимость выходит за пределы конкретного дела, они имеют общеобязательную силу, сходную с нормами права. Они публикуются как нормы права».[[29]](#footnote-29) Более того, судебные решения во всех приведенных странах официально публикуются в сборниках судебной практики, что позволяет правоприменителям знакомиться с прецедентами и применять их в последующих аналогичных делах. Таким образом, континентальная правовая семья создает все-таки условия для развития и существования судебного прецедента.

Что касается российской правовой доктрины, то исторически можно также проследить существенную значимую роль судебного прецедента в разрешении аналогичных (сходных) дел. Например, во времена княжеского правления вся власть, в том числе и судебная, была в руках князя. Как писал А.Е. Пресняков, «случаи сложные, неясные, новые, случаи, при которых применение обычного права привело бы к явной несправедливости, - вот, прежде всего, область княжеского решения. Это решение по справедливости, игравшее существенную роль в развитии права у всех народов. Это фактор творчества нового права путем прецедентов, какими становились отдельные княжеские приговоры».[[30]](#footnote-30) Таким образом, князь в случае отсутствия нормы права создавал прецедент. Зачастую нормы, выработанные княжеской судебной практикой, связываются с именами князей, принимавших нормы (Ярослава, сыновей Ярослава, Владимира Мономаха). И.А. Исаев также отмечает, что княжеские прецеденты на Руси способствовали формированию и развитию материального и процессуального права.[[31]](#footnote-31) Так, судебная практика нашла воплощение в «Русской Правде» - сборнике обычаев, судебных решений и немногих княжеских распоряжений. Если «Русская Правда» являлась сводом как обычных норм, так и судебных прецедентов и одновременно своеобразным пособием для поиска юридической истины (правды), то Судебник 1497 г., первый общерусский свод законов, установивший единообразие в судебно-административной системе государства, был «инструкцией» для организации судебного процесса. В 1649 году на заседании Земского Собора было принято Соборное Уложение (Уложение царя Алексея Михайловича, кодекс законов Российского государства). Его источниками, помимо указных книг, думских приговоров, решений земских соборов, Литовского Статута 1588 г. и Кормчей книги (византийское право), также являлись и судебники.

Если исходить из анализа немногих национальных систем романо-германской правовой семьи, становится очевидным, что в мире усиливаются процессы конвергенции.[[32]](#footnote-32) В странах с англосаксонской правовой системой, наряду с судебным прецедентом, все большую роль приобретают статуты, законы. После Второй мировой войны в Англии происходит интенсивное развитие законодательства. Появляется все больше законов, существенно модифицирующих старое право. В правовой системе США эффективно применяются в качестве источников права и судебные прецеденты, и нормативные акты. Зеркальные процессы отмечаются также в странах романо-германской правовой системы.

Аналогичная двойственная ситуация относительно наличия и признания фактического судейского правотворчества существует и в современной России. Она связана с решениями Конституционного Суда, а также постановлениями пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ (далее - высшие суды РФ). Существует несколько отчасти противоположных точек зрения по этому вопросу. Первая заключается в том, что высшие суды РФ (СССР) осуществляют исключительно надзор за деятельностью нижестоящих судов, обеспечивая единство применения законов. Тем самым они занимаются правоприменением, а не правотворчеством. Вторая точка зрения исходит из того, что судейское правотворчество противоречит конституционному принципу разделения государственной власти, вступает в конфликт с правотворческой ветвью власти - парламентом РФ.[[33]](#footnote-33) Такая позиция является достаточно распространенной. С.Л. Зивс подчеркивал: «Судебная практика противоречит принципу подзаконности судебной деятельности. Правотворческая деятельность суда с неизбежностью умаляет значение закона».[[34]](#footnote-34) Третья точка зрения признает фактическое судейское правотворчество, включая деятельность нижестоящих судов.[[35]](#footnote-35) Рассмотрим все правовые основы перечисленных позиций.

Первая и вторая позиции занимали в советской отечественной юридической литературе превалирующее место, в современной - отчасти. Высшие суды могут осуществлять лишь официальное толкование и разъяснение законов, не создавая новых норм права, поскольку не наделены действующим законодательством нормотворческими функциями, исходя из теории разделения властей (ст.10 Конституции РФ). В то же время органы исполнительной власти могут издавать нормативные акты, хотя это и противоречит данной теории. (Во исполнение и на основании федеральных законов, указов Президента РФ издаются нормативные постановления и распоряжения Правительства, министерств и ведомств, обязательные для неограниченного круга субъектов - ст.115 Конституции РФ.) «Тем не менее сегодня в юридической науке акты, принимаемые органами исполнительной власти, относятся к категории общепризнанных источников».[[36]](#footnote-36)

Сегодня общеобязательным характером обладают акты высших судебных инстанций - решения Конституционного Суда РФ, постановления пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Поэтому следует согласиться со справедливым взглядом Р.З. Лившица, подметившего, что «государственная власть осуществляется тремя основными ветвями: законодательством, управлением, правосудием. Средством осуществления власти служат, прежде всего, правовые нормы, поэтому основными видами правовых норм следует считать акты законодательства, управления и правосудия».[[37]](#footnote-37)

Немало дискуссий ведется по поводу того, что судебный прецедент неэффективен. Прежде всего потому, что не способствует объективному (всестороннему и полному) исследованию обстоятельств по конкретному делу, следствием чего может стать несправедливое решение или приговор суда. Безусловно, судьям было бы намного легче, если они имели бы возможность применять руководящие начала, основу разрешения конкретного дела, представленную в виде источника права - судебного прецедента. Хотя в России официально судебный прецедент не признается источником права, тем не менее он играет немаловажную роль на практике.

Судебный прецедент представляет собой более гибкий механизм преодоления пробелов в законодательстве. При наличии пробелов в праве, его отставании от жизни высшие судебные органы фактически издают нормы, вносящие изменения и дополнения в действующую систему нормативного регулирования общественных отношений. При этом судебный прецедент следует рассматривать в двух плоскостях: 1) судебный прецедент создает правоположение, которое отсутствует в нормативном акте, и тем самым преодолевает пробелы в законодательстве; 2) судебный прецедент дает разъяснения и толкование нормативно-правового акта.

Таким образом, современное понимание концепции теории разделения властей 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. В прежние времена отказ в наделении судов правотворческой функцией был вызван отчасти политическими мотивами, необходимостью обеспечения тотального господства властного центра. В нынешних условиях признание за отдельными судебными актами роли источников права способно обеспечить большую «эластичность» и объективность реально действующих правовых норм. Более того, учет законодателем при разработке новых законов судебной практики, в том числе формируемой решениями Конституционного Суда, позволяет говорить о прочном развитии и становлении судебной власти в нашей стране. Поэтому целесообразно на официальном уровне, законодательно признать судебное правотворчество за высшими судебными органами, в частности, за Конституционным Судом РФ, в качестве одного из необходимых способов формирования правовых норм, на основе которых будут разрешаться не только разово-конкретные дела, но и другие аналогичные дела. Тем более что такое правотворчество уже фактически существует.

Признание прецедентного характера решений высших судебных инстанций, в частности по преодолению пробелов в законодательстве, будет способствовать осуществлению конституционного принципа судебной защиты. За последние годы судебная практика высших судебных инстанций подтвердила, что она является источником права, «что суд не только применяет право, но и творит его, что служит на благо людей, поскольку обеспечивает защиту их прав и свобод, а отказ суда от этой функции послужил бы во вред».[[38]](#footnote-38) Это никак не умаляет роли и места Конституции РФ и иных федеральных конституционных и обычных законов в иерархической системе нормативно-правовых актов, потому как судебный прецедент является вторичным или производным источником по отношению к закону. Он подчинен закону, конкретизирует букву закона, наполняя ее реальным содержанием, и в конечном счете является необходимым условием реализации воли самого законодателя. Таким образом, от судебного правотворчества теория разделения властей никоим образом не пострадает. Не страдает она и от подобной практики на Западе. Несмотря на существующее разделение властей, в Германии и во Франции, например, решения судов высшей инстанции являются источником права.

# 2. Виды судебных прецедентов в России

## § 1. Решения судов по конкретным делам

Что касается принципиального отношения к судебному нормотворчеству, то сегодня можно сказать, что произошел перелом - оно постепенно получает признание. Говорится, что право на создание правовых норм вытекает из самостоятельности судебной власти, а также из задач суда по защите прав и свобод граждан. Подобные идеи обосновываются ссылками на некоторые положения Конституции РФ, прежде всего о приоритете и непосредственном действии прав и свобод граждан (ст. 18), о гарантированности гражданам судебной защиты их прав и свобод (ст. 46). Источник судебного нормотворчества видится в первую очередь в возможности применения судами непосредственно норм законов, Конституции РФ, международных договоров и общепризнанных принципов международного права, если акты меньшей юридической силы им противоречат. Однако существуют и противники этой идеи, видящие в ней противоречие принципу разделения властей, законности и природе судебной деятельности.

Все же на современном этапе, думается, необходимо констатировать наличие и неизбежность судебного нормотворчества, хотя бы постольку, поскольку существует немало сложных правовых проблем, не имеющих четкого и недвусмысленного законодательного решения и требующих выбора какого-либо одного варианта решения из числа возможных, - в этом прежде всего и заключается правотворческая задача судов, сопровождающая применение законов.

В России традиционно не было и нет прецедента в его англо-американском понимании, подразумевающем создание определенными (высшими) судами страны в ходе конкретного дела новых норм права и обязанность остальных судов следовать этому правилу. Но сегодня звучат предложения придать решениям Верховного, Высшего Арбитражного Судов обязательную для нижестоящих судов силу при разрешении аналогичных дел (т.е. придать им прецедентный характер в собственном смысле слова).[[39]](#footnote-39)

Говорится и о признании нормообразующей роли судебной практики в том смысле, как это понимается в континентальной правовой семье: право любых судов создавать правовые нормы (в основном конкретизирующие), которые при многократном и единообразном применении становятся своеобразным правовым обычаем. При этом ведущую роль, конечно, выполняют высшие судебные инстанции страны.

Выбирая из указанных двух моделей (континентальная и англо-американская), необходимо понимать разницу между ними, имеющую историко-культурные корни. Отличия заключаются не только в описанном выше механизме формирования судебной нормы (установление правоприменительным судебным актом или судебным обычаем), но и в объеме полномочий судов: в англо-американской системе он весьма широкий (допускает создание совершенно новых, оригинальных норм права и нормотворчество «extra legem» (сверх закона), в том числе «contra legem» (вопреки закону)), в континентальной системе нормотворчество судов более ограниченно, носит дополнительный к законам характер и применяется в основном там, где закон недостаточно ясен, конкретен.

Исторически, как известно, Россия тяготеет к континентальной правовой семье, и с этих позиций ей ближе модель, отрицающая обязательность мнения высших судов страны. Кроме того, мы полагаем, что англо-американская система имеет ряд опасных сторон, а именно:

- сдерживание стихийного развития судебной практики и тем самым нивелирование гибкости правового развития, выгодно отличающей правоприменительное нормотворчество от абстрактного нормоустановления;

- некоторая коллизия с принципом разделения властей, т.к. по сути дела происходит наделение определенных судебных инстанций правом законодательствования (пусть и в специфической форме);

- ущемление независимости судей (подчинение только закону), а именно их свободы в принятии решения в тех рамках, которые очерчены законодательством (дискреционные полномочия).

Кроме того, нужно иметь в виду, что судейское нормотворчество, хотя и является продуктом и атрибутом правового государства, тем не менее чревато умалением некоторых требований правового государства: верховенства закона, гарантии граждан заранее знать о юридических «правилах игры» и последствиях их нарушения. Существует замечательное высказывание Дж. Бентама, сравнивавшего создание судьями права с воспитанием собаки: «Если ваша собака делает то, от чего вы хотели бы ее отучить, вы ждете, когда она это сделает, а затем бьете ее за это... И так же судьи делают право для вас и для меня... Они бездействуют в ожидании, пока он сделает то, что, по их словам, ему не следовало делать, и тогда они вешают его за это».

В этих условиях для обеспечения баланса между явными положительными и явными отрицательными последствиями нормотворчества судей объем и значение последнего не должны быть слишком велики. Полагаем, что континентальная система в большей мере отвечает данной потребности. Тем более, что, во-первых, она проверена длительной практикой, а во-вторых, в англо-американской системе наблюдается снижение императивной силы отдельных судебных решений (в частности, упрощается традиционно очень сложный даже для самого правосозидающего суда механизм преодоления однажды установленного прецедента).[[40]](#footnote-40) Не следует забывать и об эффективно действующих внутри судебной системы силах самоконтроля.

Полагаем, что решения Верховного и Высшего Арбитражного Судов РФ нецелесообразно наделять обязательной юридической силой для нижестоящих судов при разрешении аналогичных дел. В то же время суды (общей юрисдикции и арбитражные) должны обладать правом нормотворчества (в форме «судебной практики»).

## § 2. Разъяснения Верховного, Высшего Арбитражного Судов РФ

Общие разъяснения вопросов применения законодательства, даваемые Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ, имеют важнейшее значение для обеспечения единообразия судебной практики. При этом разъяснения по большей части не просто комментируют законодательство, «расшифровывают» его лаконичные предписания, а решают действительно сложные вопросы его понимания. Не секрет, что законодательство имеет массу пробелов, неясностей, противоречий. Именно на их устранение в основном направлена праворазъяснительная деятельность высших судов страны. И конечно, невозможно избежать создания новых правовых норм.

При этом сегодня остается неясным главный вопрос - о юридическом значении таких разъяснений. Во-первых, в Конституции РФ говорится о «разъяснениях», тогда как ранее говорилось о «руководящих разъяснениях». Во-вторых, принятый после Конституции РФ Федеральный конституционный закон «О судебной системе РФ» не содержит норм о том, являются ли разъяснения обязательными (п. 5 ст. 19, п. 5 ст. 23). В то же время в Законе «О судоустройстве в РСФСР» 1981 г. (который действует в части, не противоречащей указанным актам) закреплено правило об обязательности постановлений Пленума Верховного Суда. В этой связи возникает вопрос, согласуется ли с новой российской Конституцией и законодательством правило об обязательности разъяснений Верховного Суда РФ. Несколько иная ситуация с разъяснениями Высшего Арбитражного Суда РФ. Принятый после Конституции РФ 1993 г. Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в РФ» закрепил, что постановления, издаваемые Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам его ведения, обязательны для арбитражных судов в РФ, следовательно, обязательны и праворазъяснительные постановления (ст. 13 Закона). Аналогичное правило об обязательности разъяснений Пленума Верховного Суда РФ содержится и в проекте Федерального закона «О Верховном Суде РФ», внесенном Верховным Судом в Государственную Думу.

Очевидно, что вопрос об обязательности разъяснений должен решаться единообразно, одинаково для обеих высших судебных инстанций страны. Это, однако, не означает, что решение должно быть именно таким, какое существует в настоящее время применительно к Высшему Арбитражному Суду РФ. Надо сказать, что приведенные положения Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в РФ» воспринимаются неоднозначно и подчас вызывают возражения, в том числе как противоречащие Конституции РФ.[[41]](#footnote-41)

Различные ученые и практики относятся к обязательности разъяснений диаметрально противоположно: одни полагают, что разъяснения должны быть и по-прежнему являются обязательными,[[42]](#footnote-42) другие - что разъяснения должны носить и на новом этапе носят лишь рекомендательный характер.[[43]](#footnote-43)

Более целесообразным представляется лишить разъяснения обязательной юридической силы. Считаем, что этого требуют новые правовые условия организации власти в стране, прежде всего принцип разделения властей и принцип независимости судей.[[44]](#footnote-44) Наличие разъяснений как формы руководства судами, средства выработки единой судебной политики, безусловно, необходимо, особенно в условиях формирования и развития судейского права. Однако обязательность разъяснений (в случае воплощения в них новых нормативных правил) превращает их из актов руководства судами в нормативные правовые акты. Соответственно дача таких разъяснений представляет собой правотворчество путем издания подзаконных актов. Такое правотворчество по своему характеру вовсе не является судебным, и подобные полномочия не могут быть отнесены к судебным функциям, а значит, их наличие влечет грубое нарушение принципа разделения властей. Кроме того, принцип независимости судей требует подчинения судей только закону (в более развернутом смысле - также соблюдения всех соответствующих закону нормативных правовых актов), и постановка между судьей и законом некоего дополнительного нормативного звена в виде разъяснений высших судов вступает в коллизию с указанным принципом. В Концепции судебной реформы России провозглашено такое направление судебной реформы, как повышение независимости судей от мнения вышестоящих инстанций.[[45]](#footnote-45) Аналогичный тезис - о повышении значения каждого звена судебной системы - содержится в Рекомендации N R/94/12 по вопросам независимости судей, принятой Комитетом Министров государств - членов Совета Европы в 1994 г. Нелишне напомнить, что институт обязательных абстрактных разъяснений законодательства не был известен дореволюционной России и не известен современному зарубежному законодательству, за исключением некоторых постсоциалистических стран (т.к. феномен разъяснений был характерен лишь для стран социалистической ориентации).

Думается, что лишение разъяснений Верховного (Высшего Арбитражного) Суда РФ обязательной силы вовсе не приведет к разнобою в судебной практике. Не следует сбрасывать со счетов инстанционное устройство судебной системы и связанный с ним самоконтроль судебной системы. Отступление от позиции Верховного Суда РФ возможно лишь в том случае, если суд убежден в правильности иного подхода к решению проблемы и готов противопоставить его «официальной» точке зрения. Такая свобода лишь повышает степень ответственности судьи за принимаемое решение. Тем самым обеспечивается искомый баланс между интересами единообразия практики и независимостью отдельных судей. Разъяснения должны играть роль «официальной судебной доктрины», а не самостоятельного, довлеющего над судьями источника права.

По сути, аналогичную позицию высказал Конституционный Суд РФ в Определении от 4 июля 2002 г. N 200-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы акционерного общества открытого типа «Энергомаш» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статьи 5 Закона Российской Федерации «О дорожных фондах в Российской Федерации», пункта 5 Порядка образования и использования территориального дорожного фонда Новгородской области, пункта 1 статьи 75 Налогового кодекса Российской Федерации и пункта 2 статьи 13 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации». В пункте 4 мотивировочной части данного Определения суд указал: «Специфика деятельности системы арбитражных судов в Российской Федерации состоит в том, что на Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, в отличие от Верховного Суда Российской Федерации, возлагается осуществление мер по созданию условий для судебной деятельности арбитражных судов, в том числе по их кадровому, организационному, материально-техническому и иным видам обеспечения (подпункт 8 пункта 1 статьи 10 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации»). Реализуя эти полномочия, Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в предусмотренном законом порядке утверждает места постоянного пребывания федеральных арбитражных судов округов, формирует президиумы федеральных арбитражных судов округов и арбитражных судов субъектов Российской Федерации, утверждает регламент арбитражных судов, решает другие вопросы их организации и деятельности (подпункты 6, 7, 8, 9 и 10 пункта 1 статьи 13 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации»), и именно по этим вопросам деятельности нижестоящих арбитражных судов постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации являются обязательными.

Что касается разъяснений по вопросам судебной практики, которые Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в форме постановления дает арбитражным судам на основании изучения и обобщения практики применения ими законов и иных нормативных актов, то они имеют целью предупреждение судебных ошибок, но не предрешают результаты рассмотрения конкретных дел и в этом смысле не являются обязательными. Иное означало бы недопустимое превышение Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации своих конституционных полномочий и нарушение конституционного принципа независимости судей при осуществлении правосудия».

Итак, разъяснения Верховного, Высшего Арбитражного Судов РФ не должны обладать обязательной юридической силой. В то же время они необходимы как важное средство обеспечения единообразия практики, повышения квалификации судей, форма предзаконодательного правообразования («модельного нормотворчества»).

## § 3. Решения Конституционного Суда РФ

Важным аспектом судебного нормотворчества является деятельность Конституционного Суда РФ, который существует в России уже (или только?) 10 лет. Исследования в этой области лишь начались, высказываются самые противоположные суждения о правовой природе и значении постановлений и определений Суда.

Конституционный Суд - в первую очередь орган конституционного нормоконтроля: он проверяет на соответствие Конституции РФ законы и нормативные подзаконные акты. Проверка конституционности индивидуальных судебных решений или разъяснений Верховного, Высшего Арбитражного Судов РФ не входит в компетенцию Конституционного Суда. Но необходимо иметь в виду, что проверка конституционного нормативно-правового акта осуществляется не только исходя из его буквального смысла, но и из смысла, придаваемого ему судебной и иной правоприменительной практикой, включая разъяснения Верховного, Высшего Арбитражного Судов РФ (ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ», далее - ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»).

Постановления Конституционного Суда, которыми тот или иной акт признается неконституционным или конституционным, обязательны для всех лиц (ст. 6 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»). Причем соответствующие выводы Суда распространяются на все иные нормативно-правовые акты, содержащие нормы, аналогичные тем, что стали предметом рассмотрения Конституционного Суда (ст. 87 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»). Впрочем, и подтверждение конституционности того или иного законодательного подхода имеет существенное значение, такое решение является окончательным, в дальнейшем все обязаны соблюдать и исполнять соответствующую и аналогичные нормы. Очевидно, что таким образом Конституционный Суд оказывает важнейшее воздействие как на правоприменительную, так и на нормотворческую практику.

Однако значение решений Конституционного Суда по делам о нормоконтроле этим не исчерпывается. В мотивировочной части Конституционный Суд РФ формулирует положения - «правовые позиции», на основе которых делает вывод о соответствии оспариваемого акта Основному закону страны. Какова внутренняя природа и юридическая сила этих положений? Представляют ли они собой подчас новые, не выводимые из закона правила, являются ли они обязательными? Все эти вопросы в настоящее время остаются спорными.[[46]](#footnote-46) Думается, что нередко правовые позиции Конституционного Суда РФ не сводимы к собственному содержанию норм Конституции РФ и представляют собой смысловое развитие ее предписаний.

Кроме того, Конституционный Суд дает толкование Конституции РФ. Его выводы также являются обязательными, в том числе для законодателя, и тем самым обретают качество правовой нормы. Ведь Суд решает те вопросы, которые не имеют четкой регламентации в Основном законе. ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» предусмотрено, что основанием обращения в Конституционный Суд является «обнаружившаяся неопределенность» в том или ином вопросе (ст. 36), поэтому Суд отказывает в принятии обращения к рассмотрению, если находит, что такая неопределенность отсутствует, норма недвусмысленна (см., напр., Определения Конституционного Суда РФ от 5 ноября 1998 г., от 8 июня 2000 г.).

Решения Конституционного Суда РФ иногда рассматриваются как прецеденты. В отличие, например, от разъяснений высших судебных инстанций страны постановления Конституционного Суда во всех случаях принимаются как бы по конкретному делу, т.к. издаются в связи с постановкой перед судом определенными уполномоченными лицами конкретной правовой проблемы. Однако очевидно, что «конкретность» в данном случае, особенно если речь заходит о толковании Конституции РФ, весьма относительна. В силу специфики конституционной юстиции решения Конституционного Суда РФ лишь процессуально, формально могут быть сопоставлены с судебным прецедентом. Но сами решения являются в большей мере абстрактными и общими актами, нежели решениями по конкретным делам. Несколько больше признаков прецедента в решениях по нормоконтролю: они применяются не только «напрямую» к акту, признанному неконституционным, но и по аналогии к таким же положениям других актов. В этой ситуации, очевидно, следует говорить о смешанной и даже особой природе решений Конституционного Суда РФ, что связано со спецификой его компетенции.

Так или иначе многие решения Конституционного Суда РФ по содержанию уже сегодня являются нормообразующими. При этом Конституционный Суд РФ как при нормоконтроле, так и при толковании Конституции РФ практически не связан в свободе своих рассуждений. К этому можно прибавить, что он оперирует нормами Конституции - документа в значительной мере политического. Все это слишком часто переводит его деятельность из правовой в политическую плоскость, и, как видится, суд далеко не всегда принимает политически беспристрастные решения. Между тем по логике вещей в тех случаях, когда по тому или иному вопросу необходимо политическое решение, если законодательство не приводит к какому-то конкретному результату, то суду следовало бы воздерживаться и указывать нормодателю на пробел или неясность и требовать их устранения в определенный срок (так, например, по закону действует Конституционный Суд в Венгрии[[47]](#footnote-47)). Конечно, механизм нуждается в проработке, но важен принципиальный подход. Отечественный же Суд гораздо чаще сам принимает политическое решение, маскируя его истинную природу правовыми рассуждениями.[[48]](#footnote-48)

Характерно, что в США выделяют «механистическое» и «конструктивное» толкование Конституции. Первое исходит из того, что буква является единственным воплощением смысла, и если обнаруживаются внутренние недостатки, то единственным средством их исправления является внесение поправок в Конституцию. Второе подразумевает, что «буква» служит лишь отправной точкой для дальнейших логических построений.[[49]](#footnote-49) Несмотря на официальное господство первых взглядов в отечественной теории[[50]](#footnote-50), на практике Конституционный Суд РФ нередко следует второму подходу.

Полагаем, что законодательство о полномочиях Конституционного Суда по толкованию и нормоконтролю нуждается в совершенствовании.

## § 4. Решения Европейского Суда

Права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации признаются и гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права; эти принципы и нормы, а также международные договоры России являются составной частью ее правовой системы; при этом международный договор имеет приоритет перед законом в случае их коллизии (ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17 Конституции).

Так, в настоящее время в правовую систему России инкорпорирована Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Конституция РФ заключает в себе механизм, позволяющий вводить в отечественную правовую систему новые принципы и нормы, равно как и международные договоры, по мере их возникновения, а также обновлять существующие - по мере их развития. Она не предусматривает полной подчиненности российских законов международным договорам. Иными словами, международный договор не отменяет национальный закон - приоритет нормы договора над нормой закона имеет место только в сфере правоприменения.

Ни Конституция, ни Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» не обязывают Конституционный Суд применять в своей деятельности иные, помимо Конституции, источники. Тем самым допускается вывод о том, что Конституционный Суд, анализируя поставленные перед ним вопросы права, должен использовать в качестве кодекса и правового эталона лишь букву Конституции, свое понимание этой буквы. Однако в практике Конституционного Суда с самого начала его деятельности утвердился подход, когда общепризнанные принципы и нормы международного права используются в качестве эталона, сообразуясь с которым в государстве осуществляются права и свободы человека и гражданина, закрепленные Конституцией.

Конституционный Суд не только привлекает международно-правовую аргументацию в качестве дополнительного довода в пользу своих правовых позиций, вырабатываемых на основе Конституции, но и использует ее для разъяснения смысла и значения конституционного текста.

Так, в декабре 2003 г. федеральным законодательством был исключен институт конфискации как дополнительный вид наказания из уголовного законодательства. Это значительно ограничило возможности выполнения Российской Федерацией своих международно-правовых обязательств по целому ряду конвенций, участницей которых она уже является (Конвенции Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности от 8 ноября 1990 г.; Конвенции ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ от 20 декабря 1988 г.; Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма от 9 декабря 1999 г.; Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г.) и которые готовятся к ратификации (Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 г.; Конвенция ООН против коррупции от 31 октября 2003 г.).

Конституционный Суд в своем Определении от 8 июля 2004 г. N 251-О отметил, что в настоящее время институт конфискации имущества в сфере уголовной юстиции регулирует норма, содержащаяся в п. 1 ч. 3 ст. 81 УПК Российской Федерации (институт конфискации имущества, признанного вещественным доказательством по уголовному делу). Данная норма, будучи по своей природе и сущности нормой уголовно-процессуального законодательства как самостоятельной отрасли в системе законодательства Российской Федерации, имеет собственный предмет правового регулирования - институт вещественных доказательств в уголовном судопроизводстве. Данная норма, обеспечивая выполнение Российской Федерацией принятых на себя международно-правовых обязательств применительно к сфере уголовно-процессуального законодательства, не подменяет и не может подменять собой нормы уголовного закона, которыми, и только которыми конфискация устанавливается в качестве уголовного наказания, и, соответственно, не исключает урегулирование вопросов конфискации в сфере уголовного законодательства с учетом предписаний названных Конвенций.

Исходя из указанной правовой позиции, урегулирование вопросов конфискации в сфере уголовного законодательства предполагает не просто восстановление исключенной ст. 52 Уголовного кодекса РФ в прежнем виде, а введение уголовно-правового института конфискации в новой редакции, соответствующей требованиям названных конвенций.

В силу ст. 32 Конвенции о защите прав человека и основных свобод Европейский суд по правам человека 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 для 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.

Российская Федерация официально признала обязательной юрисдикцию Европейского суда по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней. Поэтому российским судам необходимо учитывать в своей деятельности прецедентную практику Европейского суда по правам человека. Конституционный Суд в ряде своих Постановлений (в частности, от 27 июня 2000 г. N 11-П, от 12 марта 2001 г. N 4-П, от 30 июля 2001 г. N 13-П и др.) ссылается на решения Европейского суда, которые фактически оцениваются им как источник права.

Но каким образом должен действовать Конституционный Суд, когда Россия сталкивается с необходимостью исполнения решений Европейского суда, вынесенных в отношении ее по существу?

Как известно, в соответствии с Конвенцией решения Европейского суда влекут за собой обязательства принятия «действенных мер для предотвращения новых нарушений Конвенции, подобных нарушениям, выявленным решениями Суда».

Согласно правовой позиции Конституционного Суда, зафиксированной в Постановлении от 2 февраля 1996 г. N 4-П, принятом еще до ратификации Конвенции Россией, решения межгосударственных органов могут приводить к пересмотру конкретных дел высшими судами Российской Федерации, что позволяет последним повторно рассматривать дела в целях изменения ранее состоявшихся решений, в том числе принятых высшей внутригосударственной судебной инстанцией.

Учитывая данное решение, можно утверждать, что в Российской Федерации создана правовая база для судебного пересмотра дел, если такая необходимость возникнет при исполнении решений Европейского суда. Несмотря на все еще ведущиеся научные дискуссии о прецеденте, в России нет принципиальных препятствий для реализации решений Европейского суда в судебной практике. Вопрос лишь в том, как оптимально сконструировать механизмы такой реализации.

Возможен следующий порядок исполнения решений Европейского суда: если решения касаются конкретных дел и их исполнение не требует изменений в правовом регулировании, то прерогатива их исполнения у Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, которые пересматривают соответствующие решения, вынесенные национальными судами. Если же защищаемые Конвенцией права и свободы нарушены законом, примененным в конкретном деле, то есть если речь идет о дефектах закона, то вопрос о судьбе данного закона, о проверке его конституционности разрешается Конституционным Судом РФ.

Таким образом, Конституционный Суд в своей практике при проверке законов и иных нормативных актов принимает решения и вырабатывает правовые позиции, опираясь в том числе на Конвенцию и ее толкование Европейским судом.

Как судебный орган конституционного контроля Конституционный Суд РФ ориентирует развитие правовой системы России, ее законотворчество и правоприменительную практику в целом в направлении соответствия современному пониманию прав и свобод человека и гражданина, закрепленных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Этим Конституционный Суд играет важную роль в становлении и упрочении российского права как составной части единого европейского правового пространства, основанного на данной Конвенции.

Конституционный Суд России внимательно относится к практике конституционных судов других государств, изучает наработанные ими правовые позиции по всем вопросам, оказывающимся в поле зрения судебного конституционного контроля. Это предохраняет от губительной изоляции, позволяет принимать решения с учетом того огромного опыта, который накоплен зарубежными конституционными судами, то есть в контексте всего общеевропейского конституционного контроля, осуществляемого конституционными судами, которые призваны быть хранителями и гарантами современного конституционного строя, основанного на принципах правового государства и господства права.

# Заключение

В заключение можно сделать следующие выводы. Хотя судебный прецедент и не признается в России источником права, тем не менее он играет немаловажную роль. Например, Верховный Суд РФ изучает, обобщает судебную практику и дает руководящие разъяснения по вопросам применения законодательства. Эти руководящие разъяснения обязательны для судов и иных органов и лиц, применяющих, например, уголовно - процессуальный закон. Постановления издаются в целях единообразного понимания и применения норм права. Не это ли проявление в какой-то степени, пусть даже и в малой, судебного прецедента?

Конечно, немало дискуссий ведется по поводу того, что судебный прецедент неэффективен, прежде всего потому, что не способствует объективному (всестороннему и полному) исследованию обстоятельств по конкретному делу, следствием чего может стать несправедливое решение или приговор суда.

Но разве не легче было бы вершителям правосудия, когда под рукой у них имелись бы руководящие начала, а именно основа разрешения конкретного дела, представленная в виде источника права - судебного прецедента. «Омоложение кадров идет стремительно, - пишет заместитель Председателя Верховного суда Республики Коми О. Марков, - нередко суды состоят только из членов, которые не имеют опыта судейской работы, им не с кем посоветоваться, не с кого взять пример».[[51]](#footnote-51)

Напрашивается вывод, что появление и закрепление судебного прецедента в России как источника права вполне оправданно, а главное - нужно для еще пока «зеленых», не в обиду будет сказано, судей. Но закрепить за судами правотворческую функцию - значило бы нарушить конституционный принцип разделения властей. Опять очередное препятствие.

Если же рассмотреть внедрение прецедента в идеале, то для того, чтобы он смог прижиться в нашей стране, надо: законодательно закрепить за судами правотворческую функцию; создать и утвердить определенную процедуру, способствующую быстрому закреплению судебных решений в качестве прецедента; создать орган - фильтр, который бы отменял прецеденты, которые не соответствуют (или перестали соответствовать) реалиям общественной жизни.

В связи с вышесказанным полагаем необходимым в плане совершенствования законодательства:

(1) легально закрепить право судов на нормотворчество «субсидиарно» к нормативно-правовым актам, не только в случаях пробелов, как это указано в ГК РФ (что применимо не ко всем отраслям права), но и в случаях неясности и противоречивости законодательства; так, в законах ряда европейских государств содержатся формулы примерно следующего содержания: суд не может отказать в рассмотрении дела по мотивам неясности, противоречивости или неполноты законодательства (Франция, Швейцария); похожие правила содержались в дореволюционном российском и в первые годы в послереволюционном советском законодательстве;

(2) лишить разъяснения Верховного, Высшего Арбитражного Судов РФ обязательной юридической силы;

(3) подробно регламентировать праворазъяснительную деятельность Верховного, Высшего Арбитражного Судов РФ, восприняв и даже увеличив ту степень подробности регулирования, которая свойственна «старому» Закону РСФСР «О судоустройстве в РСФСР» (в отношении Верховного Суда РСФСР), в частности дополнить требованиями обязательной мотивировки правовой позиции Суда, правом судей Пленумов высказывать и оформлять «особые мнения»;

(4) более подробно регламентировать деятельность Конституционного Суда РФ, ограничив свободу его правотворения; показательно, что вопросу толкования Конституции РФ в ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» сейчас посвящено всего 2 статьи: право на обращение в суд и обязательность решений суда;

(5) «правила толкования» целесообразно закрепить и для иных судов, чтобы поставить под легальный контроль их правотворческую деятельность (такой опыт существует в США, Великобритании и др.); это проблема комплексного, межотраслевого характера, т.к. соответствующие правила неизбежно будут различаться в разных отраслях права.

# Список используемой литературы

1. Ануфриева Л.П. Об источниках международного частного права (некоторые вопросы теории) // Международное частное право. – 1994. – N 4.
2. Боботов С.В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ). – М., 1994.
3. Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья. – 1999. – N 3.
4. Варламова Н.В. Пять лет шестой Конституции России: проблемы реализации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 1998. – N 2.
5. Ведель Ж. Административное право Франции. – М., 1973.
6. Вильнянский С.И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. – М., 1947. – Вып.9.
7. Голландская правовая культура / Отв. ред. В. В. Бойцова, Л.В. Бойцова. – М.: Легат, 1998.
8. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. – М., 1940.
9. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1967.
10. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1998.
11. Десницкий С.Е. Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи. – СПб., 1905.
12. Демидов В.В. О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1998. – N 3.
13. Ефимичев С., Ефимичев П. Конституция РФ и ее толкование Конституционным Судом РФ // Уголовное право. – 1999. – N 3.
14. Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. – М. 1997.
15. Зивс С. Л. Источники права. – М., 1981.
16. Исаев И. А. История государства и права России. – М.: Юрист, 1993.
17. Исаев М. Судебная практика Пленума Верховного суда СССР как источник советского уголовного права // Ученые записки ВИЮН. Вып.5. – М., 1947.
18. Карпов Д.В. Конституционно-правовые основания актов судебной власти: технико-юридический аспект // Проблемы юридической техники: Сб. ст. / Под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2000.
19. Карташов В.Н. Применение права: Учебное пособие. – Ярославль, 1980.
20. Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. – М., 1916.
21. Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам / Под ред. В. Лебедева, Б.Н. Топорнина. – М., 1999.
22. Комментарий части первой ГК РФ для предпринимателей. – М., 1995.
23. Концепция судебной реформы в РФ. – М., 1992.
24. Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. – СПб., 1999.
25. Кучин М.В. Нормотворческая деятельность судебных органов РФ и судебный прецедент // Право и политика. – 2000. – N 5.
26. Лазарев Л.В. Некоторые спорные вопросы теории и практики конституционного правосудия // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1997. – N 3.
27. Лафитский В.И. Основы конституционного строя США. – М., 1998.
28. Лившиц Р.З. Современная теория права. Краткий очерк. – М., 1992.
29. Максимов А.Н. Прецедент как один из источников английского права // Государство и право. – 1995. – N 2.
30. Манов Г.Н. Теория государства и права. – М., 1995.
31. Марков О. Нравственное начало в работе судьи // Российская юстиция. – 1999. – N 7.
32. Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. – 1994. – N 12.
33. Марченко М. Н. Является ли судебная практика источником российского права // Журнал российского права. – 2000. – N 12.
34. Наумов А. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. – 1994. – N 1.
35. Невинский В.В. Конституционный Суд РФ и правотворчество в России // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1997. – N 3.
36. Нерсесянц В.С. О правоприменительной практике судебных органов // Судебная практика как источник права. – М., 1997.
37. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. – М., 1959.
38. Общая теория государства и права: В 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т.2. – М., 1998.
39. Орловский П.Е. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право. – 1940. – N 8 - 9.
40. Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. – 1970. – N 3.
41. Подольская Н.А. Прецедент как источник права в романо-германской правовой семье // Вестник МГУ. Серия 11, «Право». – 1999. – N 6.
42. Пресняков А.Е. Княжеское право в Древней Руси. – М., 1993.
43. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / Под ред. Ю.С. Гамбарова. – М., 1897.
44. Сабо И. Социалистическое право. – М., 1973.
45. Сивицкий В.А., Терюкова Е.Ю. Решения Конституционного Суда РФ как источники конституционного права РФ // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1997. – N 3.
46. Стецовский Ю.И. Судебная власть: Учеб. пособие. – М., 1999.
47. Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. – М.: Юридическая литература, 1975.
48. Терюкова Е.Ю. Способы участия органов конституционного правосудия в правотворчестве // Вестник Московского ун-та. Сер. 11. Право. – 1999. – N 5.
49. Туманов В.А. К критике концепции «судейского права» // Советское государство и право. – 1980. – N 3.
50. Учебник гражданского права / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. 3-е изд. – М.: Проспект, 1998.
51. Фабр Р. Роль судебной практики в развитии права // СССР - Франция: Социологический и международно-правовые аспекты сравнительного правоведения. – М., 1987.
52. Хабриева Т.Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. – М., 1998.
53. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы. – М.: Международные отношения, 2000.
54. Chorus J. M. J. History. - Introduction to Dutch Law for Foreign Lawers.
55. Merten D. Sources of law in the Federal Republic of Germany // Sources of law. Comparative empirical study. – Budapest, 1982.

1. См.: Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. – 1970. – N 3. – С. 57. [↑](#footnote-ref-1)
2. См.: Карташов В.Н. Применение права: Учебное пособие. – Ярославль, 1980. – С. 22; Комментарий части первой ГК РФ для предпринимателей. – М., 1995. – С. 40. [↑](#footnote-ref-2)
3. См.: Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / Под ред. Ю.С. Гамбарова. – М., 1897. – С. 170. [↑](#footnote-ref-3)
4. В правоприменительную деятельность включается несколько функций: праворазъяснительная, правоконкретизирующая, правовосполнительная, сигнально-информационная и воспитательная. [↑](#footnote-ref-4)
5. См.: Орловский П.Е. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право. – 1940. – N 8 - 9. – С.96; Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. – М., 1959. – С. 125. [↑](#footnote-ref-5)
6. См.: Боботов С.В. Конституционная юстиция (сравнительный анализ). – М., 1994. – С. 108. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ануфриева Л.П. Об источниках международного частного права (некоторые вопросы теории) // Международное частное право. – 1994. – N 4. – С. 64 - 65. [↑](#footnote-ref-7)
8. Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 125. [↑](#footnote-ref-8)
9. См.: Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. – М., 1940. – С. 184; Манов Г.Н. Теория государства и права. – М., 1995. – С. 266; Нерсесянц В.С. О правоприменительной практике судебных органов // Судебная практика как источник права. – М., 1997. – С. 34, и др. [↑](#footnote-ref-9)
10. См.: Сабо И. Социалистическое право. – М., 1973. – С. 325. [↑](#footnote-ref-10)
11. См.: Манов Г.Н. Указ. соч. С. 266. [↑](#footnote-ref-11)
12. Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. – М.: Юридическая литература, 1975. – С. 58 - 66. [↑](#footnote-ref-12)
13. Зивс С. Л. Источники права. – М., 1981. – С. 176 - 192. [↑](#footnote-ref-13)
14. См.: Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. – М., 1916. – С. 347 - 350. [↑](#footnote-ref-14)
15. Десницкий С.Е. Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи. – СПб., 1905. – С. 10. [↑](#footnote-ref-15)
16. См.: Вильнянский С.И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. – М., 1947. – Вып.9. – С. 244 - 246. [↑](#footnote-ref-16)
17. Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. – 1994. – N 12. – С. 20; См. также: Наумов А. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. – 1994. – N 1. – С. 8; Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. – М. 1997; Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Там же; Подольская Н.А. Прецедент как источник права в романо-германской правовой семье // Вестник МГУ. Серия 11, «Право». – 1999. – N 6; Марченко М. Н. Является ли судебная практика источником российского права // Журнал российского права. – 2000. – N 12. [↑](#footnote-ref-17)
18. Мартынчик Е., Колоколова Э. Указ. соч. С. 21. [↑](#footnote-ref-18)
19. Там же. [↑](#footnote-ref-19)
20. Жуйков В.М. Указ. соч. С. 16. Данное замечание относится и к нынешней судебной практике. [↑](#footnote-ref-20)
21. См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы. – М.: Международные отношения, 2000. – С. 140, 403; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1967. – С. 142. [↑](#footnote-ref-21)
22. См.: Французский гражданский кодекс 1804 г. – М., 1941. [↑](#footnote-ref-22)
23. См.: Общая теория государства и права: В 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. Т.2. – М., 1998. – С. 120; Фабр Р. Роль судебной практики в развитии права // СССР - Франция: Социологический и международно-правовые аспекты сравнительного правоведения. – М., 1987. – С. 43 - 52. [↑](#footnote-ref-23)
24. См.: Ведель Ж. Административное право Франции. – М., 1973. – С. 57 - 61. [↑](#footnote-ref-24)
25. См.: Туманов В.А. К критике концепции «судейского права» // Советское государство и право. – 1980. – N 3. – С. 111 - 117. [↑](#footnote-ref-25)
26. См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1998. – С. 104; Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья. – 1999. – N 3. – С. 14 - 18. [↑](#footnote-ref-26)
27. См.: Chorus J. M. J. History. - Introduction to Dutch Law for Foreign Lawers. – Р. 10 - 12. [↑](#footnote-ref-27)
28. См.: Голландская правовая культура / Отв. ред. В. В. Бойцова, Л.В. Бойцова. – М.: Легат, 1998. – С. 57. [↑](#footnote-ref-28)
29. Merten D. Sources of law in the Federal Republic of Germany // Sources of law. Comparative empirical study. – Budapest, 1982. – Р. 82. [↑](#footnote-ref-29)
30. Пресняков А.Е. Княжеское право в Древней Руси. – М., 1993. – С. 431. [↑](#footnote-ref-30)
31. См.: Исаев И. А. История государства и права России. – М.: Юрист, 1993. – С.45, 73. [↑](#footnote-ref-31)
32. «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». См.: Большой энциклопедический словарь: В 2 т. / Гл. ред. А.М. Прохоров. – М.: Советская энциклопедия, 1991. – Т. 1. – С. 239. [↑](#footnote-ref-32)
33. См.: Учебник гражданского права / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. 3-е изд. – М.: Проспект, 1998. – С. 37 - 39. [↑](#footnote-ref-33)
34. Зивс С.Л. Указ. соч. С. 177 - 192. [↑](#footnote-ref-34)
35. См.: Исаев М. Судебная практика Пленума Верховного суда СССР как источник советского уголовного права // Ученые записки ВИЮН. Вып.5. – М., 1947; Вильнянский С.И. Указ. соч. [↑](#footnote-ref-35)
36. Кучин М.В. Нормотворческая деятельность судебных органов РФ и судебный прецедент // Право и политика. – 2000. – N 5. – С. 10. [↑](#footnote-ref-36)
37. Лившиц Р.З. Современная теория права. Краткий очерк. – М., 1992. – С.46. [↑](#footnote-ref-37)
38. Жуйков В.М. Указ. соч. С. 20. [↑](#footnote-ref-38)
39. См., напр.: Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. – С. 23. [↑](#footnote-ref-39)
40. Максимов А.Н. Прецедент как один из источников английского права // Государство и право. – 1995. – N 2. – С. 102. [↑](#footnote-ref-40)
41. См.: Карпов Д.В. Конституционно-правовые основания актов судебной власти: технико-юридический аспект // Проблемы юридической техники: Сб. ст. / Под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2000. – С. 484. [↑](#footnote-ref-41)
42. См., напр.: Демидов В.В. О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1998. – N 3. – С. 12; Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. – СПб., 1999. – С. 207 - 208. [↑](#footnote-ref-42)
43. См., напр.: Карпов Д.В. Указ. соч. С. 83; Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам / Под ред. В. Лебедева, Б.Н. Топорнина. – М., 1999. – С. 5 - 7. [↑](#footnote-ref-43)
44. Об этом см. также: Стецовский Ю.И. Судебная власть: Учеб. пособие. – М., 1999. – С. 72 - 81; Карпов Д.В. Указ. соч. С. 482 - 483. [↑](#footnote-ref-44)
45. См.: Концепция судебной реформы в РФ. – М., 1992. – С. 12, 25, 43 и др. [↑](#footnote-ref-45)
46. См., напр.: Лазарев Л.В. Некоторые спорные вопросы теории и практики конституционного правосудия // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1997. – N 3. – С. 21 - 22; Сивицкий В.А., Терюкова Е.Ю. Решения Конституционного Суда РФ как источники конституционного права РФ // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1997. – N 3. – С. 78 - 79; Варламова Н.В. Пять лет шестой Конституции России: проблемы реализации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 1998. – N 2. – С. 97. [↑](#footnote-ref-46)
47. См.: Терюкова Е.Ю. Способы участия органов конституционного правосудия в правотворчестве // Вестник Московского ун-та. Сер. 11. Право. – 1999. – N 5. – С. 104 - 105. [↑](#footnote-ref-47)
48. См.: Невинский В.В. Конституционный Суд РФ и правотворчество в России // Вестник Конституционного Суда РФ. – 1997. – N 3. – С. 69 - 72; Ефимичев С., Ефимичев П. Конституция РФ и ее толкование Конституционным Судом РФ // Уголовное право. – 1999. – N 3. – С. 108 - 112. [↑](#footnote-ref-48)
49. См.: Лафитский В.И. Основы конституционного строя США. – М., 1998. – С. 89 - 92. [↑](#footnote-ref-49)
50. См., напр.: Хабриева Т.Я. Толкование Конституции Российской Федерации: теория и практика. – М., 1998. – С. 39 - 40. [↑](#footnote-ref-50)
51. Марков О. Нравственное начало в работе судьи // Российская юстиция. – 1999. – N 7. [↑](#footnote-ref-51)