**Под** судебным прецедентом традиционно[[1]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn1_8876) понимается письменное или устное решение органа государственной власти, обладающего легальными полномочиями отправления правосудия, становящееся эталоном, образцом при рассмотрении последующих аналогичных дел в будущем. То есть это такое судебное решение, в котором содержится *правовая норма*.

**Представление о судебном прецеденте как источнике права** в правовых системах, относящихся к семье англо-американского права является хрестоматийным. При анализе достоинств, присущих прецеденту как ведущему источнику права в правовой системе, отмечается динамизм обновления правовых норм. Это обусловлено тем, что последующие решения по прецедентным делам вносят отдельные изменения в ранее сформировавшийся прецедент, модифицируя правовую норму.

Советская теория права исходила из аксиомы, что судебный прецедент в социалистической правовой системе не рассматривается в качестве источника права, так как обратное 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» [[2]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn2_8876). Более того, судебная практика не может и не должна создавать новых норм права, новых законов, она должна укреплять действующие законы. **Преобладала позиция**, согласно которой советские судебные органы осуществляют правосудие как одну из форм применения законов, не связанную с правотворческими полномочиями суда при разрешении конкретных дел[[3]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn3_8876). У законодателя шире социальный кругозор и, соответственно, возможность учета в процессе принятия решений значительно большего числа факторов[[4]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn4_8876). Что же касается судей, то они имеют дело лишь с конкретной, пусть даже типичной ситуацией[[5]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn5_8876). 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»[[6]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn6_8876). 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»[[7]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn7_8876).

В российской науке существовало и иное отношение к судебному правотворчеству. 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[[8]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn8_8876). Много раньше 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»[[9]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn9_8876). Позднее С.И. Вильнянский писал о том, 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**[[10]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn10_8876). Но данная позиция в советское время не получила должной поддержки, т.к. противоречила марксистско-ленинскому учению о праве, которое относило судебный прецедент к институтам буржуазного права.

Произошедшие в нашей стране на рубеже XX и XXI вв. политические преобразования коснулись и базовых представлений о сущности права. Юристы стали рассматривать право, преодолевая шоры 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 peaлизацию гуманистических и справедливых начал также стали относить 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»[[11]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn11_8876). 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»[[12]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn12_8876). 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»****[[13]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn13_8876)**. Как справедливо заметил 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[[14]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn14_8876).

**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 в основном отрицает судебное правотворчество.**

В то же время судебная практика признается источником права в странах романо-германской правовой семьи. К. Цвайгерт и X. Кётц, Р. Давид, К. Жоффре-Спинози также полагают, что неспособность законодателя вовремя поспевать за меняющейся действительностью является движущей силой для развития судейского нормотворчества[[15]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn15_8876). Это подтверждается практикой использования судами судебного прецедента практически во всех странах континентальной правовой системы.

Безусловно, в отличие от англо-саксонской 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 пробелы и допускают различное толкование. До сих пор в прежней редакции находится ст. 4 Вводного титула, 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. 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[[16]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn16_8876).

Во Франции сильное распространение получил судебный прецедент в области административной юстиции[[17]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn17_8876). 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. Именно судебная практика сформулировала основополагающие нормы административного права без ссылки на писаные нормативные акты[[18]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn18_8876).

В странах континентальной правовой семьи наметилась тенденция признания нормотворческой роли судебной практики. Например, после Второй мировой войны высшие судебные инстанции ФРГ прочно встали на путь «судейского права»[[19]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn19_8876). В Германии высокий 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).

Развитие голландского права связано с французской системой (кодифицированное законодательство, четырехуровневая система судов, трехинстанционная судебная процедура с кассацией и т. п.). Почетное место в системе источников права принадлежит законодательству. Но нередко голландское право называется «конвергируемым» из-за влияния на него общего права. Это влияние проявилось в увеличивающейся роли конституционных соглашений и судебных прецедентов[[20]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn20_8876).

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. 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 интегрируют в право ведущие общественные идеи.

**Как видно все вышеприведенные решения обладают свойствами источников права. Таким образом, континентальные правовые системы признают прецедент в качестве одной из форм права и создает условия для его развития.**

Если исходить из сказанного, становится очевидным, что в мире усиливаются *процессы конвергенции*. 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, что само по себе свидетельствует о том, что *в процесс конвергенции ее правовая система уже вступила.* 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 законодателем – парламентом РФ[[21]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn21_8876). Такая позиция является достаточно распространенной. Так подчеркивалось, что «судебная практика противоречит принципу подзаконности судебной деятельности. Правотворческая деятельность суда с неизбежностью умаляет значение закона»[[22]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn22_8876). Третья точка зрения признает фактическое судейское правотворчество, включая деятельность нижестоящих судов[[23]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn23_8876). Рассмотрим основы перечисленных позиций.

Первая и вторая позиции занимали в советской юридической литературе наиболее значительное 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 формально и противоречит данной теории. «Тем не менее, сегодня в юридической науке акты, принимаемые органами исполнительной власти, относятся к категории общепризнанных источников»[[24]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn24_8876).

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»[[25]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftn25_8876).

Немало дискуссий ведется по поводу того, что судебный прецедент неэффективен 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. Именно эти обстоятельства предопределяют все более отчетливое движение российской правовой системы к восприятию прецедента как полноценного источника права.

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 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, но и другие аналогичные дела.* В дальнейшем очевидно придание прецедентного статуса актам не только высших судов, но и судов нижестоящих.

То как последние два десятка лет развивается правовая система России без преувеличения можно называть правовой революцией. Революционные изменения коснулись организации и принципов формирования государственной власти, судостройства. Радикальное обновление переживают отрасли права. Эти процессы связаны с восприятием правовой системой нашей страны многогранного опыта других правовых систем. Само по себе это определяет российскую правовую систему как систему *конвергентную*, вбирающую в себя и собственный опыт, и опыт развитых правовых систем современности.

[[1]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref1_8876) О «нетрадиционном» отношении к судебному прецеденту автору уже приходилось высказываться. См.: *Усанов В.Е., Хабеев Т.Н.* Теория государства и права. Учебное пособие. – М., 2007. С. 147-148

[[2]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref2_8876) *Новицкий И.Б.* Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 125.

[[3]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref3_8876) См.: *Голунский С.А., Строгович М.С.* Теория государства и права. М., 1940. С. 184; *Кечекьян С.Ф.* Теория государства и права. М., 1949; *Манов Г.Н.* Теория государства и права. М., 1995. С. 266 и др.

[[4]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref4_8876) См.: *Сабо И.* Социалистическое право. М., 1973. С. 325.

[[5]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref5_8876) *Манов Г*. *Я.* Указ. соч. С. 266.

[[6]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref6_8876) Судебная практика в советской правовой системе.М., 1975. С. 58 – 66.

[[7]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref7_8876) *Зивс С.Л.* Источники права. М., 1981. С. 176 – 192.

[[8]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref8_8876) *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право. М., 1916. С. 347 – 350.

[[9]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref9_8876) *Десницкий С.Е.* Представление о учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи. СПб., 1905. С. 10.

[[10]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref10_8876) *Вилънянский С.И.* Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. М., 1947. Вып. 9. С. 244 – 246.

[[11]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref11_8876) *Мартынчик Е., Колоколова Э.* Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция, 1994. №12. С. 20; См.: также: *Наумов А.* Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция, 1994. №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. №6; *Марченко М.Н.* Является ли судебная практика источником российского права // Журнал российского права, 2000. №12.

[[12]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref12_8876) *Мартынчик Е., Колоколова Э.* Указ. соч. С. 21.

[[13]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref13_8876) *Жуйков В.М.* Указ. соч. С. 16. Данное замечание относится и к нынешней судебной практике.

[[14]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref14_8876) Там же.

[[15]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref15_8876) См.: *Цвайгерт К., Кётц X.* 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.

[[16]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref16_8876) 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.

[[17]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref17_8876) Подробнее см.: *Усанов В.Е.* Административная юстиция в России и зарубежных государствах. М., 1999

[[18]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref18_8876) См.: *Веделъ Ж.* Административное право Франции. М., 1973. С. 57 – 61.

[[19]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref19_8876) См.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1998. С. 104; *Бойцова В.В., Бойиова Л.В.* Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья, 1999. №3. С. 14 – 18.

[[20]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref20_8876) См.: Голландская правовая культура / Отв. ред. В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова*.* М.: Легат, 1998. С. 57.

[[21]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref21_8876) См.: Учебник гражданского права / Под Пред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого.Ч. 1. 3-е изд. М.: Проспект, 1998. С. 37 – 39.

[[22]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref22_8876) *Зивс С.Л.* Указ. соч. С. 177 – 192.

[[23]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref23_8876) *Исаев М.* Судебная практика Пленума Верховного суда СССР как источник советского уголовного права // Ученые записки ВИЮН. Вып. 5. М., 1947; *Вилънянский С.И.* Указ. соч.

[[24]](http://vladimir-usanov.livejournal.com/5196.html%22%20%5Cl%20%22_ftnref24_8876) *Кучин М.В.* Нормотворческая деятельность судебных органов РФ и судебный прецедент // Право и политика, 2000. №5. С. 10.