

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА: СОВЕТСКИЙ И ПОСТСОВЕТСКИЙ ПЕРИОДЫ

канд. юрид. наук, доц. А.Н. ПУГАЧЕВ
(Полоцкий государственный университет)

Анализируется роль и значение судебной практики в советский и современный периоды, взгляд на проблему западноевропейских ученых. Характеризуются формы судебной практики. Актуализируется вопрос о признании судебных актов источниками права. Объясняется разница между прецедентным и судебным правом. Выясняются перспективы официального признания судебного прецедента в качестве источника права. Изучается юридическая природа постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь. Рассматривается значение практики конституционного правосудия в правотворчестве и правообразовании. Показана необходимость квалифицированного и глубокого исследования судебного правотворчества в Беларуси. Новизна подхода видится в ответах на вопросы о том, каким образом белорусская, континентальная и англосаксонская правовые системы «используют» судебную практику, каково отношение судей к предыдущим решениям, как различные правовые системы «излагают» судебную практику и по каким именно причинам.

Введение. В советский период и в настоящее время научная категория и термин «судебная практика» получили широкое распространение в отечественных и зарубежных общетеоретических и отраслевых дисциплинах, а также в конституционном и текущем законодательстве. Термин «судебная практика» активно используется и в научной литературе, однако среди авторов, занимающихся исследованием данного явления, нет общего представления ни о её понятии, ни о содержании, ни о формах выражения и проявления. Наличие несовпадающих между собой позиций о понятии судебной практики и её содержании вполне оправданно и даже закономерно ввиду сложности, многогранности и внутренней противоречивости рассматриваемого явления. В то же время в интересах правовой теории и практики желательно сформировать цельное и обобщающее представление об этом феномене, выработанное на основе анализа её наиболее важных особенностей и признаков. Следует обратить внимание на историю вопроса, современный дискурс, а также на особенности судебного правотворчества в странах романо-германского права.

Основная часть. Вопрос о том, считать ли судебную практику источником права, являлся актуальным и в советский период. Он неоднократно ставился и обсуждался как на общетеоретическом уровне (в основном применительно к источникам права), так и на уровне отдельных отраслей. Но роль судебной практики советскими правоведами оценивалась по-разному. Как остроумно заметил Р. Давид, «если спросить советского юриста, какова роль судебной практики в Советском Союзе, он убедительно ответит, что эта роль значительна. Если же спросить его, является ли судебная практика источником права, то последует незамедлительный и четкий отрицательный ответ» [1, с. 170]. Ученый приходит к выводу о том, что «после того, как поняты общий подход к праву в СССР, организация судебной системы и других органов разрешения споров, становится ясной та роль, которая отводится в СССР судебной практике» [1, с. 182]. Например, М.Н. Марченко [2, с. 11] считает, что ответ на поставленный вопрос следует искать через выяснение причин прежде всего идеологического характера, к которым он относит следующие:

- если позволить судам формировать право, то это может разрушить социалистическую законность, понимаемую как строгое и неуклонное соблюдение законодательных актов;
- если признать за судами одновременно выполнение правотворческих и правоприменительных функций, то это может привести к судебному произволу;
- если суды будут выступать самостоятельными субъектами правотворчества, то это приведет к ослаблению правотворческой деятельности законодательных органов.

Понятно, что указанными авторами рассматривается не конституционная судебная практика (ввиду отсутствия конституционной юстиции в СССР как таковой), а судебная практика, исходящая от судов общей юрисдикции, образующих стройную централизованную систему во главе с Верховным Судом СССР. Однако нас интересует не столько общее понятие судебной практики, ее сущность и структура, сколько решение вопроса о том, почему изучение феномена судебной практики в связи с исследованием источников права имеет своим многолетним итогом всего лишь затянувшийся спор, пусть даже и в рамках научной дискуссии.

Неопределенность по вопросу о том, является ли судебная практика источником права, вызвана не столько теми обстоятельствами, на которые ссылаются французский и российский компаративисты (изло-

женные ими аргументы не оспариваются), сколько, прежде всего, нерешенностью вопроса о роли судебной практики как источника и как формы права, а также о неразличении двух взаимообусловленных составляющих практики любого рода – самой деятельности и ее результата. Об этом со всей очевидностью свидетельствуют многочисленные исследования, проводившиеся по данной тематике дореволюционными, советскими и современными российскими и белорусскими учеными. Советский и постсоветский периоды наследовали от дореволюционной юриспруденции весьма характерный изъян, выражающийся в отсутствии единства понятийного аппарата науки, о чем справедливо указывают некоторые авторы (см., например, В.П. Реутов [3, с. 52], С.В. Бошно [4, с. 24], С.Л. Зивс [5, с. 177], М.Н. Марченко [6, с. 100] и др.). Понимание данной проблемной ситуации, позволит, по нашему мнению, соответствующе определиться и по вопросу конституционной судебной практики, поскольку эти две родственные категории (судебная практика – конституционная судебная практика) должны рассматриваться в единой логической связке, но с учетом своих специфических характеристик.

Проведенный анализ многих теоретических работ позволил обратить внимание на следующие обстоятельства. Во-первых, одни авторы, употребляя термин «судебная практика» в широком понимании (без разделения динамического и статического аспектов), пытаются соотносить его с системой источников права, «пристраивая» судебную практику где-то между нормативным актом и обычаем. Вторая наиболее распространенная ошибка заключается в том, что исследователи необъяснимо отождествляют судебную практику и прецедент, и этот стереотип, проявившийся еще в дореволюционной юридической литературе, оказался настолько силен, что вводит в заблуждение очень большое количество именитых ученых. Имеет смысл обратиться к имеющимся в научной литературе советского и постсоветского периодов теоретическим работам, которые в той или иной мере отражают указанные выше двусмысленности и недоговоренности.

В советской юридической науке, начиная с 40 – 50-х годов, предпринимались попытки представления руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР в качестве источника права. Такие постановления представляли собой довольно оригинальное явление – специфическую форму обеспечения единообразия судебной практики и законности в правоприменительной деятельности судебных органов, и практически все авторы, анализируя постановления Пленума, подчеркивали их «особую» природу. Однако, как справедливо указывает С.Л. Зивс, «основной порок этих теоретических разработок состоит в том, что в них характеристика руководящих указаний Пленума дается исходя из общего понятия судебной практики и, как правило, применяется единая правовая оценка как постановлений Пленума Верховного Суда СССР, так и судебной практики в самом широком смысле» [5, с. 177].

Действительно, уравнивание стандартной модели единообразного применения нормы права и основанного на суммарном анализе руководящего указания Пленума Верховного Суда приводило к тому, что «отдельные выводы, которые могли бы иметь положительное значение для раскрытия принципиальных черт руководящих указаний Пленума, теряют свою научную эффективность, как только они распространяются на всю категорию судебной практики» [5, с. 177]. В частности, С.В. Боботов, формулируя тезис о том, что «судебная практика, возникающая в результате судебной деятельности (? – А.П.), занимает как бы среднее, промежуточное положение между обычаем и законом» [7, с. 264]. Здесь налицо явное речевое недоразумение, поскольку *практика* (*ep. praktikos*) – это «целесообразная предметная человеческая деятельность, направленная... на изменение общественных отношений» [8, с. 517]. Очевидно, что деятельность, возникающая в результате деятельности, никак не может встать в один ряд с такими статическими правовыми явлениями, как юридический закон и правовой обычай.

Другой автор, известный теоретик гражданского права С.И. Вильнянский полагает, что «наша судебная практика должна получить признание как один из источников советского права» [9, с. 244]. Свою позицию ученый объясняет в том смысле, что многократно повторяющееся одинаковое судебное решение приобретает нормативное значение: «По мере накопления одинаковых решений вопроса можно констатировать, что сложилось определенное правовоположение, которое входит в состав объективного права» [9, с. 245]. С этим трудно согласиться, особенно учитывая тот факт, что написанное относится к 1947 году. В период торжества социалистической законности даже значительное количество одинаковых судебных решений не могло быть ничем иным, кроме как совокупностью простых актов применения правовой нормы. Нельзя согласиться и с предложением А. Безиной и В. Лазарева [10, с. 7] о том, что правоконкретизирующую деятельность судов следует рассматривать как единый непрерывный процесс, начинающийся в судах первой и второй инстанций и продолжающийся на Пленуме Верховного Суда СССР. Указанным авторам удачно оппонирует С.Л. Зивс, который предупреждает, что «при такой постановке вопроса принципиально особые по своему значению постановления Пленума растворяются в широком понятии «судебная практика» [5, с. 179].

Сущность и значение судебной практики достаточно глубоко исследовал С.С. Алексеев [11, с. 352], предложив свою классификацию и авторское обоснование подхода. Ученый судебную практику делил на три формы: текущую, прецедентную, руководящую.

Текущая практика включает в себя опыт применения законодательства, выраженный в решениях судов по конкретным юридическим делам. Эту форму практики он называет «первичной», наиболее простой.

Прецедентная практика, по мнению С.С. Алексеева, – это опыт применения законодательства, выраженный в постановлениях и определениях высших судебных, а также некоторых иных органов по конкретным делам, имеющим принципиальный характер (т.е. по тем делам, которые наиболее остро выявляют спорные вопросы применения закона, по-разному решаемые нижестоящими инстанциями). Такая практика называется прецедентной потому, что она дает «прецедент толкования» (образцы) применения права. При этом С.С. Алексеев отмечает, что, в отличие от прецедента как источника права, прецедентная практика не ведет к созданию новой юридической нормы, а связана с разъяснением уже существующей нормы права, с выработкой определенного, «устоявшегося» положения о применении нормы права по аналогичным делам.

Руководящая практика включает в себя опыт применения законодательства, выраженный в особых актах центральных судебных и иных юрисдикционных органов (постановлениях Пленума Верховного Суда), в которых данные практики обобщенно, вторично формируются в виде конкретизирующих норму предписаний. Это высшая форма практики, которой придано руководящее значение.

Таким образом, рассматривая предложенные С.С. Алексеевым формы судебной практики, можно сделать вывод о том, что в качестве таковой одновременно рассматривается:

- опыт применения законодательства, выраженный в решениях судов первой инстанции;
- опыт применения законодательства, выраженный в решениях высших судебных инстанций;
- опыт применения законодательства, выраженный в виде конкретизирующих норм предписаний (постановлений пленумов высших судебных инстанций).

Следует сказать, что позиция С.С. Алексеева не была воспринята однозначно и «заслужила» в свой адрес ряд критических замечаний. В частности, С.Н. Братусь выдвигает следующее положение: «Необходимо со всей решительностью отвергнуть мысль о том, что к судебной практике относится любое решение народного суда, определение кассационной либо надзорной инстанции или даже сумма решений по конкретной группе дел» [12, с. 65]. Согласно этой точке зрения, судебная практика – *это только та часть судебной деятельности, которая связана с выработкой правоположений* (выделено нами. – А.П.), которые тоже включаются в понятие судебной практики как специальный результат деятельности органов правосудия. Поэтому к судебной практике С.Н. Братусь относит только те решения судов, которые содержат толкование закона по принципиальным или важным вопросам правового регулирования. К судебной практике ученый относит и постановления Пленума Верховного Суда.

Отсюда можно сделать вывод, что С.Н. Братусь ограничивает судебную практику только теми судебными решениями, руководящими разъяснениями высших судебных инстанций, которые формулируют правоположения. Надо сказать, что этот подход разделили многие известные ученые, такие как А.Б. Венгеров, А.М. Гурвич, В.М. Жуйков, А.В. Цихоцкий. Именно благодаря этой группе ученых, признававших за судами правотворческие функции, в юридической литературе все чаще стало высказываться мнение о необходимости признания в качестве источника права судебного прецедента. Однако такая точка зрения, и мы это особо отмечаем, явилась своеобразным развитием подхода, согласно которому в качестве источника права первоначально предлагалось рассматривать судебную практику или же выдвигались предложения о закреплении ее в качестве таковой.

Анализируя данную проблему, российский ученый С.К. Загайнова [13, с. 72] выделяет следующие моменты, встречающиеся в практике применения судами действующего законодательства, которые очень похожи на ситуацию «рождения прецедента», а именно:

- 1) разрешение дел в суде при наличии «пробелов» права;
- 2) решения по конкретным делам высших судебных инстанций;
- 3) разъяснения Пленумов Верховного Суда.

Действительно, большинство авторов-сторонников признания за судебной властью правотворческих функций, рассматривают именно эти ситуации, когда суд не только применяет, но и «творит» право. Права С.К. Загайнова и тогда, когда отмечает, что ни в одном из этих случаев суд не выходит за рамки применения права: «В первых двух случаях суд выполняет функцию осуществления правосудия, т.е. решает какой-то материальный спор по существу. В последнем высшая судебная инстанция дает толкование действующего законодательства, разъясняет нижестоящим судам практику применения того или иного законодательного акта» [13, с. 72]. Сама же С.К. Загайнова, не отрицая влияния судебной практики на правотворчество, остается при мнении, что судебная практика – это область правоприменения, результат осуществления судами правосудия. И поскольку специальных задач правотворческого характера перед судебной практикой не ставится, то связь между правоприменительной практикой и правотворчеством является косвенной, а не прямой.

Известный своими трудами по многим актуальным проблемам теории права А.В. Мицкевич констатирует, что «признание практики судов общей юрисдикции по-прежнему остаётся на уровне половинчатого решения о роли «руководящих разъяснений Верховного Суда, а также Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» [14, с. 250]. Однако дальнейшие рассуждения учёного нигде не завершаются выводом или даже предположением о том, что постановления соответствующих Пленумов по

конкретизации норм наиболее близки к нормативным правовым актам. Более того, автор отмечает, что «как было показано на примерах признания значения судебной практики в дореволюционном российском праве и других странах континентальной правовой семьи, роль судебной практики как особого источника права (? – А.П.) состоит не в противопоставлении закону судебного прецедента» [14, с. 250].

Разъяснения названных высших судов А.В. Мицкевич называет вторичными, как бы дополняющими закон источниками права. Что вторичны – нет сомнения, но что соотносимы с таким источником права, как прецедент, согласиться нельзя. По нашему мнению, по своим характеристикам постановления Пленумов имеют некоторые черты, сходные именно с нормативными актами, а не с судебными прецедентами. Особо следует отметить их автономный характер, и это выражается в том, что признание соответствующего постановления утратившим силу оформляется постановлением Пленума в отдельном порядке. Нередко последующими постановлениями дополняются ранее принятые, а по упорядочению системы таких постановлений применяются различные кодификационные меры.

Но это не самое главное. Сколько не конкретизируй правовую норму, результатом такой интерпретации всё равно никогда не явится судебный прецедент. Все постановления без исключения выносятся на основе обобщения и анализа судебной практики, и поэтому их никак нельзя рассматривать ни «судебной практикой», ни «составляющей судебной практики». Постановление Пленума, по мнению С.Л. Зивса, – «это определённый обобщённый вывод из совокупности аналогичных решений по однородным судебным делам» [5, с. 184], с чем полностью следует согласиться. Ведь что касается прецедентного права в его классическом англо-американском понимании, – рассуждает далее автор, – то оно «во все не предполагает наличия множественности однообразных судебных решений как предпосылки образования прецедента. Он может создаться и единичным судебным решением по конкретному делу. Ведь даже единичное решение вышестоящего суда обязывает по этой системе нижестоящие суды следовать модели вышестоящего решения при рассмотрении однотипного дела» [5, с. 184].

Размышления тех учёных, которые отказывают в признании за постановлениями Пленумов общеобязательного значения, не вполне понятны даже с чисто законодательных, а не доктринальных позиций. Ещё в 1979 году в СССР в связи с принятием Закона «О Верховном Суде СССР» [15], который был призван обеспечить единство применения законов на территории всей страны, в статье 3 закреплялись основные элементы, определяющие правовую природу руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР, выносимых в результате изучения и обобщения судебной практики. Устанавливалось, в частности, что Пленум «даёт руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел». Общеобязательный характер руководящих разъяснений со всей определённой силой был закреплён в самом Законе: «Руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение». И вот здесь оценка норм постановления как вторичных по отношению к законодательным актам вполне уместна как по формальным, так и по материальным критериям.

Ещё до появления в 1979 году Закона «О Верховном Суде СССР» сам Верховный Суд иногда употреблял такие сочетания слов, которые недвусмысленно подчёркивали, что постановления Пленума необходимо применять так же, как и законодательные акты. Такая своеобразная попытка представить руководящие разъяснения Верховного Суда им самим как законодательные акты являлась, конечно же, не вполне конституционной. Но заниматься проблемой проверки таких постановлений на предмет соответствия Конституции СССР было некому, так как конституционной юстиции на тот момент в государстве не существовало. К числу таких постановлений, где Верховный Суд СССР подобным образом сам утверждался, следует отнести постановление Пленума от 20 сентября 1974 года «О практике применения судами законодательства, а также постановлений Пленума Верховного Суда СССР по делам о несовершеннолетних и о вовлечении их в преступную и иную антиобщественную деятельность» [16]. По этому поводу можно вспомнить известный исторический факт, связанный с 1803 годом, когда Верховный Суд США присвоил (иначе и не назовёшь) себе право проверять нормативные акты на соответствие их Конституции США. Казалось бы, что вопрос о прецедентном характере постановлений Пленумов должен быть «закрёт» и на теоретическом уровне, однако впоследствии многие видные учёные юридическую природу судебной практики рассматривали в контексте проблематики прецедентного права.

Известный компаративист А.Х. Саидов среди источников российского права наряду с нормативными актами, обычаями, договорами, международно-правовыми актами и общими принципами права указывает *судебную практику*, которая, по его мнению, занимает важное место в российской правовой системе: «Если в советское время признание судебной практики трактовалось как покушение на принципы социалистической законности и верховенства закона, то в современный период всё больше учёных-юристов признают судебный прецедент источником российского права. Так, в настоящее время многие решения Конституционного Суда России (например, о неконституционности тех или иных правовых норм), по существу, являются источником права» [17, с. 380]. Такая позиция, на наш взгляд, уязвима по многим составляющим. *Во-первых*, никогда в советское время судебная практика не признавалась как

покушение на принципы социалистической законности. Очевидно, что раз функционировали суды, то само собой была и судебная практика. Более того, сам термин «судебная практика» имел легальную «прописку» и освещение судебной практики в советской юридической литературе являлось распространённым явлением. Достаточно сказать, что в течение длительного времени издавался сборник «Судебная практика», который в 1957 году был заменён «Бюллетенем Верховного суда СССР». Верховные суды союзных республик также публиковали сборники своей практики. Признать же судебную практику как самостоятельный источник права наряду с законом и вовсе нельзя, так как такого источника (формы) права попросту не существует. Как было нами отмечено ранее, нормы, вырабатываемые посредством судебной практики, могут проявить себя через нормативный правовой акт, прецедент или даже обычай, но никак не в личном качестве (см. А.Н. Верещагина «Судебное правотворчество в России» [18]). *Во-вторых*, не вполне корректно говорить о верховенстве закона в условиях советского государства, поскольку квазипарламент в лице Верховного Совета никогда не концентрировал в своих руках всю полноту власти как высший представительный и законодательный орган. Дело в том, что в СССР использовалась практика постоянного делегирования функций Верховного Совета на период между сессиями его постоянно действующему органу – Президиуму, и хотя «законотворчество оставалось делом исключительно законодательной власти, оно практически осуществлялось по преимуществу Президиумом, решения которого одобрялись затем Верховным Советом, причём на голосование ставились лишь особо важные законы» [1, с. 161]. Для полной же ясности относительно верховенства закона следует помнить о прошлых связях между Верховным Советом и КПСС, причём на конституционном уровне в 1977 году в статье 6 Основного Закона было записано о том, что «руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая Партия Советского Союза». Чаще всего важнейшие решения принимались через Политбюро, но уж никак не через Верховный Совет либо его Президиум. *В-третьих*, признание за постановлениями пленумов характера прецедента – ошибочная позиция. Решения же Конституционного Суда, связанные с нормоконтролем, действительно являются источниками права, но рассматривать их следует как специфическую разновидность нормативного правового акта, а не в плоскости судебного прецедента.

Подход А.Х. Саидова о признании судебной практики источником права находит поддержку у М.Н. Марченко, который, на наш взгляд, не вполне оправданно отождествляет понятия «судейское право» и «прецедентное право» [19, с. 13], а также у Н.Л. Граната, авторитетно заявляющего, что «прецедент всё более заметно и настойчиво пробивает себе дорогу в российской правовой системе» [20, с. 9]. Отметим, что ни один из указанных авторов так и не привёл в качестве примера какой-либо акт судебной власти, где был бы заложен прецедентный механизм его действия. Ссылки же на то, что «это проявлялось в непосредственном использовании судебного прецедента на практике, в качестве которого рассматривались решения пленумов и судебных коллегий Верховного Суда по конкретным делам» [19, с. 12], нельзя считать убедительными доводами.

Тот факт, что нижестоящие суды всегда учитывали при вынесении своих решений позиции вышестоящих судов, вовсе не означает, что последние формировали какие-либо прецеденты. Акты вышестоящих судов всего лишь выступали в качестве убедительных ориентиров по вопросам применения и толкования права, устранения пробелов в нём путём применения аналогии. Невозможно найти хоть одно решение суда общей юрисдикции, в котором бы была ссылка на однажды рассмотренное конкретное дело, пусть даже этой вышестоящей инстанцией выступал сам Верховный Суд! Таким образом, обращаясь к актуальным вопросам юридической практики, многие авторы изначально, не проводя различия между судебным и прецедентным правом, осуществляют своё исследование на «негодной» базе данных.

Нельзя не отметить и тенденцию излишнего упрощения проблемы. Например, в обстоятельной научной статье с характерным названием «Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы» В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова так и не сумели сформулировать свою научную позицию, ограничившись замечанием о том, что «в Российской Федерации перспективы официального признания судебного прецедента в качестве источника права пока не ясны, хотя на практике при вынесении решений судьи руководствуются решениями вышестоящих инстанций. Некоторые “революционные” новации, содержащиеся в решениях судей, позднее получают закрепление в законодательстве. Однако это скорее исключение, чем правило» [21, с. 9]. Далее авторы указывают на нормативный характер постановлений Конституционного Суда Российской Федерации, правда, так и не объяснив, следует ли их рассматривать через прецедент либо в качестве нормативного акта.

Подход, в результате которого необъяснимо отождествляется судебная практика и прецедент, грозит перерасти в устойчивую тенденцию, с чем ни в коем случае нельзя согласиться. Такое явление в постсоветской юридической науке совершенно справедливо критикуют отдельные авторы. В частности, С.В. Бошно пишет о том, что «создаётся эклектический симбиоз: автор раскрывает понятие “судебный (административный) прецедент”, характеризует его как элемент англосаксонской правовой системы, а затем констатирует отсутствие этого явления в России. Либо, что также представляется малоэффективным, ищет признаки прецедента в постановлениях Пленума Верховного Суда» [4, с. 24]. И в исследова-

ниях белорусских авторов имеют место подобные неточности. Например, В.Н. Дубовицкий в работе «Судебная практика как источник права в Республике Беларусь» приходит к выводу о том, что «анализ Конституции Республики Беларусь и текущего законодательства позволяет утверждать, что к источникам права следует отнести и судебную практику. Основанием для такого рода утверждения и своего рода “прорывом” в споре о природе “руководящих разъяснений” судов общей и специальной юрисдикции послужило появление в 1994 году такого института, как Конституционный Суд Республики Беларусь, деятельность которого стала играть принципиально новую роль в воздействии на законодательство» [22, с. 68]. Полностью соглашаясь с тем, что постановлениям Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, а также заключениям Конституционного Суда Республики Беларусь присуще нормативное качество, всё же хотелось бы уточнить, через какие формы судебной практики – прецедент либо нормативный акт – необходимо рассматривать указанные виды правовых актов? К тому же складывается впечатление, что В.Н. Дубовицкий рассматривает прецедент и судебную практику однопорядковыми величинами, с чем трудно согласиться: «Вместе с тем в некоторых из этих государств (например, Франции, ФРГ, Бельгии) *прецедент и судебная практика* используются как источник права при решении вопросов применения права, восполнения пробелов в законе, признания обычной» [22, с. 68].

Последовательной и аргументированной нам видится позиция белорусского учёного В.Н. Бибило, которая полагает, что руководящие разъяснения высших судебных инстанций надо относить к судебной практике, появление которой связано с применением норм права. По мнению автора, «судебная практика, выраженная в постановлениях Пленума Верховного Суда, является результатом правоприменительной деятельности всех судов, входящих в судебную систему. Решение каждого суда с применением норм права к конкретному жизненному случаю – это частица опыта, из которого складывается практика. Со временем повторяющиеся однотипные акты становятся устойчивыми и обобщаются Верховным Судом. Поскольку практикой является то, что стало правилом, руководящим разъяснениям внутренне присуща нормативность... Нормы, содержащиеся в руководящих разъяснениях Верховного Суда, являются своего рода модификацией норм права. Их можно отнести к интерпретационным нормам, в которых предписывается определённое понимание закона» [23, с. 44].

Важно, что В.Н. Бибило не ограничивается констатацией того факта, что в современных условиях судебная власть должна более активно искать свою нишу, и прежде всего в сфере правотворческой деятельности. Учёный формулирует вполне конкретные рекомендации, которые определённым образом объясняют возможности успешной локализации судебного прецедента в систему источников национального права. Например, автор убеждена, что «существование судебного прецедента в усечённом виде, путём опубликования принципиальной части судебных актов, которые послужат для судей образцом к рассмотрению соответствующих уголовных дел, явится дополнительным компонентом к закону и приведёт к усилению значимости справедливости при осуществлении правосудия по уголовным делам. Что касается правосудия по гражданским делам, то ввиду его большей казуистичности судебному прецеденту следует отвести такое место, которое, не отодвигая закон на задний план, имело бы важное значение» [24, с. 53]. Отметим и тот факт, что учёный нигде не упоминает судебную практику как самостоятельный источник права, пытаясь обнаружить те формы права, через которые результаты судебной деятельности могут проявить себя в качестве нормативных регуляторов.

В научной дискуссии по данной проблеме наряду с термином «судебный прецедент» используется выражение «**прецедент толкования норм права**». Насколько удалось установить, авторство последнего термина принадлежит А.Б. Венгеру, который ещё в 60-е годы пытался доказать, что прецедент толкования существенно отличается от судебного прецедента. Учёный видит цель прецедента толкования в выработке определённого, «устоявшегося» положения о применении нормы права по аналогичным делам и в качестве таких прецедентов рассматривает результаты, возникающие в процессе толкования правовых норм высшими судебными органами. А.Б. Венгер уточняет, что «прецедент толкования несколько отличается от судебного прецедента своей ориентацией на логические проблемы содержания того или иного закона, на его отдельные аспекты, на процедуру запроса и т.д.» [25, с. 353].

Интерес к данной проблеме достаточно явно проявился в правовой литературе стран «общего права» еще в первой половине XX века. Объясняется это тем, что численный рост статутов в той же Англии последнего столетия привел к тому, что большинство отношений в настоящее время регулируется ими. В результате укрепления положения статутного права, – отмечается И.Ю. Богдановской [26, с. 8], – все большее число судебных дел решается не на основе прецедентов, а на основе закона: к примеру, 9 из 10 дел, рассматриваемых в Апелляционном Суде и Палате Лордов Великобритании. Это свидетельствует о том, что в настоящее время в странах «общего права» судьи в основном занимаются толкованием статутов, и их деятельность, таким образом, связана в большей степени с правоприменением, а не правотворчеством, как было в XVII – XIX века. И такое судебное «прочтение» статута становится в свою очередь прецедентом, только так называемым «прецедентом толкования». От классических прецедентов они отличаются тем, что всегда основаны на законе. Поэтому современное прецедентное право в основном развивается посредством именно прецедентов толкования, а не «чистых» прецедентов.

Такая ситуация во многом и объясняет тот факт, что в юридической англоязычной литературе не было и по-прежнему нет единого мнения по поводу того, следует ли относить прецеденты толкования к прецедентному или статутному праву. Можно согласиться с выводами И.Ю. Богдановской о том, что «судебный прецедент, сыграв историческую роль в формировании и развитии правовых систем “общего права”, постепенно меняет свое положение в системе источников. Деятельность судей отнюдь не сводится к созданию судейского права, а лишь к *толкованию статутного права*» [26, с. 9] (выделено нами. – А.П.).

Возвращаясь к нашим правовым реалиям, можно предположить, что возросший интерес к данной проблеме на постсоветском пространстве обусловлен стремлением отечественных юристов определить самые разнообразные пути и средства укрепления судебной власти, и прежде всего при формировании права как такового, его нормативных очертаний.

Последовательницей взглядов А.Б. Венгерова в белорусской юридической науке выступает В.Н. Бибило, которая подчёркивает особый характер постановлений Пленума Верховного Суда по конкретным делам, тем самым отграничивая их от нормативных постановлений Пленума, содержащих руководящие разъяснения: «Постановления Пленума Верховного Суда по конкретным делам, – пишет В.Н. Бибило, – по своей сути **ненормативны**, тем не менее имеют существенное значение в правовой системе, являясь образцом правильного применения норм права. Это позволяет их рассматривать как своеобразные прецеденты судебного толкования правовых норм» [23, с. 45]. Нам представляется, что подобное «удвоение» такого термина, как «прецедент», в контексте более общей проблемы источников права не ведёт к ясности в понимании вопроса, поскольку в отечественной юридической литературе данное слово имеет чёткую привязку на свой классический вариант – судебный прецедент англосаксонского типа. Определённого рода «размазывание» этого термина может привести к утрате и смысла, и цели судебного прецедента.

Не вполне понятен вопрос и о **юридической степени обязательности** подобного прецедента толкования для последующего применения нормы нижестоящими судами, как и мысль о том, что «у нас узаконены (? – А.П.) прецеденты судебного толкования правовых норм, применяемых в сфере правосудия» [24, с. 52]. По нашему мнению, проблема толкования правовых норм Верховным Судом Республики Беларусь в рамках рассмотрения им конкретных дел должна основываться на понимании того, что такого рода решения даже высшей судебной инстанции являются всего лишь простым актом применения нормы права. Вопрос же о фактическом влиянии таких решений на правосознание судей, впоследствии рассматривающих аналогичные дела, должен изучаться несколько отдельно, вне привязки на систему действующих источников белорусского права.

Такой подход в большей степени соответствует и романо-германской правовой традиции. Егоров А.В. приходит к выводу о том, что в континентальном праве «начисто отсутствует прецедентная практика». Автор отрицает, что правоположения, выработанные судебной практикой, могут перерасти в прецедент, в то время как, например, «для германской правовой системы характерна следующая ситуация: если какое-то правило неоднократно повторяется судебной практикой, то оно уже рассматривается **в качестве обычая** и подлежит применению наравне с законом» [27, с. 122]. Проблема толкования права французскими и немецкими судьями «увязывается» не столько с нормотворческой деятельностью, сколько с более глубинными процессами правообразования. Изучая основные черты юридической практики романо-германской правовой семьи, А.В. Егоров вполне оправданно замечает, что «сложившееся на основе толкования решение по определённому делу не является обязательным для применения в дальнейшем. Такое противоречие и приводит некоторых авторов к мысли, что сборники судебных решений должны быть источниками права. На самом же деле данные сборники являются ничем иным, как результатом правоприменительной судебной практики» [27, с. 151]. Но кто же эти *некоторые авторы*? Речь идёт об известнейшем компаративисте Рене Давиде, чья авторитетная позиция, высказываемая на протяжении последних десятилетий, основывается на несколько иных постулатах. Следует понимать и то, что зарубежные и отечественные авторы зачастую оперируют разной терминологией, в силу чего каждый раз необходимо уточнять, о чём всё-таки идёт речь.

Западная правовая теория лишь к концу XIX – началу XX века признаёт судебную практику самостоятельным источником права, но, признавая значение судебной практики в формировании права, она чаще всего рассматривается как разновидность обычного права. Причём этих взглядов придерживались такие известные юристы, как Ламбер, Жени, Нидерер. Но постепенно к середине XX века процесс эволюции буржуазной правовой доктрины по данному вопросу завершается чётким и определённым признанием судебной практики самостоятельным источником права. Ведущие юристы Франции, Германии, Австрии, Швейцарии и многих других стран всё чаще провозглашают судебную практику «выравнивающим» и «стабилизирующим» фактором, нормотворческая функция которой должна получить официальное признание. Однако, как указывает С.Л. Зивс, «единство в характеристике творческой роли судебной практики у различных авторов не означает, впрочем, полного совпадения взглядов на проблему нормативного характера судебных актов. Сохраняется определённая амплитуда в конечных выводах относительно места судебной практики в системе источников права» [28, с. 97].

Здесь необходимо сделать важную оговорку. В отличие от учёных советской школы, многие западные авторы (Буланже, Риппер, Эсер), используя применявшуюся по традиции конструкцию деления источников права на источники в материальном и в формальном смысле, относили судебную практику к источникам права в «материальном смысле». Именно поэтому многие отечественные авторы после исчезновения социалистической правовой доктрины, почерпнув довольно поверхностно определённую информацию из открывшихся западных юридических теоретических источников, также, «ничтоже сумняшеся», зачислили судебную практику в разряд источников права. Но это было, с нашей точки зрения, ошибкой. Дело в том, что теория советского права рассматривала категорию «источник права» прежде всего в «формальном смысле», и в период существования СССР судебная практика не характеризовалась в качестве самостоятельного источника права. Мы уже писали о том, что сочетание «судебная практика» никоим образом не может быть поставлено в один ряд с термином «источник права», в большинстве своём понимаемый как форма права.

В связи с рассматриваемой проблемой достаточно четкой видится позиция российского автора С.К. Загайновой [13, с. 83], которая отмечает, что в процессе рассмотрения конкретных дел (т.е. решая свою главную задачу) суды попутно и неизбежно накапливают информацию для правотворческих органов. Судебная практика на уровне правоприменения не создает юридических норм и не является даже самой начальной стадией правотворчества, подобно тому, как вся социальная практика, образующая исходное начало для законодательства, все же не является одной из стадий этой весьма специфической государственной деятельности. В результате развития такого подхода С.К. Загайнова видит «величайшую ценность» судебной практики для развития права в том, что она служит богатейшим источником важной информации для правотворчества, «поставляет» не случайный, а многократно апробированный в самых различных условиях материал.

Таким образом, сочетание «судебная практика» в связке с термином «источник права» в западной юридической науке использовалось также для отражения и материальной стороны явления в смысле *источка, основания, корня данного правового явления*, в то время как в советской правовой доктрине термин «судебная практика» не был «привязан» к сочетанию «источник права», поскольку под источником понималась прежде всего оболочка, форма правового явления. Поэтому, когда при выявлении роли судебной практики как источника права обращались к определению самого этого явления, нередко возникала терминологическая неразбериха, вследствие чего, разговаривая на разных языках, авторы зачастую не понимали друг друга.

Само собой разумеется, что терминология Рене Давида (впрочем, как и большинства других зарубежных учёных) является отражением именно западной, а не советской правовой школы, и читая его труды, на это обстоятельство следует обращать первостепенное внимание. В подтверждение нашего тезиса процитируем некоторые фрагменты работы Рене Давида «Основные правовые системы современности», ставшей настоящим бестселлером в юридической литературе XX века, значительно опередив по суммарным тиражам издания иных авторов. Ученый пишет о том, что «нельзя делать вывод, что судебные решения не являются источником права, ...необходимо обратить внимание на всё увеличивающееся число различного рода сборников и справочников судебной практики. Эти сборники и справочники пишутся не для историков права или социологов и не для удовольствия их читателей: они создаются для юристов-практиков, и их роль объяснима лишь тем, что судебная практика *является в прямом смысле слова* (? – А.П.) источником права» [1, с. 96]. Несомненно, что Рене Давид в данном случае обращает внимание не на признаки общеобязательности, а на факторы, задействованные в понимании права. Иначе и быть не может, так как выражение нормы в судебном решении уже предполагает признание этой нормы обязательной и раньше, по крайней мере, в условиях романо-германского права. Не следует забывать и того обстоятельства, что юридические нормы предполагаются общеизвестными, и всякий субъект права может легко ознакомиться с нормой, выразившейся в том или ином источнике. Но, вне всякого сомнения, ученый прекрасно осведомлён о том, что в такие сборники включаются не все решения, а лишь выборочно. В то же время абсурдно предполагать, что позитивное право может быть опубликовано выборочно, причём по усмотрению самих судов и без какой-либо санкции со стороны законодательной власти!

По нашим наблюдениям, в своей работе Рене Давид прежде всего выясняет степень участия судебной практики в развитии права, её творческую роль в функционировании правовой системы, вовсе не настаивая на том, что это одна из форм объективации юридических норм. И не случайно многие западные теоретики выражению «источники права» придают не столько формальный, сколько материально-содержательный оттенок. Здесь уместно вспомнить слова Н.М. Коркунова о том, что «для возможности надлежащего понимания учения об источниках права весьма важно не смешивать технического понятия источников с другими понятиями в обыденном словоупотреблении, также обозначаемыми этим словом» [29, с. 535]. Дореволюционный учёный предупреждал от смешения понятия источника как признака общеобязательности нормы с понятием источника как средства познания о той либо иной сфере правовой жизни, в том числе и судебной деятельности. Несомненно, что Рене Давид сборники и справочники

судебной практики рассматривал во втором, а не в первом значении термина «источник права». Установив такое различие, особо следует подчеркнуть тот факт, что правоположение, созданное пусть даже в результате очень стабильной и однообразной судебной практики, не имеет той степени прочности, которой обладают законодательные нормы. Такое правоположение достаточно неустойчиво в том смысле, что на вполне законных основаниях его можно в любой момент отбросить или изменить в связи с рассмотрением нового дела. Всегда следует помнить о том, что судебная практика в условиях континентального права не связана нормами, которые она сама создала; она даже не может общим образом сослаться на них для обоснования принимаемого решения. И если в новом деле судьи применяют норму, которую они уже применяли ранее, то это делается не потому, что она приобрела обязательный характер – его она не имеет. Как пишет сам Рене Давид, «поворот в судебной практике всегда возможен, и судьи не обязаны его обосновывать. Норма, созданная судебной практикой, существует и применяется лишь в той мере, в какой судьи (каждый судья) считают её хорошей. **Понятно, что в этих условиях трудно говорить о норме**» [1, с. 98]. Пожалуй, данная фраза со всей определённостью говорит о том, что учёный подчёркивает прежде всего правообразующий, а не правоустанавливающий характер судебной практики.

Итак, континентальные суды неизбежно ориентируются на прошлые судебные решения и учитывают их. Но это совсем не означает, что они должны во всём следовать этим решениям, пусть даже вынесенным высшестоящими судебными инстанциями. Лишь в определённых случаях прежние судебные решения формально являющимися обязательными для всех дальнейших аналогичных дел. Но такие ситуации – исключение из общего правила системы европейского континентального права, которое не рассматривает предыдущие решения как обязательный для всех будущих подобных случаев прецедент. Такой подход имеет исторические корни.

В отличие от английской системы общего права, в континентальной Европе право развивалось учёными в университетских традициях и на основе рецепированного римского права. И хотя можно считать, что некоторые решения авторитетных судов оказали какое-то влияние, как, например, решения старого Парламента Парижа, существовавшего в королевской Франции, «в общем и целом, – пишет английский теоретик Д. Ллойд, – толкование и развитие правовых принципов считалось скорее делом учёных-юристов, профессоров и правоведов, чем судов, в чью задачу входило не толкование или развитие права, а его непосредственное применение к конкретным случаям. Даже в наши дни юристы стран континентальной Европы обращаются к научным комментариям и исследованиям, где даётся анализ и толкование правовых принципов. Эти работы пользуются непререкаемым авторитетом по сравнению с конкретными судебными решениями» [30, с. 314].

Обратим внимание на тот факт, что в настоящее время здесь наблюдаются признаки перемен и во многих странах континентального права (Австрия, Германия, Швейцария и др.). Имеет место тенденция все чаще обращаться к судебной практике, значение которой для применения действующего права постоянно растёт. Нельзя игнорировать и тот факт, что решения высших судебных инстанций многие судьи считают для себя фактически обязательными. Для судей это, по крайней мере, очень (если не самое) авторитетное мнение, и они его обязательно принимают во внимание. Но не следует преувеличивать юридическую силу таких решений, тем более пытаться обнаружить здесь контуры обязательного прецедента.

Лишь в порядке исключения из общего правила в особых случаях может быть установлена обязанность судьи следовать определённому прецеденту (в классическом его понимании – как общеобязательной нормы) или линии, установленной такими прецедентами.

Как уже говорилось, в правовой системе Германии считается, что если какое-то правило подтверждено постоянной судебной практикой, то оно рассматривается как норма обычая и должно применяться судами в таком качестве наряду с законом. В Португалии авторитетом прецедента обладают решения Пленума Верховного Суда, опубликованные в официальном порядке. Правотворческая роль судебной практики официально признана в Испании, где существует понятие «*doctrina legal*» [1, с. 104]. В этой стране обжалование судебных решений в Верховный Суд допускается, согласно закону, в случае, если в них нарушена «*doctrina legal*»: имеется в виду судебная практика, основанная на ряде решений Верховного Суда Испании. В Австрии практика Конституционного Суда имеет общеобязательный и преюдициальный характер для всех субъектов, обратившихся в этот орган. В Германии такой авторитет придан решениям Федерального Конституционного Суда, которые официально считаются имеющими юридическую силу закона. В Гражданском кодексе Швейцарии указано, что при отсутствии закона и обычая судья должен решать дело на основании такого правила, которое он установил, если бы был законодателем, следуя традиции и судебной практике, но, вызвав большой интерес у теоретиков, статья 1 Гражданского кодекса мало что изменила в швейцарской практике. Хотя доходило и до анекдотичного, когда швейцарские судьи искусственным образом находили пробелы в законодательстве, чтобы использовать предоставленное им право. Во Франции уже довольно продолжительное время решения Кассационного Суда рассматриваются в качестве абсолютно обязательных для всех других судов. Особо отметим тот факт, что в европейских странах высшие судебные инстанции не принимают актов нормативного характера, в которых разъясняется

действующее законодательство (аналогично тому, как то имеет место с постановлениями пленумов в Беларуси, России и некоторых других постсоветских республиках бывшего СССР).

Все эти нетрадиционные для романо-германского права примеры обязательных прецедентов не должны поколебать устоявшийся подход, которого придерживаются в континентальной Европе. В самом общем смысле он заключается в том, что судебная практика действует в рамках, установленных для права законодателем, тогда как деятельность самого законодателя состоит именно в установлении этих рамок, и поэтому даже правообразующее значение судов уже в силу этого ограничено. Творческая же роль судебной практики всегда или почти всегда скрывается за видимостью толкования закона, но здесь её творческая роль напрямую зависит от того, насколько судам предоставлено право официального и нормативного разъяснения действующего законодательства. Судебная практика, разумеется, учитывается и законодателем. В некоторых случаях законы содержат положения, выработанные до этого судебной практикой. Даже приведённые нами примеры обязательных прецедентов следует расценивать как весьма эффективные методы, обеспечивающие стабильность права путём придания необходимого единообразия судебной практике.

Конституционное правосудие полностью «вписывается» в эту картину. Оно все чаще выступает «выравнивающим» и «стабилизирующим» фактором правовой системы, в необходимых случаях проявляя себя в правообразовании и правотворчестве. Характеристика практики Конституционного Суда в связи с исследованием источников права должна осуществляться в строго определённых терминологических оборотах. Рассматривая источники права в материальном смысле, практику Конституционного Суда мы относим к этой научной категории. Но, изучая источники права в формальном смысле, практика как таковая не может рассматриваться самостоятельным элементом в системе источников права наряду с нормативным актом, обычаем, нормативным договором и т.д. Подобное теоретическое построение, на наш взгляд, позволяет избежать многих двусмысленностей и внутренних противоречий, которые, к сожалению, столь распространены в юридической науке и отчасти начинают проявлять себя на практическом уровне, что нельзя считать нормальным явлением.

Двойственное понимание «источников права» повлекло чрезвычайную множественность и разноречивость точек зрения о понятии судебной практики, и как её разновидности – практики конституционных судов. Эта противоречивость, как было показано, имеет давнюю историю, и её традиции были заложены ещё в русской юриспруденции конца XIX – начала XX века. Насколько удалось установить, первым из русских учёных, который правильно подметил непоследовательность и разноречивость теории источников права, был М. Капустин в своей «Теории (догматике) права» [31, с. 116]. Дальнейшие фундаментальные критические исследования были отражены в трудах Н.Н. Алексеева [32], Н.М. Коркунова [29], Л.И. Петражицкого [33] и некоторых других учёных, представлявших дореволюционную юридическую школу.

Примечательно, что источники (формы) права, описанные в дореволюционных произведениях, были гораздо многообразней и глубже современных. Причем причины сужения перечня источников (форм) лежат не только в юридической, но и в политической, социальной плоскостях. Российский учёный С.В. Бошно [34, с. 83] справедливо замечает, что абсолютизация роли государства, критика обычаев, господство антиклерикальных взглядов закономерно вели к сокращению форм советского права. Вопрос о системе форм советского права представлялся не столь актуальным в сравнении с исключительно важной проблемой классификации, типологии нормативных правовых актов. Достаточно вспомнить о том, что прецедент рассматривался как источник, присущий исключительно буржуазному праву. Вообще, любой из известных современной науке источников когда-либо был обозначен в дореволюционной правовой мысли, поскольку система источников (форм) права представлялась тогда как сложное образование, имеющее между составляющими ее элементами связи самого разного свойства.

Настойчивые попытки определить источники права в их соотношении с формами права предпринимались С.И. Вильнянским [9], С.Л. Зивсом [5], В.П. Реутовым [3], А.Ф. Шебановым [35] уже в советское время. Многие авторы приходили к выводу о том, что одно и то же явление (в частности, судебная практика) можно при определённой «договорённости» в терминах признавать и формой, и источником права. Отметим, что большинство исследователей придерживались старой традиции российского правоведения определять источники и формы права через нормы, что не было свойственно западной правовой теории. С нашей точки зрения, совершенно справедливо подвергались аргументированной критике те учёные, которые отождествляли источники права и правотворческую деятельность, и даже многозначность термина «источник» не может служить в пользу их теоретических рассуждений.

Заключение. Проблема правотворческой деятельности судов имеет давнюю историю, начиная с римского преторского права и до наших дней. Особое внимание уделялось выяснению характера и особенностей судебных решений. Следует учитывать, что в течение нескольких столетий отечественное право находилось под ощутимым влиянием континентальных традиций, запрещавших судьям заниматься правотворчеством. Поэтому неудивительно, что среди дореволюционных, советских и современных учёных творческая (не только сугубо правоприменительная) деятельность судов всегда была предметом немолчающих споров, а судебные решения официально не признавались источником права. Однако заслуживает

внимания точка зрения тех юристов, которые подобное отношение к «судейскому праву» рассматривали «не более чем доктринальную фикцию, искажающую подлинную роль судебной власти» [18, с. 14]. Поэтому всегда среди правоведов были и те, кто выступал за признание судебного правотворчества.

В советский период принцип социалистической законности признавал за судами только правоприменительные функции, и поэтому большинство ученых занимали по этому вопросу ортодоксальную позицию. Такая причина носила идеологический характер и сводилась к тому, что если суды будут выступать самостоятельными субъектами правотворчества, то это приведет к ослаблению нормотворчества законодательных органов. Однако практика являла во многом обратную картину. За небольшими изъятиями (50 – 60-е годы), законодательство о судостроительстве предусматривало главенствующее положение Верховного Суда СССР внутри судебной системы, обязав нижестоящие суды следовать его разъяснениям. В то же время широко используемая категория судебной практики так и не получила однозначного прочтения, что во многом было обусловлено некорректным отождествлением источников права и правотворческой деятельности.

В современный период академический спор по вопросу о судебной практике получил новый виток, поскольку суды обрели независимость наряду с расширением своей юрисдикции. К тому же новообразованный Конституционный Суд стал заметным правообразующим и нормоустанавливающим фактором. Однако узаконенное нормотворчество высших судебных инстанций не внесло относительного понимания концепции «судейского права». До настоящего времени не решен вопрос о соотношении таких понятий, как «судебное право», «судебная практика», «прецедентное право». К тому же в теоретическом дискурсе обойдены вниманием ряд основных сравнительных аналитических исследований ведущих специалистов из стран как англосаксонских, так и континентальной правовых систем, где отлично от наших реалий представлен феномен судебной практики.

Представляется, что пришло время для более квалифицированных и глубоких попыток исследования судебного правотворчества в Беларуси. Новизна подхода видится в ответах на вопросы о том, каким образом белорусская, континентальная и англосаксонская правовые системы «используют» судебную практику, каково отношение судей к предыдущим решениям, как различные правовые системы «излагают» судебную практику и по каким именно причинам. Только тогда можно понять роль судебной практики (как наиболее широкого и устоявшегося понятия) в создании, применении, толковании и претворении в жизнь правовых норм.

ЛИТЕРАТУРА

1. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Междунар. отношения, 1996. – 400 с.
2. Марченко, М.Н. Является ли судебная практика источником российского права? / М.Н. Марченко // Журнал российского права. – 2000. – № 12. – С. 11 – 21.
3. Реутов, В.П. Юридическая практика и развитие законодательства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / В.П. Реутов; Свердловск. гос. ун-т. – Свердловск, 1968. – 167 с.
4. Бошно, С.В. Судебная практика: источник или форма права? / С.В. Бошно // Российский судья. – 2001. – № 2. – С. 24 – 27.
5. Зивс, С.Л. Источники права / С.Л. Зивс. – М.: Наука, 1981. – 239 с.
6. Марченко, М.Н. Судебное правотворчество и судейское право / М.Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 512 с.
7. Теория государства и права: учеб. для юрид. вузов / С.В. Боботов [и др.]; под ред. Г.Н. Манова. – М.: БЕК, 1995. – 336 с.
8. Словарь иностранных слов. – М.: Гос. изд-во иностр. нац. словарей, 1949. – 808 с.
9. Вильнянский, С.И. Значение судебной практики в гражданском праве / С.И. Вильнянский // Ученые труды ВШЮН. – М., 1947. – Вып. IX. – С. 224 – 253.
10. Безина, А. Конкретизация права в судебной практике / А. Безина, В. Лазарев // Сов. Юстиция. – 1968. – № 2. – С. 6 – 12.
11. Алексеев, С.С. Общая теория права: в 2 т. / С.С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1981 – 1982. – Т. 2. – М., 1982. – 360 с.
12. Судебная практика в советской правовой системе / С.Н. Братусь [и др.]; под ред. С.Н. Братуся. – М.: Юрид. лит., 1975.
13. Загайнова, С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С.К. Загайнова. – М.: НОРМА, 2002. – 176 с.
14. Мицкевич, А.В. Формы выражения или источники права. Глава IX. Общая теория государства и права. Академический курс: в 3-х т. / А.В. Мицкевич; отв. ред. проф. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, 2001. – Т. 2. – 528 с.

15. О Верховном Суде СССР: Закон СССР от 30 ноября 1979 // Ведомости Верх. Совета Союза ССР. – № 49. – С. 842.
16. О практике применения судами законодательства, а также постановлений Пленума Верховного Суда СССР по делам о несовершеннолетних и о вовлечении их в преступную и иную антиобщественную деятельность: Постановление Пленума Верховного Суда СССР. – 1976. – № 4. – С. 19 – 20.
17. Саидов, А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / А.Х. Саидов; под ред. В.А. Туманова. – М.: Юристъ, 2002. – 448 с.
18. Верещагин, А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты / А.Н. Верещагин. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 344 с.
19. Марченко, М.Н. Является ли судебная практика источником российского права? / М.Н. Марченко // Журнал российского права. – 2000. – № 12. – С. 11 – 21.
20. Гранат, Н.Л. Источники права / Н.Л. Гранат // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 6 – 12.
21. Бойцова, В.В. Судебный прецедент: Зарубежный опыт и российские перспективы / В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова // Юрист. – 1999. – № 10. – С. 5 – 9.
22. Дубовицкий, В.Н. Судебная практика как источник права в Республике Беларусь / В.Н. Дубовицкий // Система права и законодательства Республики Беларусь: состояние, перспективы развития: материалы респ. науч.-практ. конф. / ГрГУ. – Гродно, 1999. – С. 67 – 70.
23. Бибило, В.Н. Роль Пленума Верховного суда Республики Беларусь в совершенствовании судебной практики / В.Н. Бибило // Судовы веснік. – 1998. – № 3. – С. 43 – 45.
24. Бибило, В.Н. Правотворчество судей при осуществлении правосудия / В.Н. Бибило // Судовы веснік. – 1997. – № 2. – С. 39 – 41.
25. Венгеров, А.Б. Теория государства и права: учебник для юрид. вузов / А.Б. Венгеров. – 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. – 588 с.
26. Богдановская, И.Ю. Судебный прецедент – источник права? / И.Ю. Богдановская // Государство и право. – 2002. – № 12. – С. 5 – 10.
27. Егоров, А.В. Основы сравнительного правоведения: учеб. пособие / А.В. Егоров. – Новополоцк: ПГУ, 1999. – 276 с.
28. Зивс, С.Л. Развитие формы права в современных империалистических государствах / С.Л. Зивс. – М.: Изд-во АН СССР, 1960. – 215 с.
29. Хропанюк, В.Н. Теория государства и права: учеб. пособие для юрид. вузов. Хрестоматия / В.Н. Хропанюк. – М.: «ИНТЕРСТИЛЬ», 1998. – 937 с.
30. Ллойд, Д. Идея права / Д. Ллойд; пер. с англ. – М.: «ЮГОНА», 2002. – 416 с.
31. Капустин, М. Теорія права (юридическая догматика) / М. Капустин. – М.: Университет. тип. (Катковъ и К), 1868. – Т. 4. – 237 с.
32. Алексеев, Н.Н. Основы философии права / Н.Н. Алексеев. – СПб.: Изд-во «ЛАНЬ», 1999. – 256 с.
33. Петражицкий, Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Сер. «Мир культуры, истории и философии» / Л.И. Петражицкий. – СПб.: Издательство «ЛАНЬ», 2000. – 608 с.
34. Бошно, С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права / С.В. Бошно // Журнал российского права. – 2003. – № 4. – С. 82 – 91.
35. Шебанов, А.Ф. Форма советского права / А.Ф. Шебанов. – М.: Юридическая литература, 1968. – 216 с.

Поступила 05.03.2010

JUDICIAL PRACTICE AS A SOURCE OF LAW: SOVIET AND POST-SOVIET PERIOD

A. PUGACHOV

The article deals with the role and importance of judicial practice in the Soviet and modern periods, Western scholars' views on this problem. The author illustrates forms of jurisprudence and pays great attention to the question of recognition of judicial acts as sources of law. It has been argued the difference between precedent and judicial law. An attempt has been made to reveal the prospects for formal recognition of judicial precedent as a source of law. The author studies the legal nature of decisions of Supreme Court of the Republic of Belarus. The article describes the importance of constitutional justice practice in law-making and law-formation.