

## ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

УДК 340

### ФОРМЫ (ИСТОЧНИКИ) СУДЕЙСКОГО ПРАВА В ЗАПАДНОЕВРОПЕЙСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ

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

*Объясняется необходимость изучения проблемы в рамках англосаксонской и романо-германской юридической традиции. Дается анализ категории «источник права» через основные научные позиции и подходы практической юриспруденции. Особое внимание уделяется правилу прецедента и его связи с иными источниками. Показано различие в подходах о роли судебной практики в системе англосаксонского и романо-германского права. Высказывается взгляд на феномен практики конституционного правосудия в контексте проблемы судебного правотворчества.*

**Введение.** Роль судебных органов в правотворческом процессе издавна является одной из самых запутанных проблем юридической науки и практики. До сего времени значительное число правоведов занимают по этому вопросу ортодоксальную позицию. Как отмечает А.Н. Верещагин, «они привычно утверждают, что судебное правотворчество может привести к судебному произволу и угрожает подорвать верховенство законодательных органов и принимаемых ими законов» [1, с. 14]. Однако и сторонники признания «права, созданного судьями» не имеют единой позиции при исследовании практических вопросов, связанных с судебным правотворчеством и научным анализом принципиальных теоретических проблем. Во многом это обусловлено достаточно поверхностным «знакомством» с соответствующим западноевропейским опытом, а также нерешенным вопросом о понятии и видах источников права в отечественной теории. Этим проблемам мы уделим наибольшее внимание в настоящей публикации.

**Основная часть.** Можно утверждать, что в отечественной и зарубежной литературе традиционно значительное внимание уделяют вопросам общей теории форм (источников) права, и значительно меньше – теории форм, порождаемых отдельными видами правотворческой деятельности судов – формами судебного права. Однако вопросу об источниках судебного права предшествует более общая проблема – проблема о понимании и видовом разнообразии источников права в целом. Как показывает изучение литературы, однозначного подхода нет ни в рамках англосаксонской, ни романо-германской доктрины [2]. Постараемся изложить суть проблемы в основных чертах на примерах соответствующих правовых систем.

В практической юриспруденции указанным подходам не отводится много места, поскольку здесь всего лишь объясняется происхождение содержания той или иной нормы, но не дается ответа на вопрос, является ли исследуемая норма правовой в данный момент, т.е. обладает ли она юридической силой. Хотя критерии придания юридической силы нормам в каждой правовой системе различны, что касается английской правовой системы, то здесь среди ученых и практиков имеется общее согласие в отношении того, что законодательство (прямое и подчиненное) и *Rationes decidendi* прецедентов высших судов имеют общеобязательную силу. Но в данном случае речь идет о юридических источниках права. Например, Дж. Самонд в качестве таковых признает прецедент, законодательство и обычай, потому что «английское право само основано на том, что любой принцип, содержащийся в судебном решении, имеет силу закона. Аналогичное признание юридической силы распространяется на закон, восходящий к статутам, и на обычай, существующий с незапамятных времен. Нормы, подобные этим, закладывают фундамент источников права» [3, с. 158].

Важно отметить, что в английском праве четко выдерживается позиция подчиненности прецедента законодательству, которая основана на том факте, что закон всегда может отменить результат судебного решения. Такая идея подчиненности законодательству не всегда проявлялась с такой очевидностью, как в настоящее время, хотя к началу XIX века она получила повсеместное признание, в том числе и среди судей. Следует еще раз отметить, что в английской правовой системе законодательство и прецеденты являются первичными источниками права (в отличие от обычаев) и действительность каждого из них не выводится из другого или других юридических источников, хотя общепризнано, что прецедент подчиняется законодательству в том отношении, что закон всегда может его аннулировать.

В английском праве различают источники, которые имеют принудительную (или обязательную) силу, и источники, которые имеют убеждающее значение. Так, по мнению С.К. Загайновой [4, с. 39], обя-

занность судьи соблюдать прецедентное право влечет за собой необходимость следовать *ratio decidendi*, обязательное для него в соответствии с принципом *stare decise*, но также необходимость рассмотреть, хотя правила и принципы, излагаемые в *obiter dictum*.

Обратим внимание на то обстоятельство, что в английском праве сам термин «судебная практика» практически не используется в значении источника права, хотя, вне всякого сомнения, это право является порождением именно судебной практики (в смысле судебной деятельности). Большинство авторов, рассматривая источники права в их юридическом значении, говорят о прецеденте, но не о судебной практике. Поэтому не вполне можно согласиться с подходом Р. Давида, когда он, предпринимая попытку изучения источников английского права, подменяет категорию прецедентного права (*case law*) термином «*jurisprudence*» в его французском значении, что не одно и то же. Если в романской традиции словом «*jurisprudence*» обозначаются судебные решения, то английское значение данного термина означает то, что во Франции обычно называют общей теорией и философией права.

К тому же, не все судебные решения английских судов содержат правило прецедента, а лишь те, которые исходят от Палаты Лордов, Апелляционного суда и Высокого суда. Решения других судов и квазисудебных органов (управления, комиссии, трибуналы и т.д.) могут лишь служить примером, но не создают обязательного (связывающего) прецедента. Но даже если использовать термин «судебная практика» в отношении английской правовой системы, то совершенно ясно, что источником права в формальном (юридическом) смысле слова является не вся судебная практика, а лишь та ее часть, которая создается в результате деятельности упомянутых высших судебных инстанций в ходе разбирательства конкретных дел, вследствие чего формулируется судебный прецедент. Приходится еще раз констатировать то обстоятельство, что в правовой науке отсутствует единая терминология, при помощи которой можно было бы более точно выразить указанные выше различия. Ведь именно этот факт создает обилие возможностей для не всегда продуктивной и предметной полемики. Вместо того чтобы сосредоточиться исключительно на вопросах права, континентальные юристы зачастую попросту «вязнут» в филологических дискуссиях, пытаясь уловить всю палитру лингвистических (литературных) подтекстов.

И еще одно замечание. В английской теории очень редко используется термин «форма права», много чаще – «источник права». Слово «форма» применяется преимущественно к различению нормативных правовых актов в системе законодательства, когда английские правоведы ссылаются на романо-германскую юридическую традицию. Например, Д. Ллойд [5, с. 321], скептически оценивая спорадические усилия по кодификации специфических разделов права в Англии, пишет о том, что в континентальной Европе «Кодекс является одной из форм законодательства» (см. также И.Ю. Богдановскую [6, 7]).

В целом следует признать, что проблема прецедента в английском праве в связи с исследованием источников права не столь запутана, как в романо-германской правовой доктрине. Возможно, ясность, определенность, строгость юридического мышления в Англии сохранились за счет того, что право так и не было доверено университетской науке, всецело оставаясь «собственностью» очень прагматичной судебной корпорации? Как остроумно заметил А. Барак, «в статутном (т.е. континентальном – *A.P.*) праве право – это язык. В прецедентном праве язык – это доказательство права, так как право – это (прежде всего) правило, возникающее из судебного решения. Вообще это правило выражено словами, однако его нормативная сила не выводится из слов» [8, с. 105]. Автор, выдающийся израильский юрист, Председатель Верховного Суда Израиля, опираясь на англосаксонскую теорию и практику (применяемую также и в Израиле), четко сформулировал, с одной стороны, где обнаруживается формальная связь между функциональной концепцией судебного правотворчества и принципом обязывающего прецедента, с другой – указал, почему не следует уравнивать эти категории, чем так «грешат» континентальные правоведы. А. Барак, в частности, определяет судебное правотворчество как создание общих правовых норм судей посредством вынесения судебного решения: «когда судебная ветвь власти создает индивидуальную правовую норму, т.е. норму, обязывающую только стороны в деле, она участвует не в судебном правотворчестве, а просто в отправлении правосудия. Где решение суда имеет статус обязывающего прецедента, существует судебное правотворчество. Если прецедент обязывающий, то содержащееся в судебном решении правило обязывает не только стороны в конфликте, но и все общество. Творчество суда по отправлению правосудия приобретает тем самым общее действие» [8, с. 122].

Заметим, что прецедентный характер решений судебной власти не касается дел по нормоконтролю и случаев нормативного (вне рассмотрения конкретного дела) разъяснения законодательства высшими судебными инстанциями. Дело в том, что в Англии, Израиле, США и других системах общего права не существует специализированных конституционных судов, наделенных полномочиями абстрактной проверки законодательных актов на предмет их соответствия Конституции (в Англии и Израиле, к тому же, просто нет Основного Закона), а верховные суды указанных государств не издают столь привычных для нас постановлений, через которые нижестоящим судам разъясняются наиболее сложные фрагменты законодательства в связи с неоднородно складывающейся судебной практикой.

В романо-германской правовой семье нет единого определения источников права и единого о них представления. Различные объективные и субъективные факторы (исторические и этнические различия, особенности политической и правовой культуры, уровень экономического развития и т.п.) не позволили выработать у романо-германских правоведов единого мнения о том, что такое источник права в континентальной системе. Только в отечественной теории представлено более семи подходов в понимании категории «источник права». А что уж говорить о романо-германской правовой семье в целом, ведь правовые системы, ее составляющие, наиболее многочисленны на юридической карте мира и каждая из них имеет свои неповторимые, специфические черты?

Можно лишь зафиксировать наиболее общие признаки и черты, свойственные источникам права всех входящих в романо-германскую правовую семью национальных правовых систем, но при сравнении этих систем необходимо проявлять крайнюю осторожность, учитывая как философские и идеологические тенденции, господствующие в данный момент, так и особенности юридической лексики и техники перевода ключевых терминов при изучении соответствующей литературы. Наслоение исторических, социологических, политических и прочих смыслов при изучении понятия «источник права» утвердило большинство исследователей во мнении о том, что «многогранное и разностороннее понятие “источника права” должно рассматриваться не иначе как в совокупности всех составляющих его элементов и с учетом всех объективных и субъективных факторов, оказывающих на него и на всю правовую семью в целом определенное влияние» [9, с. 299], т.е. «источник права» до сих пор представляется не в одном каком-либо отдельно взятом аспекте, а в совокупности нескольких взаимосвязанных между собой и дополняющих друг друга сторон.

Действительность современного континентального права такова, что термином «источники права» обозначают одновременно содержательные (материальные) и формальные источники права. Для европейского юриста всегда важно было знать те причины, которые порождают юридические правила, или, как пишет Ж.-Л. Бержель, «созидательные силы права, составляющие его содержательные (сущностные) источники» [10, с. 97], к которым ученый относит: разнообразные моральные, религиозные, философские, политические, социальные, идеологические и иные причины, которые предопределяют содержание норм (1); факты социальной действительности (2); требования ситуации, складывающейся во времени (3); пространстве (4); в области технических средств права, определяющих его ориентацию и содержание (5) и т.д.

Источники права, продолжает Ж.-Л. Бержель, предполагают также «способы формирования юридических норм, т.е. приемы и акты, посредством которых эти нормы вызываются к жизни, становятся составной частью позитивного права и обретают статус нормативного закона» [10, с. 98]. Но здесь ученый ведет уже речь о формальных источниках права.

Континентальные ученые-юристы предлагают самые разнообразные классификации источников права, и многое здесь зависит, как уже отмечалось, от условий конкретной юридической системы, эпохи, страны и т.п. Принято различать: «источники письменные» (закон) и «источники устные» (обычай); «источники прямые» (закон) и «источники косвенные» (сюда как раз-таки зачастую и относят судебную практику); «источники официальные» (закон) и «источники неофициальные» (доктрина); «источники первичные» (договор) и «источники вторичные» (толкование закона)...

К тому же некоторые авторы (например, Г. Кельзен [11]) включают в число правовых источников акты, содержащие индивидуальные правила. Особенно это касается австрийской школы, согласно учению которой индивидуальные правила классифицируются как юридические правила и в силу этого располагаются в основании «правовой пирамиды». Вряд ли с таким подходом следует соглашаться, поскольку эти индивидуальные правила не образуют норм, способных регулировать бесконечный ряд случаев. Иными словами, индивидуальные акты, такие как договоры, судебные приговоры, административные решения и пр., не имеют прямого воздействия на общую правовую систему.

По мнению Р. Давида, «изложить принятую в романо-германской правовой семье теорию источников права – нелегкое дело» [12, с. 74], но в своей фундаментальной работе «Основные правовые системы современности» сам ученый нигде не занимается анализом данной категории, ограничившись замечанием, что «его внимание будет обращено на формальные источники права» [12, с. 15]. Такая оговорка является отражением ситуации, при которой, несмотря на многообразие взглядов и подходов к определению понятия «источник права», в романо-германской правовой семье все же традиционно доминирующим остается формально-юридический подход. Поэтому к настоящему времени ситуация относительно рассматриваемого вопроса такова, что большинство ученых в юридической литературе «внешнее выражение права» в одних случаях называют формой права, в других – источником права, а в третьем – именуют одновременно и формами, и источниками права.

Следует особое внимание обратить и на тот факт, что понятие «источник права», используемое в системе англосаксонского права, в значительной мере совпадает с аналогичным понятием, употребляемым в системе романо-германского права, т.е. под «источником права» понимается прежде всего акт-

документ (Record), который содержит в себе нормы права. Различия же в подходах к источникам права в семье общего права, где на первом плане выступает судебный прецедент, и в романо-германской правовой семье, где приоритет в системе источников права неизменно отдается закону, не следует считать слишком радикальными. В сущностном отношении между указанными правовыми семьями следует видеть прежде всего единство, а не различие. Это объясняется общностью взглядов на основные, фундаментальные категории и ценности права, ведь для всех без исключения государств, «вовлеченных в орбиту» романо-германского либо англосаксонского права, право является основополагающим принципом социального регулирования, определяющим и формирующим весь стиль общественной и государственной жизни. Различия, по сути дела, проявляются лишь в восприятии различных сторон и аспектов этого европейского права, в том числе – системы источников права. Поэтому важно учитывать фактор того, как понимается и как применяется тот или иной юридический термин и понятие, какой смысл вкладывается в них в той или иной правовой системе, совпадает ли представление об источниках права и их видах в одной правовой системе с соответствующими представлениями, господствующими в других правовых системах и т.д. Мы полагаем, что именно разночтение в понимании и толковании любых источников права (актов судебной власти в том числе) значительно затрудняет проведение сравнительно-правовых исследований, приводит к искаженным результатам, а порой делает их попросту бессмысленными либо невозможными. **Важно, чтобы разнородные по своему характеру правовые явления не «подгонялись» под одно название!**

И в этой связи обратим внимание на интересующие нас явления – *судебную практику и прецедент*, которые, по нашему мнению, не следует рассматривать идентичными феноменами. Поэтому трудно согласиться с мнением, высказанным М.Н. Марченко в духе того, что «несмотря на явные противоречия и расхождения в понимании некоторыми авторами “судебной практики” и “судебного прецедента”, в большинстве научных исследований эти явления и понятия рассматриваются как идентичные и взаимозаменяемые, выступающие, к тому же, по общему правилу, под одним и тем же названием “прецедент”» [9, с. 396]. Как раз-таки главная ошибка большинства постсоветских правоведов заключается в том, что они без особых на то причин и объяснений взялись «приживлять» нехарактерный для нашего права феномен, в определенной степени «ломающий» истинное представление о судебном прецеденте как таковом, подменяя данный термин понятием судебной практики, рассматривая, например практику конституционного правосудия в контексте судебной практики (с чем полностью следует согласиться), акты судебного конституционного контроля огулом наделили прецедентным качеством!

Это явное недоразумение занимает все более прочные позиции в современной юридической литературе. Даже если рассматривать судебную практику через выработанные в процессе рассмотрения конкретных дел нормативные правовые положения, то вовсе не каждое такое решение суда можно отнести к категории прецедента. В то же время любой прецедент (административный нами не рассматривается) есть результат судебной деятельности, или, что в принципе одно и то же, судебной практики. Понятие «прецедента» много уже понятия «судебной практики», и дело здесь не только в том, что судебная практика может рассматриваться как сама деятельность, так и ее результат. Объективированные итоги судебной практики могут проявить себя как через нормативные, так и ненормативные акты. Общеобязательные решения судов, в свою очередь, могут быть отнесены как к категории прецедента, так и нормативного правового акта, что часто не берется во внимание. В частности, решениям конституционных судов присуще в большей степени качество нормативного акта, а не прецедента. И еще. Признание судебного правотворчества вовсе не означает формирования прецедентного права, которое, по опасению некоторых ученых, способно «расшатать» сложившуюся систему нормативного регулирования.

Имеющаяся научная литература так и не внесла ясности по поводу того, каким образом разнообразие форм выражения судебной практики соотносится с проблемой источников (форм) права, хотя очевидно, что отождествлять различные формы выражения судебной практики с источниками (формами) права нет никаких оснований. Проиллюстрируем на примере: Решение (не заключение!) Конституционного Суда Республики Беларусь является формой выражения практики конституционного правосудия, но вовсе не является источником (формой) права. Такой подход позволяет ставить в новой плоскости проблему роли практики конституционного правосудия в формировании права, выяснения качественных и количественных параметров действующей системы законодательства с учетом нахождения в ней актов Конституционного Суда.

Решение этих и некоторых других вопросов с предложенных позиций поспособствовало бы нахождению определенного «компромисса» в несколько туманном и затянувшемся споре между сторонниками и противниками судебного правотворчества в части формирования отдельных элементов прецедентного права в условиях действующей правовой системы. Таким образом, более ясно «проявилась» бы правотворческая функция конституционного правосудия и юридическая природа формируемых в результате этой деятельности правовых норм, форма и юридическая сила актов судебного конституционного контроля, их место в иерархии источников национального права.

**Заключение.** Исследование феномена практики конституционного правосудия в связи с изучением источников (форм) права связано прежде всего с решением следующих вопросов: возникновение этого явления; форма (оболочка) его существования; степень обязательности такой практики; возможности защиты государственным принуждением. Упоминание данной категории можно найти в контексте изучения самых различных вопросов правовой действительности, но имеющиеся подходы пока невозможно интегрировать в единое целое, обладающее практической ценностью и общепризнанностью.

Дальнейшее обсуждение вопроса о необходимости, а главное – готовности к восприятию доктрины судебного правотворчества и прецедентного права применительно к Беларуси, представляется важным как в теоретическом, так и в практическом отношении, однако обсуждение этой проблемы должно иметь основательную научную подоплеку и проработку с доминированием рациональных настроев над эмоциональными неаргументированными предположениями.

Все эти обстоятельства должен учитывать Конституционный Суд Республики Беларусь, активно формирующий собственную практику и оказывающий очень сильное влияние на иные суды. Но и законодатель, как представляется, должен более четко обозначить свою позицию по рассматриваемой проблеме, поскольку именно ему принадлежит ведущая роль при определении приоритетов и направлений правотворческой деятельности.

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Верещагин, А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты / А.Н. Верещагин. – М.: Междунар. отношения, 2004. – 344 с.
2. Марченко, М.Н. Судебное правотворчество и судейское право / М.Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 512 с.
3. Кросс, Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс. – М.: Юрид. лит., 1985.
4. Загайнова, С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С.К. Загайнова. – М.: НОРМА, 2002. – 176 с.
5. Ллойд, Д. Идея права / Д. Ллойд; пер. с англ. – М.: «ЮГОНА», 2002. – 416 с.
6. Богдановская, И.Ю. Категория «правовая норма» в правовой доктрине стран «общего права» / И.Ю. Богдановская // Журнал российского права. – 2006. – № 11. – С. 65 – 73.
7. Богдановская, И.Ю. Понятие источника права в правовой доктрине стран «общего права» / И.Ю. Богдановская // Право и политика. – 2007. – № 1. – С. 68 – 73.
8. Барак, А. Судейское усмотрение / А. Барак; пер. с англ. – М.: НОРМА, 1999. – 376 с.
9. Марченко, М.Н. Сравнительное правоведение: учеб. для вузов / М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, 2000. – 560 с.
10. Бержель, Ж.Л. Общая теория права / Ж.Л. Бержель; под общ. ред. В.И. Даниленко; пер. с фр. Г.В. Чурشوкова. – М.: Издат. дом NOTA BENE. – 2000. – 576 с.
11. Кельзен, Г. Чистое учение о праве Ганса Кельзена / Г. Кельзен. Вып. 1. – М.: Акад. наук СССР, 1987. – 195 с.
12. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Междунар. отношения, 1996. – 400 с.

*Поступила 12.10.2009*