

Роль, место и значение судебного прецедента в судопроизводстве постсоветских государств

В московском издании [1] были опубликованы, по определению автора издания, «забавные» характеристики таких типов права:

- английская система: можно все, кроме того, что нельзя;
- немецкая система: нельзя ничего, кроме того, что можно;
- русская система: нельзя ничего, даже того, что можно.

Поскольку в каждой шутке всегда есть изрядная доля правды, то нетрудно заметить, что эти характеристики определяют в порядке убывания степень демократичности той или иной системы, при этом самой как самая демократичная характеризуется английская (прецедентная) система права.

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 [2].

Украинский исследователь английского прецедентного права Б.В. Малышев утверждает, что доктрина прецедента обеспечивает одновременно и стабильность и динамичность прецедентного права. Благодаря ей, прецедентная форма права способна оперативно и адекватно реагировать на все изменения общественной жизни и в большинстве случаев осуществлять более эффективное, чем нормативно-правовой акт, регулирования конкретных отношений [3].

Еще в 1903 г. Г.В. Демченко, применительно к судебным решениям в прецедентной правовой системе указывал, что чрезвычайно важная сторона судебного решения заключается в том, что оно, являясь судебным прецедентом, способно в известной степени влиять на дальнейшее применение норм права в судах и в жизни. Оно содействует единообразию судебной практики, ограничивает произвол судов и укрепляет начало законности и принцип равенства всех перед судом. Этой стороной судебного решения интересуются

♦ **Белкин Марк Леонидович** – адвокат,
г. Киев (Украина)

издавна [4].

Немецкие ученые К. Цвайгерт и Х. Кетц [5] указывают, что преимуществом прецедентного права является более «открытое и честное» обоснование судебных решений. Прецедент значительно оперативнее, чем закон, реагирует на динамику общественных отношений, поскольку судья, решая споры, постоянно непосредственно контактирует с реальной жизнью. Система прецедентного права делает прозрачной и предсказуемой как судебную систему, так и деятельность правоохранительных органов, поскольку никакой орган или должностное лицо не смогут в аналогичных обстоятельствах отступить от правила, закрепленного в этом решении. При таких обстоятельствах теряет смысл оказывать давление на суд или любое должностное лицо, уменьшается количество жалоб и снижается уровень коррупции, поскольку никто не сможет действовать в аналогичном деле иначе, чем в предыдущем.

Учитывая данные достоинства прецедентной системы, возникает вопрос её применения в европейских странах романо-германской системы права и в постсоветских государствах.

В настоящее время продолжает бытовать устойчивое мнение, что в наших странах применение судебного прецедента невозможно. По мнению д.ю.н. В. Усанова [2], такая позиция имеет свои корни в советской теории права, которая 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 приносит эффект произвола, связанный с одновременным выполнением судом правоприменительных и правотворческих функций. В частности, И.Б. Новицкий отмечал [6, с. 125]: «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». Более того, считалось, что судебная практика не может и не должна создавать новых норм права, новых законов, должна лишь укреплять законы действующие. 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 [2].

Вместе с тем, в условиях курса на построение правового демократического государства, правовые системы постсоветских государств не могут стоять в стороне от общемировых и европейских тенденций. Как отмечает В. Усанов [2], судебная практика признаётся источником права в странах романо-германской

правовой семьи. К. Цвайгерт и Х. Кетц [5], Р. Давид, и К. Жоффре-Спинози [7] полагают, что неспособность законодателя вовремя поспевать за меняющейся действительностью является движущей силой для развития судебного нормотворчества. Это подтверждается практикой использования судами прецедента практически во всех странах континентальной правовой системы. В частности, Р. Давид, и К. Жоффре-Спинози [8] указывают: «Место, отводимое среди источников права судебным решениям, отличает романо-германские правовые системы, с одной стороны, от английского общего права, а с другой – от социалистического права... Чтобы судить о важности судебных решений в выработке права, следует и здесь остерегаться готовых формул, которые, стремясь подчеркнуть исключительность закона, отказываются признавать источником права судебную практику. Эти формулы несколько смешны, когда их употребляют в такой стране, как Франция или ФРГ, где судебная практика в ряде сфер играет ведущую роль в развитии права и где доктринальные произведения зачастую являются не чем иным, как изложением судебной практики».

Таким образом, если какое-либо право на постсоветском пространстве не есть прецедентным, то это социалистическое право. Если же мы преодолеваем теоретическое наследие социалистического права, то мы должны признать приемлемость судебного прецедента.

Доктор права (Эссекский университет, Великобритания), член комиссии по совершенствованию правосудия Ассоциации юристов России А. Верещагин посвятил свою статью [9] развенчанию мифов о роли судебного прецедента в России и в мире.

Миф первый и главный - *Россия не является страной прецедентного права. Оно характерно лишь для англосаксонских стран.* Этот тезис крайне далёк от действительности, она на порядок сложнее. Роль законодательства в англосаксонских странах колоссальна и вряд ли уступает роли его в РФ и странах континентального права (Германии, Франции и др.). Обязанность же судов следовать прецедентам не установлена в Англии и США никаким законом или конституцией – это лишь обычай, который воспринимается всеми как нечто само собой разумеющееся: ***если суд однажды так решил, то понятно, что и в другом сходном деле он тоже должен так решить.*** Иное означало бы, что право применяется непредсказуемым образом и неодинаково по отношению к разным лицам. Точно так же обстоит дело в России и практически всех континентальных странах – с тем отличием, что там слово «прецедент» суды стараются не употреблять.

Миф второй - *в России пытаются ввести прецедентное право.* В действительности оно и так существовало, существует и будет существовать – просто потому, что без него невозможно обойтись. Прецеденты зародились ещё

в судебно-административной практике Московской Руси и активнейшим образом применялись в деятельности судов в Российской империи. И даже в СССР не было законодательного запрета на их использование. Так что вводить прецеденты не нужно – речь идёт лишь о том, чтобы несколько упорядочить их употребление. Кроме того, хорошо бы просто приучить общественность и судей не пугаться самого слова «прецедент» (в континентальной Европе юристы-ученые не пугаются уже давно).

Миф третий - *можно обойтись без прецедентов.* На самом деле без судебных прецедентов не обходились даже в СССР. Хотя в СССР публиковалась лишь ничтожная часть судебных решений, тем не менее, адвокаты постоянно на них ссылались, а судьи реально им следовали, даже если не упоминали их в тексте своего решения. В противном случае решение было бы отменено как неправильно толкующее закон.

Миф четвёртый - *следование прецеденту несовместимо с независимостью судей и подчинением их только закону.* На самом деле суды применяют не только законы, но и множество подзаконных актов, и с этим никто не спорит. Кроме того, если прецедент противоречит закону, то судья вправе мотивированно отказаться применять такой прецедент – точно так же, как это происходит в случае противоречия между законом и подзаконным актом. Принцип верховенства закона следованием прецеденту нисколько не нарушается.

Миф пятый - *судебный прецедент несовместим с разделением властей.* Поклонники этой позиции должны объяснить, почему такого вопроса не возникает там, где бесспорно имеются как прецедент, так и разделение властей (Великобритания, США, Канада и так далее). А как быть с нормотворчеством исполнительной власти, всеми этими постановлениями правительства, положениями, инструкциями и приказами? Они-то как сочетаются с догмой о том, будто создание норм — прерогатива лишь одной ветви власти? [9].

Украинская исследовательница Л.А. Корчевная [10], исходя из концепции естественного права и общественного договора, разрабатывает новейшую, всеохватывающую концепцию права. Данная цель реализуется путем осмысления разных источников права, или разных юрисдикций, в пределах одного общественного устройства. При таких условиях все правовые семьи основываются на разных источниках права, которые находятся между собой в определенных соотношениях. А исходя из требований основного закона компаративистики, согласно которому одни и те же правовые проблемы одинаково или почти одинаково решаются во всех развитых правовых системах мира, проблема единства правоприменения может решаться только на основе судебного прецедента.

Так, в ст. 95 Конституции Германии указывается, что для отправления правосудия в области общей, административной, финансовой, трудовой и социальной юстиции Федерация учреждает в качестве верховных судебных палат федеральную общую палату, федеральный административный суд, федеральную финансовую палату, федеральный трудовой суд и федеральный социальный суд... Для обеспечения единства судебной практики должен быть образован совместный сенат судов, указанных в первом абзаце [11, с. 198-199].

Таким образом, требование единства судебной практики закреплено в Германии на конституционном уровне.

Судья Верховного Суда Украины Б.Н. Пошва отмечает [12], что именно в Германии одним из основных элементов гарантий надежности судебной системы является судебный прецедент, зафиксированный в Законе о судоустройстве ФРГ в редакции от 9 мая 1975 с последующими изменениями. Он и является тем регулятором, который главным образом определяет деятельность не только судов, но и полиции, прокуратуры, адвокатуры, спецслужб, государственных органов, права и свободы физических и юридических лиц. О прецедентном характере решений Федерального Верховного суда ФРГ свидетельствуют положения § 132 Закона: «когда один состав судебной коллегии по уголовным делам (Большого сената по уголовным делам) Федеральной судебной палаты по уголовным делам при рассмотрении дела считает, что оно должно быть решено иначе, чем то, что предварительно рассматривалась всем составом Большого сената по уголовным делам или совместно объединенными большими сенатами по уголовным и гражданским делам, то дело должно рассматриваться всем составом Большого сената по уголовным делам, совместно объединенными большими сенатами или всем составом Федеральной судебной палаты по уголовным делам», а также положение § 17 и 17а Закона о том, что «если суд признал обращение к нему в пределах судебного порядка рассмотрения дела допустимым, то все другие суды связаны таким решением» [12].

В качестве примера со взаимным проникновением нормативного и прецедентного права В. Усанов [2] рассматривает Голландию. Почетное место в системе источников права там принадлежит законодательству. Но нередко голландское право называется «конвергируемым» из-за влияния на него общего права. Это влияние проявляется в увеличивающейся роли конституционных соглашений и судебных прецедентов. Суды достаточно часто занимались (и занимаются по сегодняшний день) 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. Как видно, все вышеприведенные решения обладают свойствами источников права. Таким образом, континентальные правовые системы признают прецедент в качестве одной из форм права и создают условия для его развития.

В России проблема внедрения прецедента является предметом острой дискуссии. Считается [13], что официально о практическом внедрении прецедента можно судить на основании Постановления Конституционного Суда РФ от 21.01.2010 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества "Производственное объединение "Берег", открытых акционерных обществ "Карболит", "Завод "Микропровод" и "Научно-производственное предприятие "Респиратор"». В п. 3 этого Постановления Конституционный Суд решил: **«В целях обеспечения единообразного применения** в практике арбитражных судов положений главы 37 АПК Российской Федерации федеральному законодателю надлежит – руководствуясь требованиями Конституции Российской Федерации и с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных в настоящем Постановлении, – в шестимесячный срок внести изменения и дополнения в арбитражное процессуальное законодательство, закрепляющие возможность пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебного акта арбитражного суда, основанного на правовой норме, практика применения которой после вступления данного судебного акта в законную силу определена (изменена) постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, вынесенным по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора с учетом сформировавшейся практики, в том числе исходя из правовых позиций, сформулированных Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

Таким образом, Конституционный Суд РФ признал обязательным применение норм, установленным постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, т.е. судебными органами. По этому поводу Председатель Высшего арбитражного суда РФ А. Иванов констатировал, что российское правосудие меняет свою природу. Оно движется от романо-германской правовой системы, когда суд, вынося свой вердикт, ориентируется на тот или иной кодекс, – к прецедентному праву, когда судьи апеллируют к прецедентам, то есть образцово-показательным решениям, которые ранее вынесли другие судьи [13].

В Украине основы судебного прецедента выражены через полномочия Верховного Суда Украины. Так, согласно п. 1 ч. 2 ст. 38 ЗУ «О судоустройстве и статусе судей», ВСУ пересматривает дела по основаниям неодинакового применения судами (судом) кассационной инстанции одной и той же нормы материального права в подобных правоотношениях в порядке, предусмотренном процессуальным законом.

Таким образом, предполагается, что в аналогичных обстоятельствах разные суды будут применять одну и ту же норму права одинаково. В противном случае одно из решений подлежит пересмотру для приведения в соответствие друг другу. Сравнение двух судебных решений с целью единого правоприменения есть по сути внедрением прецедента.

Необходимость применения прецедента в судебной практике в контексте совершенствования судопроизводства вызывается следующим:

1. Необходимостью обеспечить равенство граждан перед законом.

Так, в Украине после вступления в силу в 2011 году Налогового кодекса возникли споры вокруг того, можно ли включать в состав валовых затрат убытки, полученные до вступления кодекса в силу. Работники налоговой службы, естественно, были против этого, т.к. неучет указанных затрат обеспечивает увеличение налогов. В этой связи суды заняли противоречивую позицию: одни суды становились на сторону налоговых органов, другие – на сторону налогоплательщиков. При этом у крупных предприятий счет шел на миллионы долларов. В этих условиях, очевидно, не существует никакого фактического равенства перед законом налогоплательщиков, получивших разные судебные решения.

Другой случай аналогичного неравенства автор исследовал в своей работе [14]. Установлено, что в одинаковых условиях и аналогичных обстоятельствах одни суды признавали законным возбуждение уголовных дел относительно налогоплательщиков за уклонение от уплаты налогов, а другие суды – нет. Причем указанные противоречия не устранялись даже на уровне кассационной инстанции, поскольку судебную практику по этому вопросу никто не обобщал.

Естественно, граждане, относительно которых возбуждались уголовные дела, находились в очевидно неодинаковых условиях по сравнению с теми, относительно которых при тех же нарушениях уголовные дела не возбуждались.

2. Применение судебного прецедента, с одной стороны, уменьшает вероятность судебной ошибки, поскольку складывается набор типичных судебных решений, а с другой стороны, существенно снижает роль взяток и/или административного давления. Для обоснования этой позиции целесообразно вернуться к исследованиям К. Цвайгерта и Х. Кетца [5], которые установили, что преимуществом прецедентного права является более «открытое и честное» обоснование судебных решений. Система прецедентного права делает прозрачной и предсказуемой как судебную систему, так и деятельность правоохранительных органов, поскольку никакой орган или должностное лицо не смогут в аналогичных обстоятельствах отступить от правила, закрепленного в этом решении. При таких обстоятельствах теряет смысл оказывать давление на суд или любое должностное лицо, уменьшается количество жалоб и снижается уровень коррупции, поскольку никто не сможет действовать в аналогичном деле иначе, чем в предыдущем.

3. В условиях верховенства права правовые нормы и их источники должны соответствовать принципу правовой определенности, или уверенности (англ. – legal certainty). Этот принцип иногда называют юридической безопасностью, правовой стабильностью. Стержнем данной концепции является предсказуемость. Согласно этому принципу люди должны иметь возможность планировать свои действия с уверенностью, что знают об их правовых последствиях. Он требует, в частности, чтобы правовые акты заранее обнародовались, действовали на будущее, были ясными, простыми, точными, четкими и непротиворечивыми. Применения актов должно быть предсказуемым для индивидов. Во-первых, такая предсказуемость увеличивает автономию личности в отношении государства и в конце концов обеспечивает ее свободу. Во-вторых, она является рациональной основой организации любой нормативной системы. Принцип правовой определенности нашел полное отражение в праве Совета Европы и праве Европейского Союза [15].

Вместе с тем, если конкретные законы, пусть даже самые стабильные, будут толковаться судами разным образом, то принцип правовой определенности будет нарушен. Поэтому прецедентное (стабильное) толкование одного и того же закона в аналогичных условиях соответствует соблюдению принципа правовой определенности.

4. Уважение к прецедентной практике Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЛ). Эта проблема особенно актуальна для стран, ратифицировавших Конвенцию о защите прав человека и основных свобод

1950 г. (далее – Конвенция). Согласно ст. 17 ЗУ «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека», суды применяют при рассмотрении дел Конвенцию и практику Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЛ) как источник права. При этом в своих решениях, ЕСПЛ неоднократно указывал, что, согласно, его устоявшейся судебной практике, Суд, в контексте ст. 6 Конвенции, рассматривает и проверяет надлежащее осуществление правосудия национальными судами [16, 17 и др.]. Поэтому если ЕСПЛ однажды указал на недостатки национального судопроизводства, то такая позиция ЕСПЛ должна учитываться и в последующих решениях национальных судов.

Таким образом, судебный прецедент является существенным резервом совершенствования национального судопроизводства.

Библиография

1. Таранов П.С. Золотая книга руководителя: Законы, советы, правила.- М.: Вече: Персей: АСТ, 1994. – 560 с. – (SelfHelp). – ISBN 5-7141-0055-7.
2. Усанов В. Судебный прецедент: проблемы конвергенции в российскую правовую систему. – [Электронный ресурс, 12.09.12 г.]. – Режим доступа: <http://www.liveinternet.ru/users/precedents/post91593586/comments>
3. Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. – К.: Праксіс, 2008. – 344 с.
4. Демченко Г.В. Судебный прецедент / Г.В. Демченко. – Варшава: Тип. Варш. учеб. окр., 1903. – 252 с.
5. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Том I. Основы: Пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – 480с. – ISBN 5-7133-1048-5.
6. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. – М.: Юр. лит., 1959. – 162 с. – Всесоюзный институт юридических наук. Курс советского гражданского права Москва, 1959.
7. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400 с.
8. Указ. соч. / Гл. 99. 99. Критерии для оценки роли судебной практики. – [Электронный ресурс, 12.09.12 г.]. – Режим доступа: <http://www.pravoznavec.com.ua/books/letter/285/%C4/21557#chapter>
9. Верещагин А. Прецедентное право: теперь и в России: Пять мифов о роли судебного прецедента в нашей стране и в мире. – [Электронный ресурс, 12.09.12 г.]. – Режим доступа: <http://www.forbesrussia.ru/column/47477-pretседentnoe-pravo-teper-i-v-rossii>

10. Корчевна Л.О. Проблема різноджерельного права: дослід порівняльного правознавства (Проблема разных источников права: опыт сравнительного правоведения): автореф. дис... д-ра юрид. наук: – К., 2005. – 36 с.
11. Конституции зарубежных государств. Учебное пособие. – М.: Издательство БЕК. – 432 с. – ISBN 5-85639-126-8; ISBN 3-406-40581-9.
12. Пошва Б.М. Судовий прецедент: проблеми запровадження в Україні. – [Електронний ресурс, 12.09.12 г.]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/3a27628b5abab870c22575d0004d48e7?OpenDocument>
13. Приведет ли прецедентное право к изменениям в Конституции РФ? – [Электронный ресурс, 12.09.12 г.]. – Режим доступа: <http://rus.ruvr.ru/2010/03/22/5517206.html>
14. Белкін М.Л. Актуальні питання оскарження постанов про порушення кримінальної справи в світлі рішень Європейського суду з прав людини (на прикладі статті 212 Кримінального кодексу України). – Адвокат. – 2009. – № 6 (105). – С. 4-10.
15. Стокгольмський арбітраж і принцип правової визначеності – [Електронний ресурс, 12.09.12 г.]. – Режим доступу: http://ukr-pravo.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=4683:2011-08-17-05-14-17&catid=2:komentar&Itemid=2
16. Официальный сайт Министерства юстиции Украины: Дело «Бочан проти України». – [Електронний ресурс, 12.09.12 р.]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/19612>
17. Официальный сайт Министерства юстиции Украины: Дело «Серявін та інші проти України». – [Електронний ресурс, 12.09.12 р.]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/19612>