ГОСУДАРСТВО И ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ

ОСОБЕННОСТИ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА В СИСТЕМЕ РОМАНО-GERMANСКОГО ПРАВА

МАРЧЕНКО Михаил Николаевич, заведующий кафедрой теории государства и права и политологии юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, 1

E-mail: theory.law.msu@gmail.com

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся основных черт и особенностей судебного прецедента в системе романо-германского права по сравнению с «классическим» прецедентом — источником англосаксонского права. Среди особенностей судебного прецедента в системе романо-германского права выделяются: многозначность самого явления прецедента и его континентальной доктрины и понятия; вторичный и двойственный характер прецедента по сравнению с другими источниками права данной правовой семьи; избирательное отношение к различным отраслям права; разнородность правовой основы прецедентов в разных странах и дифференцированность подхода к признанию за прецедентами юридической силы. Отмечены также технико-юридические особенности прецедента в системе романо-германского права, в частности особый характер публикаций решений высших судебных инстанций и др. Основные черты и особенности судебного прецедента и его доктрины в романо-германском праве раскрываются на примере судебных прецедентов Германии, Франции, Испании, Италии и некоторых других государств.

Ключевые слова: прецедент, романо-германское право, доктрина, толкование права, судейское право, источники права.

FEATURES OF JUDICIAL PRECEDENT IN THE ROMAN-GERMAN SYSTEM OF LAW

M. N. MARCHENKO, head of the chair of theory of state, law and politology of law faculty of Lomonosov Moscow State University, doctor of legal sciences, professor, honored scientist of the Russian Federation

1, Leninskie Gory, Moscow, Russia, 119991

E-mail: theory.law.msu@gmail.com

The article deals with the main features and characteristics of judicial precedent in the Roman-German law system in comparison with the “classical” precedent — a source of Anglo-Saxon law. Among the features of the system of judicial precedent in the Roman-German law are the following: ambiguity of the phenomenon of precedent and its continental doctrine and concepts; secondary and dual nature of the precedent over other sources of law of that legal family; selective attitude to different branches of law; diversity of the legal basis of precedents in different countries and differentiated approach to the recognition of legal effect of precedents. The technical and legal aspects of a precedent in the system of the Roman-German law, in particular the special nature of the publications of decisions of the higher courts and others are pointed out. The main features and characteristics of judicial precedent and its doctrine in the Roman-German law are disclosed by the example of case law of Germany, France, Spain, Italy and some other countries.

Keywords: precedent, Roman-German law, doctrine, interpretation of law, judicial law, sources of law.

DOI: 10.12737/18172

Несмотря на то что в последние десятилетия в зарубежной и отчасти в отечественной литературе, посвященной проблемам глобализации, а также взаимосвязи и взаимодействия различных правовых семей и систем, повышенное внимание уделяется их «нарастающей» общности, их дальнейшему «сближению» (конвергенции) и даже формированию на их основе единой «глобальной юриспруденции», единого «глобального сообщества судов» и единой

«космополитической концепции юрисдикции»¹. Однако значительный интерес исследователей по-прежнему вызывают их различия.

Весьма показательными в этом отношении являются исследования, проводящиеся в сфере так называемого судейского права вообще и его источников —

¹ См.: *Berman P.* The Globalization of Jurisdiction // *University of Pennsylvania Law Review*. 2002. No. 2. P. 544—545.

судебных прецедентов в частности. Концентрируя основное внимание на общих чертах судейского права и формирующих его судебных прецедентов, в качестве «классических образцов» которых традиционно рассматриваются их английские аналоги, авторы, занимающиеся проблемами сравнительного правоведения, значительное внимание уделяют также выявлению их «региональных», т. е. проявляющихся в различных правовых семьях и правовых системах особенностей².

Разумеется, речь идет об особенностях не только самой рассматриваемой материи — судейского права и формирующих его прецедентов, но и об особенностях возникающих на их основе и отражающих их судебных и правовых доктрин³. «Во всех правовых системах, — отмечается в связи с этим в научной литературе, — имеются такие правовые массивы, которые в той или иной степени наполняются и развиваются благодаря существованию прецедентов»⁴, но не все они одинаково оформляются и адекватно выражаются вовне.

Каковы же особенности доктрины судебного прецедента и самого *судебного прецедента* как явления в системе романо-германского права, «представление о которых, — по мнению исследователей, — с юридической точки зрения весьма значительно отличается от их аналогов в системе общего права?»⁵.

Во-первых, к специфическим чертам и особенностям прецедентов названной системы права следует отнести многозначность самого явления в системе романо-германского права, именуемого прецедентом, и, соответственно, его «континентальной» доктрины и понятия.

Речь идет не только о названии и содержании данного феномена на уровне всей романо-германской правовой семьи, который в одних случаях традиционно называется «прецедентом», в других — «судебной практикой», образующейся «при повторении прецедента»⁶, а в третьих — «судебными установлениями» (*court's holdings*)⁷ или же просто — «судебными

решениями» (*court's rulings*)⁸, но и о различном восприятии судебного прецедента на уровне отдельных правовых систем.

Так, в правовой системе современной *Германии*, как отмечают исследователи, «прецедент (*prajudiz*) обычно означает любое предыдущее судебное решение, имеющее какое-либо отношение к рассматриваемому делу». При этом, хотя и предполагается, что в данном решении заложен «определенный элемент его обязательности» для других судов, рассматривающих аналогичные дела, вместе с тем в процессе его рассмотрения в качестве источника права и использования его понятия в научно-правовых исследованиях «ничего определенного не имеется в виду ни относительно природы, ни относительно характера и юридической силы такого рода обязательности»⁹. Более того, при определении понятия прецедента в правовой системе *Германии*¹⁰, как пишут авторы, исследующие проблемы судейского права в этой стране, зачастую «вовсе не подразумевается, что предыдущие решения, принимаемые судом, имеют своей целью воздействовать каким-либо образом на последующие судебные решения по аналогичным делам с тем, чтобы в последующем рассматривать их в качестве прецедента»¹¹.

В отличие от данного подхода к понятию прецедента, используемого в судебной и правовой системах *Германии*, «правовая доктрина и юридическая догматика» *Испании* по общему правилу вкладывает в термины и понятия «система прецедента» или «доктрина прецедента» такой смысл, который ассоциируется непосредственно с пониманием прецедента в целом, а точнее, его неотъемлемой составной части — *stare decisis* как «официально связующего», обязывающего «нижестоящие суды и судей этих судов следовать соответствующим решениям вышестоящих судов»¹².

Иными словами, в испанской юриспруденции прецедент «обычно понимается как предыдущее судебное решение, которое обязывает суды следовать ему при рассмотрении аналогичных дел и принятии всех последующих решений»¹³. Такое понимание прецедента стоит весьма близко к классическому представлению о прецеденте, сложившемуся в системе общего

² См.: *Berman P.* Op. cit. P. 544—545; *Feitel R.* Comparative Constitutional Law in a Global Age // *Harvard Law Review*. 2004. No. 8. P. 2571—2584.

³ См., например: *Ершов В. В.* Судебный прецедент толкования права? // *Российское правосудие*. 2013. № 9. С. 4—16; *Гук П. А.* Судебный прецедент: теория и практика. М., 2009; *Богдановская И. Ю.* Закон и судебный прецедент: эволюция борьбы за верховенство // *Российское правосудие*. 2015. № 9. С. 18—26.

⁴ Further General Reflections and Conclusions // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by *D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997. P. 533.

⁵ Ibid. P. 536.

⁶ См.: *Демченко А.* Судебный прецедент. Варшава, 1903. С. 1—2.

⁷ См.: *Hahn H.* Trends in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court // *The American Journal of Comparative Law*. 1968—69. Vol. 16. P. 570.

⁸ См.: *Alexy R.* A Theory of Legal Argumentation. Oxford, 1989. P. VII.

⁹ Precedent in the Federal Republic of Germany // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by *D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997. P. 23.

¹⁰ См.: *Schluter W.* Das obiter Dictum. Munich, 1973; *Weller H.* Die Bedeutung der Prajudizien im Verstandis der Deutschen Rechts Wissensvft. Berlin, 1979; *Lilie H.* Obiter Dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen. Berlin, 1993.

¹¹ Precedent in the Federal Republic of Germany. P. 23.

¹² Precedent in Spain // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by *D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997. P. 269.

¹³ Ibid.

права. Однако с одной принципиально важной оговоркой, суть которой заключается в том, что в испанской правовой системе и «в правовой культуре» этой страны в отличие от стран общего права в настоящее время, наряду с фактическим и доктринальным признанием прецедента, действует «фундаментальный принцип», многократно подтвержденный Конституционным судом (Constitutional Court ruling 49/1985), согласно которому «судья связан статутным правом, а не прецедентом»¹⁴.

Наряду с многозначностью термина и понятия прецедента, широко используемого в Германии и Испании, аналогично обстоит дело и в других странах романо-германского права.

В частности, в судебной и правовой системах *Италии* «прецедент» используется, с одной стороны (в широком смысле), в виде «любого предшествующего судебного решения, имеющего с определенной долей вероятности какое-либо отношение к любому в последующем рассматриваемому делу», а с другой стороны (в узком смысле), в виде «предшествующего судебного решения, имеющего отношение лишь к аналогичному ему в последующем рассматриваемому делу»¹⁵.

Правовая доктрина современной *Франции* исходит из того, что «прецедент» как таковой — это не что иное, как «ранее принятое по сходному случаю или в сходных обстоятельствах с рассматриваемым делом судебное решение»¹⁶.

В более уточненном и развернутом виде прецедент рассматривается в одних случаях («в строгом смысле») как «решение более высокой судебной инстанции по отношению к нижестоящим судам», которое, не имея правового характера и юридически не обязывая их следовать данному решению, выступает тем не менее в виде весьма авторитетного и трудно переоценимого по своей значимости фактора, с которым не могут не считаться и который не могут не учитывать в своей повседневной деятельности все нижестоящие суды¹⁷.

В других случаях прецедент (в менее строгом смысле) представляется в виде решения любого судебного органа, «включая нижестоящие суды, принятого в сходных обстоятельствах и по сходному делу, которое может служить в качестве положительной или, наоборот, отрицательной модели при рассмотрении аналогичных дел»¹⁸.

В правовой теории и юридической практике *Норвегии* судебный прецедент (*prejudicat*) как многозначное явление и соответствующее ему понятие рассматривается: 1) в смысле *ex ante*, т. е. в виде обычного судебного решения безотносительно к тому, оказывает ли оно какое-либо влияние или не оказывает на все последующие, аналогичные ему решения¹⁹; 2) в виде решения судебных органов, которое рассматривается и используется в смысле *ex post*, т. е. в виде предыдущего решения суда, которое оказывает влияние фактически на все последующие его решения по аналогичным делам; 3) в смысле решения Верховного суда, которое рассматривается как «в определенной степени обязательное для нижестоящих судов при рассмотрении и решении ими соответствующих дел»²⁰.

Помимо названных смысловых значений прецедента в правовой системе Норвегии, равно как и других стран романо-германского права, имеются и иные о нем представления²¹. Они отражают, с одной стороны, сложность и многоаспектность прецедента как явления, а с другой — как следствие этого неоднозначность его восприятия.

Во-вторых, в числе специфических черт и особенностей прецедентов в системе романо-германского права следует назвать их вторичный, по сравнению с рядом других источников этой правовой семьи, характер²².

Следует заметить, что деление источников романо-германского права на первичные и вторичные является довольно устоявшейся и весьма распространенной их классификацией.

Согласно сложившемуся обыкновению и юридической практике в ряде стран романо-германской правовой семьи к первичным источникам относят все без исключения нормативные правовые акты (*enacted law*), правовые обычаи и иногда «общие принципы права»²³, а соответственно ко вторичным — судебные прецеденты и правовые доктрины — «научные труды известных ученых-юристов»²⁴.

Необходимо отметить, что среди авторов, занимающихся классификацией источников романо-германского права, нет единого мнения в отношении некоторых из них: следует их относить к первичным или необходимо классифицировать как вторичные. Это относится к классификации источников на пер-

¹⁹ См.: Precedent in Norway // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. P. 196.

²⁰ Ibid.

²¹ См.: Ekhoff T. *The Doctrine of the Sources of Law*. Oslo, 1993. P. 134.

²² Подробнее см.: Марченко М. Н. *Источники права*. М., 2005. С. 468—471.

²³ Rearson E. *Law for European Business Studies*. L., 1994. P. 23.

²⁴ Ibid. P. 23—24.

¹⁴ Precedent in Spain. P. 269.

¹⁵ Taruffo M., La Torre M. *Precedent in Italy* // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. P. 151.

¹⁶ Precedent in France // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. P. 111; Cornu G. (eds.). *Vocabulaire Juridique*. P., 1990. P. 36.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

вичные и вторичные на уровне не только всей романо-германской правовой семьи, но и отдельных составляющих ее правовых систем.

Применительно, например, к правовой системе *Франции* в число первичных источников в одних случаях наряду с нормативными актами и обычаями включают также и «общие принципы права», а в других, в силу того что они «лежат в основе всего права», общие принципы права рассматриваются как такой источник права, который находится над всеми другими, превосходит их²⁵.

Ко вторичным источникам, помимо судебных решений (прецедентов) и научных трудов ученых-юристов (доктрин), иногда относят «решения зарубежных судов, которые были приняты в сходных правовых системах»²⁶.

В делении источников права на первичные и вторичные есть отдельные расхождения и в других странах романо-германского права. Так, в правовой системе *Дании* в отличие от правовых систем других стран к разряду первичных источников права кроме нормативных актов и обычаев относят также международные конвенции²⁷.

В правовой системе *Италии* среди первичных источников права в особом порядке выделяются такие источники, как делегированное законодательство и региональные акты. Ко вторичным источникам права в итальянской правовой системе относятся в основном «формальные административные акты», которые проявляются в форме ордонансов и других актов, принимаемых центральными и местными исполнительно-распорядительными органами. Все вторичные источники, будучи «по существу своему административными актами, в иерархии юридических актов находятся в подчиненном положении по отношению к законодательным и всем другим актам, имеющим силу закона». Из этого следует, что вторичные источники права, в том числе прецеденты, «не могут противоречить, а тем более изменять ни конституционные законы, ни любые иные первичные источники права»²⁸.

Помимо отмеченных есть и другие особенности классификации источников права на первичные и вторичные в различных странах романо-германского права²⁹. Однако наиболее устоявшейся классифика-

цией их является та, согласно которой к первичным источникам права относятся: 1) все без исключения нормативные правовые акты, на вершине которых находятся законы; 2) обычаи, из которых складывается значительная часть романо-германской правовой семьи под названием «обычное право». Соответственно ко вторичным источникам права относятся судебные решения (прецеденты), доктрины и все другие неформальные источники права.

Согласно сложившейся практике все первичные и вторичные акты — источники права образуют в зависимости от их юридической силы как в масштабе всей романо-германской правовой семьи, так и на уровне отдельных национальных правовых систем своеобразную иерархию, наверху которой находятся первичные источники, а внизу — вторичные.

Применительно же к отдельным правовым системам, формирующим романо-германскую правовую семью, на примере правовой системы *Дании* это выглядит следующим образом (по мере убывания в актах юридической силы): статуты парламента (законы) — акты правительства (постановления) — «общие административные решения» (*algemene maatregelen van bestuur*) — акты провинциальных органов — акты муниципальных органов — акты, исходящие от руководящих органов различных корпораций³⁰.

Говоря об особенностях судебных прецедентов как вторичных источников права, необходимо согласиться с мнением, что они «могут иметь определенный юридический вес лишь тогда, когда первичные источники полностью отсутствуют или же когда они не полны или не ясны». Для принятия судебных решений наличия в юридической базе только этих источников недостаточно. Да и использование их при этом вовсе не является необходимым или всегда обязательным.

В научной литературе применительно к тем или иным национальным правовым системам судебные прецеденты как вторичные источники права рассматриваются зачастую в виде «неофициальных» источников права, «юридически обязывающий характер которых не всегда достаточно четко выражен, но которые *de facto* имеют регулятивно-обязывающий эффект»³¹.

Применительно к правовым системам скандинавских стран многие исследователи, например, подчеркивая, что «судебные решения в соответствии со скандинавской правовой традицией всегда наделялись статусом источника права», обращают особое внимание в плане характеристики судебных прецедентов как вторичных источников права на то, что

²⁵ См.: *Gutteridge H. Comparative Law: Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research. Cambridge, 1949. P. 94.*

²⁶ *Cruz P. Modern Approach to Comparative Law. Boston, 1993. P. 62.*

²⁷ См.: *Chorus J., Gerver P., Hondurs E., Koekkoek A. (eds.). Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers. Kluwer, 1993. P. 15.*

²⁸ *Certoma G. The Italian Legal System. L., 1985. P. 82.*

²⁹ См.: *Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch. Comparative Legal Traditions in Nutshell. St. Paul, 1994. P. 119—140; Merryman J. The Civil War Tradition. Stanford, 1992. P. 19—25.*

³⁰ См.: *Chorus J., Gerner P., Hondurs E., Koekkoek A. (eds.). Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers. Boston, 1993. P. 15.*

³¹ *Chorus J., Gerner P., Hondurs E., Koekkoek A. Op. cit. P. 15.*

они имеют «слабо связующий» характер, что содержание их складывается из «полузаконодательных норм» (semi-legislated norms) и что по своей форме они находятся между писаным (статутным) и неписаным (обычным) правом³².

В-третьих, к числу специфических черт и особенностей прецедента в системе романо-германского права следует отнести его *двойственный характер*, а точнее его *двойственное положение среди источников права*, заключающееся, с одной стороны, в его официальном, формально-юридическом признании как источника права, а с другой — в его фактическом использовании как такового, а следовательно, в признании его реального существования.

Двойственное положение прецедента в данной правовой семье давно стало общепризнанным фактом. В настоящее время в связи с этим в западно-европейской научной литературе подчеркивается, что все страны романо-германского права, по крайней мере *de facto*, признают важность судебного прецедента, а это «не только не разрушает сложившуюся в них систему права и систему источников права, а наоборот, делает ее более глубокой и дополняет ее»³³.

Дискуссионным, однако, остается вопрос: в какой мере и в какой форме осуществляется это признание прецедента в качестве источника права и необходимо ли в связи с этим признание вносить коррективы в существующую теорию источников права?³⁴

Эти и другие аналогичные им вопросы отнюдь не являются простыми, а тем более случайными. Дело в том, что, признавая в целом фактическое существование прецедента как источника романо-германского права, исследователи данной правовой материи весьма по-разному оценивают как сам факт признания прецедента, так и его значение в системе романо-германской правовой семьи.

Например, если в правовой системе *Австрии* признание прецедента в качестве источника права ассоциируется, по заключению исследователей, со стремлением доминирующей в ней правовой доктрины рассматривать «юридическую практику в качестве своеобразного катализатора», создающего основу для развития обычного права и весьма важного фактора, способствующего формированию в сфере частноправовых отраслей так называемой слабой страты пра-

ва (schwachere Rechtsschicht)³⁵, то в правовых системах других стран судебный прецедент воспринимается несколько по-иному.

В частности, в правовой системе *Дании*, где в формально-юридическом плане не только нижестоящие суды, по утверждению авторов, занимающиеся проблемами судейского права, не связаны создаваемым высшими судебными инстанциями прецедентом, но «даже Верховный суд страны (Hoge Road) не считает обязательным для себя соблюдение своих собственных решений», судебный прецедент фактически воспринимается и используется как своеобразный источник права, имеющий «значительный юридический вес»³⁶.

Особая значимость при этом по вполне понятным причинам придается решениям Верховного суда, которые при многократном и непрерывном следовании им нижестоящих судов «постепенно приобретают характер объективного права, выступающего в форме обычая и обладающего юридической силой обычая»³⁷.

В отличие от Австрии и Дании в правовых системах *Финляндии*, *Швеции* и некоторых других стран романо-германского права прецедент практически воспринимается не только как фактический источник права, но и как показатель (свидетельство) существующей в этих странах тенденции усиления роли решений вышестоящих, а точнее — высших судебных органов, для нижестоящих судебных инстанций, которые все чаще воспринимают эти решения как обязательные³⁸.

В правовых системах скандинавских стран последовательному расширению и усилению этой тенденции способствует существование в них в течение более 400 лет так называемых Судейских правил (Rules of Judges), предписывающих судьям при рассмотрении уголовных или гражданских дел строго следовать принципу справедливости (equity), не допускать злоупотребления правом, «не пренебрегать» целями, «заложенными» в праве, и т. д.³⁹

Эти «сорок три правила», которым с большим или меньшим успехом, по замечанию ученых, следуют судьи скандинавских стран, имеют, скорее, моральный характер, но тем не менее отражают нарастающую тенденцию и уровень фактической обязательности для судей не только статутных, но и судейских (прецедентных) норм⁴⁰.

³² См.: Saarenpaä A. Court Decisions as the Focus of Study // Scandinavian Studies in Law. 1984. Vol. 28. P. 125, 146; Timonen P. Doctrine of the Sources of Law of Scholar and of a Judge // Scandinavian Studies in Law. 1990. Vol. 34. P. 276—279.

³³ Alexy R. A Theory of Legal Argumentation. Oxford, 1989. P. 274.

³⁴ См.: German O. Pra-judizien als Rechtsquelle. Stockholm, 1960. S. 11; Larenz C. Über die Bindungswirkung von Pra-judizien // H. Fasching und W. Kralik (Hrsg.). Festschrift für H. Schima. Viena, 1969. S. 249.

³⁵ См.: Kourilsky Ch., Racz A. Ch., Schaffer H. (eds.). The Sources of Law. A Comparative Empirical Study. Budapest, 1982. P. 32.

³⁶ Chorus J., Gerver P., Hondurs E., Koekkoek A. Introduction to Dutch Law. Boston, 1993. P. 16.

³⁷ Ibid. P. 16.

³⁸ См.: Green Gonas C. The Scandinavian Legal System. An Introduction // Comparative Juridical Review. 1990. Vol. 27. P. 12.

³⁹ Ibid. P. 15.

⁴⁰ Ibid. P. 15—16.

Аналогично обстоит дело с двойственным положением и особенностями признания прецедента как источника права и его значения также в других странах романо-германской правовой семьи.

В-четвертых, среди специфических черт и особенностей прецедента в системе романо-германского права следует назвать его «дифференцированный», «избирательный» характер применительно к различным отраслям права.

Несмотря на акцентируемое в западной юридической литературе внимание, особенно в последние десятилетия, со времени образования Европейского Союза, включающего в себя наряду со странами романо-германской правовой семьи *Великобританию* — «цитадель» системы общего права, на сходство различных правовых семей, которое заключается, по мнению авторов, прежде всего «в значительной роли прецедента, которую он играет в процессе правотворчества»⁴¹, следует все же в очередной раз выделить тот общеизвестный факт, что как в каждой правовой семье в целом, так и на уровне их отдельных составных частей — национальных правовых систем и отдельных отраслей права прецедент играет далеко не одинаковую роль.

Применительно к последним, существующим в пределах романо-германского права, в научной литературе верно подмечается, что «роль прецедента в одних сферах права весьма существенно отличается от его значимости в других отраслях»⁴².

Обобщая практику применения прецедента в различных отраслях права данной правовой семьи, исследователи указывают в частности на его «выдающуюся» роль в конституционном праве, а также «на уровне обычного права», где в целом ряде правовых систем «некоторые, чрезвычайно важные сферы права почти полностью охватываются прецедентами». Среди этих «сфер» и отраслей права выделяются прежде всего такие, как коммерческое право, деликты, обязательственное право, кроме того, такие «относительно новые и быстро развивающиеся правовые анклавы», как охрана окружающей среды, компьютерное право и др.⁴³

В гораздо меньшей степени прецедент применяется и соответственно играет менее значимую роль в тех «сферах» и отраслях права, в которых требуется и существует «более сложное и более детальное регулирование общественных отношений с помощью норм, содержащихся в статутах». К таким «сферам» и отраслям права относятся во многих странах нало-

говое законодательство и уголовное право. Исключение в отношении последнего составляет правовая система Шотландии, где в основе уголовного права лежат обычаи и ранее принятые судебные решения, а не кодифицированное законодательство, статуты⁴⁴.

Говоря о далеко не одинаковой роли прецедента романо-германской правовой семьи в различных отраслях права по сравнению с прецедентом — доминирующим источником англосаксонского права, следует заметить, что вопрос о его «внедрении» в ту или иную отрасль права и его значение для каждой отдельной отрасли права в различных правовых системах решается весьма дифференцированно и строго «индивидуально».

Так, в правовой системе *Франции* «предпочтение» прецеденту отдается преимущественно в административном праве, которое, по свидетельству специалистов в данной отрасли права, «в основном базируется на прецедентах». Это не означает, разумеется, что «в данной отрасли права нет вообще статуты, которые регулируют различные сферы деятельности публичной администрации», скорее наоборот. Данную отрасль права формирует бесчисленное множество императивных норм, содержащихся в огромном количестве существующих статуты. Дело заключается, однако, в том, что они «не образуют единой системы норм наподобие той, которая имеет место в кодифицированных актах, а также не создают каких-либо общих принципов»⁴⁵.

В правовой системе современной *Италии* «исторически» сложилось так, что первоначально прецедент, а вместе с ним и все судебное право стали широко внедряться в сферу регулирования общественных отношений, относящихся к предмету гражданского права⁴⁶.

В настоящее время, как отмечают эксперты, фактически уже «не существует сколько-нибудь значительного различия между сферами и отраслями правовой системы страны с точки зрения «периодичности и важности использования в них прецедентов»⁴⁷. Последние играют «примерно одинаковую роль в каждой отрасли права и в каждой судебной инстанции итальянской системы»⁴⁸.

Основными факторами, обуславливающими роль и значение прецедентов в той или иной отрасли современного итальянского права, являются такие, как: «возраст» статута, регулирующего те или иные общественные отношения; степень сложности вопроса, являющегося предметом правового спора; противоречивый или, наоборот, непротиворечивый характер судебного права, непосредственно относящегося к

⁴¹ Further General Reflections and Conclusions // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. P. 531—532.

⁴² Institutional Factors Influencing Precedents // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. P. 456.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ См.: Institutional Factors Influencing Precedents. P. 456.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ См.: Precedent in France. P. 113.

⁴⁷ Taruffo M., La Torre M. Precedent in Italy. P. 153.

⁴⁸ Ibid.

рассматриваемой правовой проблеме; уровень статутного регулирования общественных отношений, составляющих предмет той или иной отрасли итальянского права, и др.⁴⁹

Весьма неоднозначно решается вопрос об использовании прецедента как источника той или иной отрасли права в других странах романо-германской семьи.

В правовой системе *Швеции*, например, согласно исследованиям прецедент в гораздо большей степени применяется в сфере коммерческого права и в гораздо меньшей — в области конституционного и уголовного права, где статуты имеют «чрезвычайно важное значение» и играют доминирующую роль, хотя и здесь прецеденты имеют определенное значение⁵⁰.

В правовой системе *Германии* в отношении роли и значения прецедента в сфере конституционного права все обстоит «в точности до наоборот», а именно — в конституционном праве этого государства прецеденты, как показывает практика, «играют решающую роль». Особый характер этой роли обусловлен главным образом тем, что в соответствии с действующим законодательством Федеральному конституционному суду приданы такие полномочия, которые позволяют ему принимать решения, имеющие общеобязательный характер, а в некоторых случаях «получающие статус статута»⁵¹.

Широкое использование прецедента в конституционном праве Германии отнюдь не означает его полного отсутствия в других отраслях права. Затрагивая данный вопрос, исследователи отмечают, что «в Германии прецеденты имеют важное значение фактически во всех отраслях права, но эта их важность весьма различна в каждой отрасли права»⁵². Имеется в виду, в частности, тот факт, что если в ряде институтов трудового права «изначально доминировали и играли ведущую роль прецедентные акты судебных органов», то в административном праве Германии, особенно после принятия в 1976 г. кодекса, все обстоит наоборот⁵³.

Неоднозначно решается вопрос об использовании прецедента на отраслевом уровне и во всех других странах романо-германского права.

В-пятых, в числе специфических черт и особенностей прецедентов романо-германского права по срав-

нению с прецедентами системы общего права следует указать разнородность их правовой основы в разных странах и дифференцированность подхода к признанию за ними юридической силы.

Анализируя правовые акты в странах романо-германской правовой семьи, касающиеся источников права, нельзя не заметить, что ни в одной из них нет специального закона или подзаконного акта, который бы официально, формально-юридически определял статус прецедента, его место и роль как фактического источника права, а также устанавливал его юридический вес, именуемый юридической силой.

Ввиду отсутствия такого акта вполне справедливыми следует признать утверждения такого рода: «В Италии нет законодательных актов, которые бы устанавливали требования, обязывающие или, наоборот, запрещающие использование прецедента в правоприменительной деятельности, как, впрочем, нет законодательных актов, которые бы устанавливали требования, обязывающие или, наоборот, запрещающие использование прецедента в правоприменительной деятельности, как, впрочем, нет законодательных актов, определяющих правовой статус прецедента в правовой системе Италии вообще»⁵⁴.

Или: «В Финляндии не существует особого статута, касающегося использования прецедентов». Здесь нет также «никакого судебного акта, относящегося непосредственно к процессу формирования прецедента»⁵⁵.

Аналогичные по сути и содержанию утверждения можно найти в научной юридической литературе в отношении правового статуса, точнее отсутствия особых юридических актов, закрепляющих правовой статус прецедента, и в других странах романо-германского права. И это вполне понятно, поскольку прецедент в этих странах, хотя в формально-юридическом плане прямо не признается, но вместе с тем и не запрещается. Существует своего рода «юридический баланс» между формальным непризнанием прецедента с одной стороны и отсутствием запрета на его неограниченное практическое использование — с другой.

Содержащиеся в законодательстве некоторых стран, например в Гражданском кодексе (ст. 5) или Гражданском процессуальном кодексе (ст. 455) *Франции*, положения, которые зачастую интерпретируются и рассматриваются в виде нормативов, «исключающих формальное признание обязательной силы прецедентов» и их использование⁵⁶, вовсе не являются показательными в плане правового непризна-

⁴⁹ Taruffo M., La Torre M. Op. cit. P. 153.

⁵⁰ См.: Precedent in Sweden // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. P. 298.

⁵¹ Precedent in the Federal Republic of Germany. P. 25.

⁵² Ibid.

⁵³ См.: Mubnug R. Das Allgemeine Verwaltungsrecht Zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht // Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600 Jahr Feier der Ruprecht Karls Universität Heidelberg. Heidelberg, 1986. P. 203—205.

⁵⁴ Taruffo M., La Torre M. Op. cit. P. 157.

⁵⁵ Adrnio A. Precedent in Finland // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. P. 87.

⁵⁶ Подробнее об этом см.: Precedent in France. P. 119—120.

ния прецедентов как источников права вообще, а тем более они не могут рассматриваться как свидетельство наличия правовых запретов на использование прецедентов.

Отсутствие специальных нормативных правовых актов, определяющих правовой статус прецедента в системе источников романо-германского права, во все не означает отсутствия в той или иной стране законодательства, формирующего правовые основы прецедента.

Анализ законодательных актов романо-германских стран, посвященных регулированию деятельности судебных органов и принимаемых ими решений, свидетельствует о том, что фактически в каждой стране имеются правовые акты, в той или иной мере касающиеся как самих прецедентов, так и формируемого с их помощью судейского («прецедентного») права.

В Финляндии это Закон о порядке деятельности Верховного суда (*Working Order of the Supreme Court*), в котором говорится о прецеденте⁵⁷; в Испании это прежде всего сама Конституция (ст. 5), обязывающая все судебные органы, применяющие и интерпретирующие статутное законодательство, действовать строго в соответствии с конституционными принципами и актами толкования Конституции, а также Закон о Конституционном суде Испании и некоторые другие законы⁵⁸; в Германии это Закон о федеральном Конституционном суде, а также законы о других высших федеральных судах⁵⁹.

Аналогичные законы, в той или иной мере касающиеся прецедентов и создающие их правовую основу, имеются и в других странах романо-германского права. Данные нормативные правовые акты весьма разнородны, а порой противоречивы, особенно в отношении вопросов, касающихся юридической силы прецедента, а также его места и роли как источника права в системе других источников романо-германского права.

Нормативные правовые акты, создающие формально-юридическую основу прецедентов и устанавливающие их правовой статус, несомненно, весьма важны и в формально-юридическом плане весьма необходимы. Это истина, не подлежащая сомнению, и это неоспоримый факт.

Однако аналогичным по своему характеру фактом является и то, что в романо-германской правовой семье реальный статус и реальная юридическая сила прецедента определяются не формально-юридическими актами, а фактическими жизненными обстоятельствами. Формально-юридический акт как форма права лишь отражает и закрепляет в той

или иной мере реально сложившиеся общественные отношения, включая отношения, касающиеся реального статуса прецедента и его юридической силы, которые составляют материальное содержание этой формы.

Независимо от того, в каком виде образуется и как проявляется эта форма по отношению к данному содержанию, она неизменно остается по своей реальной значимости в правовой системе романо-германского права вторичным феноменом, а ее содержание — фактически сложившиеся отношения, опосредуемые правом, — первичным.

В переводе с языка теории на язык практики это означает, что независимо от того, как (в какой мере и в какой правовой форме — прямой или косвенной) опосредуется прецедент в системе романо-германского права, решающим для определения его реального правового статуса и его юридической силы будет не статут или любой иной формально-юридический акт, а реальные жизненные обстоятельства, а также практическая необходимость и потребность в прецеденте как источнике права. Это касается прецедента не только в системе романо-германского права, но и в любой иной правовой семье и системе, включая правовую систему современной России.

Наряду с названными специфическими чертами и особенностями прецедента в системе романо-германского права данный судебный акт отличается от прецедента системы общего права и в других отношениях⁶⁰.

В западной юридической литературе особое внимание в связи с этим обращается на его так называемые технико-юридические особенности. Среди них указываются, в частности, особый характер публикаций (официальных или «полуофициальных») решений высших судебных инстанций, в которых по сравнению с аналогичными публикациями в системе общего права уделяется гораздо меньше внимания «детальному рассмотрению фактов»; то, что в отличие от системы общего права, где для возникновения прецедента зачастую достаточно одного решения высшего судебного органа, в системе романо-германского права для этого требуется серия аналогичных судебных решений; то, что высшие судебные органы многих стран системы романо-германского права гораздо чаще и свободнее, «без всяких заявлений» отходят в случае необходимости от своих собственных решений, которые они принимали по ранее рассмотренным делам, нежели это имеет место в странах общего права⁶¹, и др.

⁵⁷ См.: *Adrino A.* Op. cit. P. 87—88.

⁵⁸ См.: *Precedent in Spain.* P. 275.

⁵⁹ См.: *Precedent in the Federal Republic of Germany.* P. 31—34.

⁶⁰ См.: *Schutze R.* An Introduction to European Law. Cambridge, 2015.

⁶¹ См.: *Further General Reflections and Conclusions.* P. 536—549.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Alexy R. *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford, 1989.
- Adrnio A. *Precedent in Finland // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Berman P. *The Globalization of Jurisdiction // University of Pennsylvania Law Review*. 2002. No. 2.
- Certoma G. *The Italian Legal System*. L., 1985.
- Chorus J., Gerner P., Hondurs E., Koekkoek A. (eds.). *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*. Boston, 1993.
- Chorus J., Gerver P., Hondurs E., Koekkoek A. *Introduction to Dutch Law*. Boston, 1993.
- Chorus J., Gerver P., Hondurs E., Koekkoek A. (eds.). *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers*. Kluwer, 1993.
- Cornu G. (eds.). *Vocabulaire Juridique*. P., 1990.
- Cruz P. *Modern Approach to Comparative Law*. Boston, 1993.
- Ekhoff T. *The Doctrine of the Sources of Law*. Oslo, 1993.
- Feitel R. *Comparative Constitutional Law in a Global Age // Harvard Law Review*. 2004. No. 8.
- Further General Reflections and Conclusions // *Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- German O. *Pra-judizien als Rechtsquelle*. Stockholm, 1960.
- Glendon M., Gordon M., Osakwe Ch. *Comparative Legal Traditions in Nutshell*. St. Paul, 1994.
- Green Gonas C. *The Scandinavian Legal System. An Introduction // Comparative Juridical Review*. 1990. Vol. 27.
- Gutteridge H. *Comparative Law: Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge, 1949.
- Hahn H. *Trends in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court // The American Journal of Comparative Law*. 1968—69. Vol. 16.
- Institutional Factors Influencing Precedents // *Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Kourilsky Ch., Racz A. Ch., Schaffer H. (eds.). *The Sources of Law. A Comparative Empirical Study*. Budapest, 1982.
- Larenz C. *Über die Bindungswirkung von Pra-judizien // H. Fasching und W. Kralik (Hrsg.). Festschrift für H. Schima*. Viena, 1969.
- Lilie H. *Obiter Dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen*. Berlin, 1993.
- Merryman J. *The Civil War Tradition*. Stanford, 1992.
- Mubngug R. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht Zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht // Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600 Jahr Feier der Ruprecht Karls Universität Heidelberg*. Heidelberg, 1986.
- Precedent in France // *Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Precedent in Norway // *Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Precedent in Spain // *Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Precedent in Sweden // *Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Precedent in the Federal Republic of Germany // *Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Rearson E. *Law for European Business Studies*. L., 1994.
- Saarenpaa A. *Court Decisions as the Focus of Study // Scandinavian Studies in Law*. 1984. Vol. 28.
- Schluter W. *Das obiter Dictum*. Munich, 1973.
- Schutze R. *An Introduction to European Law*. Cambridge, 2015.
- Taruffo M., La Torre M. *Precedent in Italy // Interpreting Precedents. A Comparative Study / eds. by D. MacCormick, R. Summers*. Sydney, 1997.
- Timonen P. *Doctrine of the Sources of Law of Scholar and of a Judge // Scandinavian Studies in Law*. 1990. Vol. 34.
- Weller H. *Die Bedeutung der Prajudizien im Verstandis der Deutschen Rechts Wissensvaft*. Berlin, 1979.
- Богдановская И. Ю. *Закон и судебный прецедент: эволюция борьбы за верховенство // Российское правосудие*. 2015. № 9.
- Гук П. А. *Судебный прецедент: теория и практика*. М., 2009.
- Демченко А. *Судебный прецедент*. Варшава, 1903.
- Ершов В. В. *Судебный прецедент толкования права? // Российское правосудие*. 2013. № 9.
- Марченко М. Н. *Источники права*. М., 2005.