8. Токарева К. К. Правовой статус Комментариев организации экономического содействия и развития к Модели конвенции по налогу на доход и на капитал в странах ОЭСР // Актуальные проблемы российского права. 2010. №3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoy-status-kommentariiev-organizatsii-ekonomicheskogo-sodeystviya-i-razvitiya-k-modeli-konventsii-po-nalogu-na-dohod-i-na-kapital-v> (дата обращения: 22.02.2020).
9. Письмо ФНС России от 17.05.2017 N СА-4-7/9270@ (ред. от 31.05.2017) "О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций"//СПС КонсультантПлюс.
10. Art. 4 (2) OECD Model Convention 2017// URL: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf> (дата обращения: 21.02.2020).
11. art. 4.2 OECD Model 2014// URL: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf> (дата обращения: 21.02.2020).
12. John F. Avery Jones et al., Dual Residence of Individuals - The Meaning of the Expressions in the OECD Model Convention- II, Brit.Tax.Rev. - 104-119, at 108 (1981).
13. Klaus Vogel et al., Klaus Vogel on Double Taxation Convention at.171 (3d ed. London: Kluwer Law International 1997).
14. S.15 of OECD Comm. on art. 4// URL: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf> (дата обращения: 21.02.2020).
15. Timothy Borg Olivier, 'Developments in the Analysis of the Tie-Breaker Rules for Individuals Under Article 4 (1) OECD' (2017) 45 Intertax, Issue 1, pp. 82–102.
16. Philip Baker, The Expression «Centre of Vital Interest» in Art.4 (2) of the OECD Model Convention, in Residence of Individuals Under Tax Treaties and EC Law at 173.

Бочарова Н.Н.

Судебный прецедент как источник права России

*Южно-Российский институт управления Российской академии народного
хозяйства и государственной службы
(Россия, Ростов-на-Дону)*

doi: 10.18411/lj-05-2020-201

idsp: ljjournal-05-2020-201

Аннотация

В статье исследовано понятие «судебный прецедент» - в узком и широком смысле, определены его признаки, а также положительные и отрицательные стороны. Автор приводит ряд примеров, подтверждающих точку зрения о том, что судебный прецедент на сегодня является источником права в России.

Ключевые слова: судебный прецедент; судебная система; судебная практика; высшие судебные инстанции

Abstract

The article examines the concept of "judicial precedent" in a narrow and broad sense, defines its features, as well as positive and negative sides. The author gives a number of examples that confirm the point of view that judicial precedent is currently the source of law in Russia.

Keywords: judicial precedent; judicial system; judicial practice; higher courts

На сегодняшний день в современной отечественной юридической доктрине не выработано единого подхода к пониманию сущности прецедента, и высказывается множество различных точек зрения относительно понятия судебного прецедента. Прецедент с латинского языка переводится как «предшествующий».

Судебный прецедент может пониматься в двух смыслах: узком и широком. В узком смысле под судебным прецедентом понимается решение суда, вынесенное по конкретному делу, которое используется в качестве образца при разрешении аналогичных дел в будущем [1]. Иными словами, в узком смысле под судебным прецедентом понимается только юридически обязывающая часть судебного решения –

iratio decidendi, содержащая именно ту правовую норму, на основе которой должно разрешаться конкретное дело.

В основу широкого понимания судебного прецедента положен «принцип подобия» Генри Брактона – сходные дела должны решаться сходным образом. Исходя из данного подхода, судебный прецедент включает в себя: изучение фактов дела и выделение из их совокупности наиболее значимых; выработку мотивировки принимаемого решения по делу, а также оценку используемых при этом прецедентов; принятие окончательного решения по делу.

Современные авторы, давая определение судебного прецедента, как правило, рассматривают его с точки зрения широкого подхода. Так, М.Н. Марченко под судебным прецедентом понимает общие «правовые положения», выработанные в результате правотворческой деятельности высших судов [1].

П.А. Гук на основе изучения признаков судебного прецедента предложил следующее его определение: «Судебный прецедент – это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры (судопроизводства), содержащее правовое положение (правовую позицию, принципы), опубликованное в официальных сборниках и обладающее императивностью применения для аналогичных дел в будущем» [2].

Судебный прецедент в России можно трактовать лишь в широком смысле, так как у нас нет такой формы применения прецедента, как в Англии, где прецедент, наоборот, понимается в узком смысле.

Для того, чтобы уметь отделять судебный прецедент от других источников права, а также понять, можно ли говорить о существовании судебного прецедента в России, необходимо назвать признаки данного источника. В качестве основных можно назвать: его создание высшими судебными органами; обязательное официальное опубликование; перспективное и ретроспективное действие во времени; содержит правовую позицию, связан с толкованием, разъяснением нормы права; осуществляется в рамках закона.

На основании вышеизложенных признаков можно дать наиболее точное определение понятию «судебный прецедент»: судебный прецедент - это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры, содержащее правовое положение, опубликованное в официальных сборниках и служащее обязательным правилом применения для аналогичных дел в будущем.

В современных условиях очень важно выявить положительные и отрицательные стороны судебного прецедента. Это одна из главных задач, так как она позволит сделать вывод о необходимости дальнейшего развития в России данного правового явления.

В качестве отрицательных сторон можно выделить две (да и выделены они весьма условно - при желании опровергнуть их не составит труда): во-первых, это нарушение принципа разделения властей ввиду расширения полномочий судей; во-вторых, судья может оказаться формально связанным решением вышестоящего суда; это, действительно, очевидный минус судебного прецедента, но и это не бесспорно: в определенных случаях, судья может не следовать судебному прецеденту.

Если же говорить о положительных сторонах судебного прецедента, то их гораздо больше, чем минусов, и это, безусловно, говорит о важности судебного прецедента как источника права и позволяет признать необходимость его дальнейшего развития и совершенствования, широкого применения и распространения, в частности, в России. Проанализировав различные источники, можно выделить следующие положительные черты: динамичность; высокий уровень определенности, нормативности; стабильность; обеспечение единства судебной практики; восполнение пробелов в законодательстве; ускорение процедуры рассмотрения дел; «выравнивание»

судебной практики; сокращение объемов «бумажной» работы судей; судебный прецедент – средство обеспечения равенства всех перед законом и судом; разъяснение смысла, конкретизация нормы права.

Российская правовая система относится к романо-германской в первую очередь потому, что закон является основным источником права. Это является одним из аргументов против существования в России прецедента. Но важно помнить о том, что данная правовая система не существует у нас в чистом виде, – это первый аргумент в пользу наличия судебного прецедента.

Второй аргумент исходит из широкого определения понятия. Не следует также забывать о том, что существуют различные виды прецедентов, что тоже говорит в пользу заявленной позиции.

Существует миф о том, что, так как судебный прецедент не закреплён законодательно, то говорить о нем не имеет смысла [3]. С этим можно поспорить. То, что данное понятие не закреплено в нормативных правовых актах, не исключает его существования (в Англии и США прецедент не закреплён в законе, да это и не нужно для его исполнения). Опровергая данную точку зрения, можно также сказать о том, что в законодательстве РФ всё-таки говорится об этом явлении, но другими словами.

Когда говорят о судебном прецеденте в РФ, то имеют в виду постановления и определения Конституционного Суда, постановления пленумов и президиумов Верховного Суда РФ и существовавшего ранее Высшего Арбитражного Суда.

К судебным прецедентам в РФ можно отнести:

- 1) решения Конституционного Суда Российской Федерации;
- 2) нормативное толкование Пленума Верховного Суда Российской Федерации;
- 3) решения судов общей юрисдикции, отменяющие нормативные акты (законы и др.) субъектов федерации в случае их противоречия федеральному законодательству;
- 4) решения судов по аналогии закона и права, а также на основе норм права, содержащих некоторые оценочные понятия;
- 5) решения Европейского суда по правам человека.

Также подтверждение существования судебного прецедента можно обнаружить в законодательстве и на основании норм выявить статус прецедента в определенной сфере.

Следует начать с основного закона государства – с Конституции РФ: согласно ст.125 Конституции РФ, Конституционный Суд РФ по жалобам на нарушения конституционных прав и свобод граждан, по запросам судов и органов высшей государственной власти проверяет конституционность нормативно-правовых актов и дает толкование Конституции. Ст.126 содержит право Верховного Суда РФ давать разъяснения по вопросам судебной практики.

Указание на действие судебного прецедента можно найти и в Гражданском процессуальном кодексе: в ч. 3 ст. 377 и ст. 389 закрепляется обязанность высших судебных органов в части обеспечения единства судебной практики.

Признание правового предписания неконституционным влечет утрату им юридической силы (ст. 79 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»). Отменяя норму права, Конституционный Суд осуществляет, по сути, правовое регулирование, создает новую норму (до создания её законодателем).

Пункт 5 ст. 19 ФКЗ «О судебной системе РФ» закрепляет право Верховного Суда давать разъяснения по вопросам судебной практики. И хоть считается, что это правовая позиция суда, статус такого рода постановлений четко не закреплён и они носят якобы рекомендательный характер, такие разъяснения очень важны для развития правоприменительной практики и так или иначе, обязательны для исполнения

нижестоящими судами. Если судья решит отказаться от какого-либо постановления, при обжаловании его решение всё равно отменит вышестоящая инстанция.

Наконец, в пункте 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ 2003г. указано, что наряду с законом суд должен учитывать постановления Конституционного Суда о толковании положений Конституции, постановления Пленума Верховного Суда, постановления Европейского Суда.

На практике юристы часто обращаются к судебной практике, чтобы решить какой-то спорный вопрос или спрогнозировать исход дела. Судьи при рассмотрении споров часто обращаются к судебной практике, чтобы избежать отмены вынесенного им решения. Даже подающие в суд заявления указывают в нем на судебную практику по аналогичным вопросам, приводя в пример конкретные дела.

Все это говорит о том, что на сегодня судебный прецедент в России де-юре не закреплен в качестве источника права, но де-факто – является им.

1. Марченко М.Н. Источники права. М.: Проспект, 2009. С. 126.
2. Спектор Е.И. Судебный прецедент как источник права // Журнал российского права. 2003. №5. С. 13.
3. Подгаевский А.О. Значение судебного прецедента в России // Актуальные вопросы науки и практики. 2011. № 11

Жолчиев С.Т.

**Формирования законодательства сфере уголовного судопроизводства в
Кыргызстане после приобретения независимости**

*Ошский государственный юридический институт
(Кыргызская Республика, Ош)*

doi: 10.18411/lj-05-2020-202

idsp: ljjournal-05-2020-202

Аннотация

Основная цель работы - определение этапов становления и развития уголовно-процессуального законодательства Кыргызстана после приобретения независимости. Выявление характерных и содержательных особенностей формирования законодательства в сфере уголовного судопроизводства. Влияния проводимых правовых реформ в систему правосудия в частности уголовному правосудию. Исследование проведено на основе общенаучных методов познания, в частности системного, системно структурного анализа. Определены основные этапы формирования уголовно-процессуального законодательства независимого Кыргызстана.

Результаты исследования могут быть использованы в научных исследованиях в этой области, правоприменительной практике.

Ключевые слова; правовая система, правовое государство, конституция, судебная власть, система, правовое регулирование, объект.

Abstract

The main goal of the work is to determine the stages of formation and development of the criminal procedural legislation of Kyrgyzstan after independence. Identification of characteristic and substantial features of the formation of legislation in the field of criminal proceedings. The impact of ongoing legal reforms on the justice system, in particular criminal justice. The study was conducted on the basis of general scientific methods of cognition, in