Онтология прецедентного права: антропологический подход

Научный руководитель – Фролова Елизавета Александровна

Лесив Богдан Васильевич

Студент (магистр)

Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова, Юридический факультет, Кафедра конституционного и муниципального права, Москва, Россия

E-mail: forbod@bk.ru

Хрестоматийной в юридической компаративистике является антагонистическая диада, согласно которой в противовес принципу абстрактности романо-германского правового регулирования ставятся казуистические начала общего (англо-американского) права. Как известно, в правовых системах семьи общего права закон (статут) исторически является второстепенной формой права по отношению к правовому прецеденту. Правопорядки Великобритании, США и некоторых других государств представляют примеры приоритета общего (прецедентного) права перед статутным (законодательным) [3].

Существуют историко-политические и концептуальные предпосылки столь принципиально разных подходов к способу выражения государственной воли. Главными противниками абстрактного законодательного регулирования являются социологическая школа права и правовой реализм, на которых основывается сущность общего права. Сторонники данной концепции правопонимания на основании конкретных закономерностей и примеров развития англо-американских правовых систем утверждают, что абстрактные нормы закона морально устаревают, неизбежно ведут к правовым пробелам и коллизиям и становятся неспособными удовлетворять потребности общественного развития. В результате этого суды вынуждены прямо или косвенно (под видом толкования) устанавливать новые нормы на основании конкретного случая (прецедента). Таким образом, находит своё подтверждение известный тезис правового реализма о том, что «истинное право следует искать не в нормах, а в самой жизни».

Позиция фундаментальных трактатов русской лексикологии относительно термина «прецедент» является довольно единодушной, в общей картине которая сводится к следующему: прецедент - это случай, поступок в прошлом, служащий примером или оправданием для последующих поступков того же рода [5]. Анализируя отдельные признаки прецедента как общественно-социального явления, можно вывести его понятие как совокупность реальных жизненных обстоятельств (случай), имевших место в материальной действительности и повлекших определенные последствия (имеющих значение), при наступлении которых в будущем, примененная в прошлом модель действий берется в качестве образца.

Для того, чтобы перевести выявленные качества прецедента в плоскость юридического знания, мы обратились к фундаментальным трудам российских и зарубежных теоретиков права, позиции которых обобщим следующим образом: правовой (судебный) прецедент - решение, юридическую суть, логическо-юридические принципы которого суды обязаны применять при рассмотрении аналогичных жизненных проблем [1].

Анализируя дефинитивные теоретические позиции можно сделать вывод о тесной взаимосвязи и соотносимости общего филологического понятия «прецедент» и специального юридического понятия «правовой прецедент». В качестве случая во всех дефинициях выступает решение (правоприменительный акт), в качестве образца - поведение правоприменителя в данной ситуации (резолютивная часть).

Распространяя выявленные в ходе лексикологического анализа общие представления о прецеденте на теоретико-юридическую категорию правового прецедента, можно отметить несколько концептуальных особенностей. При формировании самого прецедентного решения судья (правоприменитель) руководствуется не столько формализованными предписаниями и обобщенными родовыми понятиями закона, сколько принципом «*ex aequo et bono*» [7], основанным на всестороннем анализе ситуации. Учитывая всю совокупность юридически значимых и фактических деталей дела, судья выражает государственную волю с максимальной степенью определенности, осуществляя тем самым казуальное (а не абстрактное) правовое регулирование. Тем самым сводится к минимуму возможность малоэффективных предположений, презумпций и фикций в качестве официальных правовых конструкций. Карл Ллевелин в связи с этим отмечает: «Действительно существующую правовую определенность следует искать в предсказуемой реакции подготовленного (...) судьи с жизненным опытом на его окончательную оценку фактической ситуации. (...) Другими словами, правовые нормы не устанавливают никаких границ, внутри которых должен действовать судья. Скорее они устанавливают общие направления, по которым судья движется к принятию решений» [6].

Ещё одним достоинством казуального регулирования видится исключительная целесообразность введения новых правил поведения. Не требует доказательств тот факт, что при установлении нормы закона одним из самых серьезных и трудноразрешимых (дискуссионных) вопросов является вопрос о целесообразности (общественной значимости, потребности) нововведений. Представляется логичным, что в случае с судебным прецедентом данный вопрос отпадает сам собой, поскольку действует своеобразная презумпция целесообразности: поскольку дело дошло до суда, и ситуация не урегулирована существующими правилами, то создание судебного прецедента несёт безусловную значимость для общества и должно повлечь соответствующие последствия.

Из всего вышесказанного вытекает самая привлекательная ценность правового прецедента в качестве проявления *law of equity*, на которую лишь с завистью могут посмотреть представители юридической догматики. Речь идёт о возможности творения права не «сверху-вниз» (нисходящее правотворчество), а «снизу-вверх» (восходящее правотворчество). Вместо «стадного» *приспособления жизни* общества к «мертвой» норме закона, сформированной в недостижимых парламентских кулуарах, господство правового реализма позволяет *приспособить право* под потребности общественной жизни. При этом такое приспособление не имеет признаков утилитарности или корыстно-политических интенций (что вполне допускается в парламенте): прецедентная норма создаётся в открытой правовой процедуре (*due process*), основанной на принципах *equal footing* и *equal protection*, в условиях беспристрастности, которая гарантирована независимостью судебной власти. В такой ситуации стирается грань между реальной жизнью и правотворцем: они сталкиваются лицом к лицу, что позволяет последнему всесторонне оценить спорную ситуацию и тщательно взвесить варианты её урегулирования. Взвесить не на весах политической целесообразности, а с идеальным противовесом в виде основных постулатов цивилизованного общества (по Паунду), категорического императива (по Канту) или *Grundnorm* (по Кельзену). Как нельзя кстати здесь можно упомянуть то, как описал американскую систему Георг Еллинек: «В Америке судья призван защищать народ от посягательства штатов (...)» [2]. Р. фон Иеринг об этом писал, что «(Каждый) кто защищает свое право, тот (...) защищает право вообще» [4]. Как ни парадоксально, но в этом ключе *government of Judges* видится гораздо более демократичным институтом, чем *government of Legislature*, ведь именно восходящее правотворчество, прямой доступ граждан к управлению делами государства, оперативная и эффективная правовая реакция на конкретные, повседневные проблемы и нужды общества - вот что характеризует демократию.

Очевидные преимущества прецедентного права, о которых кратко велась речь выше, всё чаще побуждает континентальных юристов, не без доли лукавства, говорить о «стирании границ» между правовыми семьями и об использовании прецедентной техники в романо-германских правовых порядках. Не исключением является и Россия.

Стоит только отметить, что такой видный теоретик права как А.Б. Венгеров напрямую утверждает судебный прецедент в качестве источника российского права. О прецедентном характере итоговых решений Конституционного Суда России говорят В.Д. Зорькин, Н.И. Матузов и А.В. Малько. В пользу судебного прецедента высказываются также М.В. Баглай и В.М. Лебедев. Однако, учитывая даже тот краткий экскурс в сущность правового прецедента, который был дан выше, с этими позициями согласиться в полной мере не представляется возможным.

Ни одна из претендующих на «звание» судебного прецедента форм реализации судебной власти в России не имеет его признаков и сущности. Полномочие Конституционного Суда решать вопросы права, а не правоприменения, действительно установлено федеральным конституционным законом, что даёт ему легальную основу для судебного правотворчества, свободного при этом от закона. Однако, решение Конституционного Суда не обладает ни признаком казуальности (не решает вопросы факта), ни направленностью на судей, поскольку является общеобязательным для всех граждан, организаций и государства (имеет скорее черты нормативного правового акта).

Подобная ситуация наблюдается и в случае с постановлениями Пленума Верховного Суда: они создаются в форме руководящих разъяснений, результатов толкования законов - перечня норм (в том числе новых), которые нижестоящим судам лишь рекомендовано соблюдать. Хотя они и направлены на судей, но не являются результатом рассмотрения конкретного дела по существу и не могут выступать прецедентом какого-либо жизненного случая. Другое дело обстоит с обзорами судебной практики Верховного Суда, которые отвечают признаку казуальности, их разъяснения направлены на судей, они могут быть косвенно свободны от законов (в результате толкования) и даже публикуются в специальном источнике. Авторитет судебной инстанции, безусловно, тоже влияет на практику нижестоящих судов. Но сама Конституция России не позволяет назвать составляющие обзоров судебной практики ВС РФ судебными прецедентами. Её статья 120 категорично декларирует, что судьи независимы и подчиняются только Конституции и федеральному закону, но не судебному прецеденту в какой-либо форме.

Источники и литература

- 1) Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. – С. 278
- 2) Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. С.-Петербург, 1907. – С. 21
- 3) Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. М, 2013. – С. 4-6
- 4) Теория государства и права: хрестоматия: т. 2 / авт. - сост. В.В. Лазарев, С.В. Липень: В 2 т. М., 2001. – С. 367 – 368
- 5) Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова: В 4 т. М., 1935-1940.
- 6) Llewellyn K. The Case Law System in America / ed. by P. Gewirts. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. – P. 78–79
- 7) С лат. «по добру и справедливости» (прим. авт.)