

И.Ю. Богдановская

Профессор кафедры
теории права
и сравнительного
правоведения
факультета права
Государственного
университета — Высшей
школы экономики,
доктор юридических наук

Эволюция судебного прецедента в «общем праве»

В статье анализируется судебный прецедент в странах «общего права», его отличие от «судейского права» в странах романо-германской правовой семьи, делается вывод об общих тенденциях во взаимодействии статута и судейского права в двух правовых семьях как проявления «естественной» конвергенции.

Ключевые слова: судебный прецедент; «судейское право»; общее право; принцип прецедента; «убеждающий прецедент»; новое общее право

Развитие российского права характеризуется развитием источников права. Происходящие процессы требуют теоретического осмысления. Для полноценного анализа проблемы и формулирования предложений о путях совершенствования российской системы источников права необходимо принимать во внимание зарубежный опыт. По справедливому замечанию Р. Давида, обоснованные выводы могут быть сделаны с полной ясностью, только если посмотреть на проблему со стороны, выйти за рамки собственной правовой системы¹. Сравнительное правоведение — это область правовых знаний, которая дает возможность соотносить теоретические построения с теми процессами, которые происходят в национальном праве.

Предметом данной статьи выступает судебный прецедент в странах «общего права», его роль в формировании данной правовой семьи, сравнение с «судейским правом» в странах романо-германской правовой семьи.

От *res judicata* к *stare decisis*

Судебная практика относится к тем понятиям в правовой науке, по которым высказываются самые противоречивые точки зрения. Не только российские, но и зарубежные ученые-юристы до сих пор не могут договориться о его правовой природе. Две наиболее крупные правовые семьи — романо-германская и «общего пра-

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 2009. С. 20.

ва» — традиционно расходятся именно в вопросе о признании судебной практики источником права. Одновременно возникает вопрос, насколько природа судебной практики различна в правовых системах.

Со времен римского права судебное правоположение признавалось, если оно подтверждалось несколькими судебными решениями. То, что суды в течение определенного времени следовали выработанной ими же позиции, позволяло надеяться, что и в дальнейшем они будут ее придерживаться. Проверка временем являлась лучшим доказательством обоснованности введения правоположения и гарантией его стабильности. Из такого подхода вытекало, что только несколько судебных решений могут устанавливать правоположение. В результате вырабатывалось понятие «устоявшаяся судебная практика» (*settled jurisprudence, jurisprudence constante*).

Данный подход получил различное развитие в странах «общего права» и романо-германского права. Правовые системы романо-германской правовой семьи, провозглашая преемственность традиций римского права, все же отказались от «активной казуистики» в пользу писаного права. Они признали концепцию *res judicata*, согласно которой судебное решение является обязательным только для сторон, участвующих в деле. Судебное решение было признано юридическим фактом. Однако эти основополагающие положения имели различное выражение в праве стран континентальной Европы.

Судебная практика в праве стран Северной Европы традиционно имеет настолько большое значение, что некоторые компаративисты даже предлагали относить данные правовые системы к правовой семье «общего права»².

В странах Западной Европы наиболее категоричная позиция была сформулирована во Франции. Кодекс Наполеона закрепил, что судья не может отказаться в рассмотрении дела под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона (ст. 4 ФГК), но и не может принимать решение в форме общего правоположения. Эти два исходных положения определили ход развития судебной практики. И в ФРГ, и в Австрии также на уровне законодательства было установлено, что право не создается посредством судебных решений.

Однако в дальнейшем отношение к судебной практике изменилось. ГК Швейцарии устанавливает, что в случае пробельности судья должен действовать, как если бы он был законодателем, следуя при этом господствующей доктрине и традиции. В странах Южной Европы за судебной практикой признается статус вторичного источника права (Италия). ГК Испании предлагает судьям при обнаружении пробелов в праве последовательно обращаться к обычаю, судебному решению, общим принципам права.

Таким образом, в современном праве стран романо-германской правовой семьи выявляется тенденция формирования «судейского права», следование судей устоявшейся практике, а вопрос об отходе от нее зачастую отдельно рассматривается высшими судебными инстанциями.

В странах «общего права» в целом воспринято положение об устоявшейся судебной практике. Парадоксально, что техника, разрабатываемая судьями стран «общего права», близка к римскому праву: «Как юрист общего права, так и римский юрист из-

² Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. М., 1998. С. 413.

бегают обобщений и по возможности определений. Их метод — активная казуистика. Они переходят от данного конкретного случая к другому и стремятся создать... действующий механизм регулирования для каждого из них»³. Спустя столетия английское право интуитивно пришло к технике римского права⁴. «Активная казуистика» оказала влияние на особенности правовых систем «общего права» (правовой континуитет, особенность концепции нормы, структура права, система источников).

В правовой доктрине стран «общего права» традиционно предполагается, что судебный прецедент создается несколькими судебными решениями. Еще К. Левеллин отмечал, что в процессе сопоставления различных решений методом сравнения выявляется общая норма, которую следует развивать⁵. Однако в современном «общем праве», несомненно, больше внимания уделяется единичному решению, содержащему прецедент. Признанная норма носит обязательный характер. Согласно наиболее распространенному в юридической литературе стран «общего права» определению, прецедентное право представляет собой право, состоящее из норм и принципов, созданных и применяемых судьями в процессе вынесения решения⁶.

«Судейское право» в определенной степени противопоставляется прецедентному праву. Судебный прецедент выступает традиционным источником права стран «общего права». Как источник права судебный прецедент прошел сложную эволюцию. Его формирование заняло несколько веков и завершилось признанием принципа прецедента (*stare decisis*) в XIX в., который отличает прецедентное право от «судейского».

Принцип прецедента окончательно зафиксировал, что судьи обязаны следовать решениям судов, имеющим по закону статус вышестоящих (действие принципа прецедента по вертикали). Вышестоящие суды обязаны следовать своим предыдущим решениям (действие принципа прецедента по горизонтали). Принцип прецедента обосновал общеобязательный характер судебного решения не только для сторон, участвующих в деле, тем самым обозначив окончательный отказ от принципа *res judicata*. То, что судьи должны обращаться к предшествующим делам и искать логическую связь между делами, в доктрине рассматривалось как утверждение «правления права», ограничение судейского нормотворчества, свободного субъективного усмотрения судей. Принцип прецедента, по сути, окончательно признал факт судейского нормотворчества. Однако и в дальнейшем он продолжал претерпевать изменения.

Несмотря на исторические различия в положении прецедентного права и «судейского права», между ними имеется сходство, коренящееся в их единой природе. Судейское право представляет собой неписаное право. Фактически любое национальное право состоит из писаного и неписаного, находящихся в определенном балансе. Если в одних культурах романо-германское право основывается на приоритете писаного и вторичной роли неписаного, то страны «общего права» традиционно развивались на основе неписаного права, сохраняющего немаловажное место и в настоящее время.

³ Цит. по: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 282–283.

⁴ Milsom S.N. *Studies of the History of Common Law*. L., 1985. P. 72.

⁵ Llewelyn K. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago, 1967. P. 56.

⁶ Cross R., Harris J. *Precedent in English Law*. Oxford, 1991. P. 20.

Письменность открыла перед правом широкие перспективы. Она способствовала выделению права из других социальных норм⁷. Писанные нормы имели много преимуществ (конкретность, четкость и определенность в изложении; возможность формулировать абстрактные нормы). В неписаном праве сложнее определить содержание норм, проследить весь механизм создания неписаного права.

Основная задача, которая стоит перед юристом, анализирующим судебное решение, — выделить из него общую норму (*ratio decidendi* и *obiter dictum*). По определению Р. Кросса, «*ratio decidendi* является правовой нормой, прямо или опосредованно рассматриваемой судьей как необходимый шаг в формулировании вывода, соответствующего принятым им ранее доводам, или необходимая часть его указаний присяжным»⁸. **Ratio decidendi — важная стадия формулирования прецедентной нормы.** Доктринальный анализ этого процесса до сих пор не привел к однозначным выводам.

Как неписаная норма судебный прецедент имеет особенности применения. Множество судебных прецедентов предоставляет возможность юристам выбрать прецедент, подходящий к конкретному делу. Выбор производится на основании сопоставления фактов, лежащих в основе рассматриваемого дела, и дела, по которому был вынесен прецедент.

Судебный прецедент имеет целый ряд иных особенностей. Определить точную дату вступления его в силу невозможно, поскольку неписаная норма формулируется в течение неопределенного времени. На определенной стадии можно говорить точно, что норма существует, т.е. «даже если сложно точно установить, когда она начала существовать, приходит время, когда можно утверждать, что теперь норма существует»⁹.

Неписанный характер судебных прецедентов усложняет решение вопроса об их публикациях. Издание судебных отчетов продолжает оставаться делом отдельных компаний, следствием чего является разнообразие неофициальных изданий. Они лишь помогают судьям в построении их рассуждений, но не предоставляют готовую норму. Вместе с тем такие издания могут не охватывать все прецеденты, что на практике приводило к дискуссиям, можно ли ссылаться на неопубликованные прецеденты¹⁰. Для контроля над ситуацией в странах «общего права» были созданы советы. К примеру, в Новой Зеландии в такой совет (*New Zealand Council of Law Reporting*) входят Генеральный атторней, Генеральный солиситор, пять представителей юридического сообщества, судья Высокого суда. В Великобритании с 1865 г. действует Инкорпорированный совет по судебным отчетам (*The Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*), который контролирует наиболее авторитетное издание прецедентов (*The Law Reports*).

Существенные изменения в систематизацию судебных прецедентов внесла компьютеризация, облегчившая поиск судебных прецедентов.

⁷ Грязин И.Н. Текст права. Таллинн, 1983. С. 32.

⁸ *Cross R., Harris J.* Op. cit. P. 34.

⁹ *Precedent in Law.* Oxford, 1987. P. 155.

¹⁰ В странах «общего права» длительное время существовала проблема доступа к решениям, не включенным в судебные отчеты. За последние десятилетия ситуация изменилась. Ранее в Великобритании доступ к отчетам был разрешен практикующим юристам — барристерам и, при наличии специального разрешения, солиситорам. С 1978 г. отчеты переведены в библиотеку, в которую доступ открыт не только юристам, но и широкой публике.

Развитие судебного прецедента в странах «общего права» имело целый ряд последствий. Прежде всего в праве данных стран установилось иное соотношение между правом и фактом.

Суд, решая дело в случае обнаружения пробела в праве, создает норму и применяет ее к фактам, которые имели место в прошлом. Он дает оценку жизненным обстоятельствам, определяет, имеют ли факты юридический характер, влекут ли они юридические последствия и формулируют ли правовую норму. Судебный прецедент в силу особенности формирования имеет обратную силу. Несмотря на то что Конституция США прямо запрещает обратную силу (*ex post facto*), суды при толковании данного положения пришли к выводу, что оно касается только статутного права.

Обратная сила судебного прецедента вызывала критику прежде всего сторонников аналитического позитивизма. И. Бентам называл прецедентное право «собачьим правом», сравнивая создание судебного прецедента с воспитанием собаки. Сначала собака ведет себя ненадлежащим образом, а затем хозяин ей объясняет, что так делать не стоит. В случае с судебным прецедентом правовые последствия наступают, хотя на момент совершения действия правовой нормы не было.

Менее категорична оценка ретроспективного действия прецедента сторонниками естественно-правового направления, поскольку они исходят из того, что судьи не создают, а лишь декларируют право, которое уже существовало до принятия судебного прецедента. По мнению американского ученого-юриста Р. Дворкина, судьи обращаются к принципам при принятии решения, что позволяет сформулировать справедливый прецедент.

На практике в странах «общего права» предпринимались попытки исправить этот недостаток судебного прецедента и установить его перспективное действие, однако в целом они не увенчались успехом. В частности, не был решен вопрос, должны ли устанавливать такое положение сами судьи (в подобном случае будет новый прецедент) или требуется законодательное закрепление перспективного действия прецедентов, поскольку закон имеет большую юридическую силу, чем судебный прецедент. Кроме того, утверждение перспективного действия прецедента связывается с активизацией судейского нормотворчества, стремлением приравнять судебный прецедент к закону.

Роль судебного прецедента в формировании «общего права»

Историческая роль прецедентного права заключается в том, что оно способствовало формированию единого (общего) права как на национальном уровне, так и на уровне правовой семьи. Анализ данного процесса позволяет проследить связь между процессом формирования прецедентного права и судами; показать, как прецедентное право способствует устранению противоречий между различными правовыми культурами (прежде всего в странах со смешанными юрисдикциями).

А. Роль прецедентного права в формировании национального общего права (на примере английского права)

Исторически сложилось, что на территории Великобритании, а именно, в Англии и Уэльсе, единое (общее) право было сформировано судебными решениями. Причина, по образному замечанию английского юриста А. Киралфи, «может быть

объяснена исторически, а не основе логики»¹¹. Как раз для английского права применимо использование терминов «общее» и «прецедентное» как синонимов¹².

Формирование единого (общего) права началось после норманнского завоевания. По мнению английского ученого П. Стайна, английское право представляет собой разновидность германского, в котором образовались два течения — англосаксонское и норманнское. Норманнские короли преуспели в установлении централизованного правления по всей стране и смогли удержать феодалов в зависимости, придав английскому праву некоторые черты, отличающие его от других форм германского права¹³.

В создании единого права ведущую роль сыграли королевские судьи. В тот период в стране действовало несколько видов судов. В случае возникновения спора лицо могло обратиться в местный суд, в котором применялось обычное право; в церковный суд, в котором споры решались на основе канонического права; в городской суд, применявший купеческое право; в суд барона; в королевский суд.

Королевские судьи отличало то, что они действовали по всей стране. Сначала они переезжали за королем, попутно решая споры. Позже судьи стали жить в одном из районов Лондона, откуда выезжали для судебных разбирательств. Поскольку в каждой местности, куда они приезжали, действовали местные обычаи, то судьи при принятии решения стремились их учитывать. Этому способствовал применяемый в королевских судах институт присяжных. Присяжные, как правило, были местными жителями и в своей оценке дела исходили из известных им обычаев. Стороны могли представлять свидетелей, подтверждавших существование того или иного обычая.

Поскольку судьи передвигались по стране, заседая в различных местах, они постепенно знакомились с многочисленными обычаями. Возвращаясь в Лондон, судьи, хорошо знавшие друг друга и имевшие возможность общаться (все они проживали в одном районе), обсуждали рассмотренные дела, сравнивали, какие решения выносились по сходным делам. Совместные обсуждения практики способствовали выработке общей позиции судей по аналогичным делам. Э. Дженкс отмечал, что «нельзя точно определить, как сформировалось общее право. Каким-то путем, который не может быть точно определен, королевские судьи, встречавшиеся между своими разъездами в Лондоне для рассмотрения дел в централизованных судах... и Вестминстере, пришли к соглашению о необходимости слить различные местные обычаи в общее или единое право, которое могло бы применяться по всей стране»¹⁴.

Таким образом, создание общего права королевскими судьями было обусловлено тем, что они действовали по всей стране, чему способствовала особая система разъездных судей. Несмотря на то что судебный прецедент предполагает наличие четкой судебной иерархии и судов, различающихся по статусу на вышестоящие и нижестоящие, английская судебная система в последнее столетие перестраивалась

¹¹ *Kiralfy A.K.* The English Legal System. L., 1984. P. 21.

¹² Общее право формировалось не только судьями общего права, но и судьями права справедливости. Современное общее право, как утверждают английские правовые словари, состоит из прецедентного права и права справедливости.

¹³ *Stein P.* Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement. L., 1984. P. 30.

¹⁴ *Дженкс Э.* Английское право. М., 1947. С. 31.

и серьезно реформировалась. Реформа не мешала развитию прецедентного права, но оказала на него большое влияние. В частности, объединение судов общего права с судами канцлера в ходе реформы 1873–1875 гг. привело в значительной степени к объединению прецедентного права и права справедливости.

Поскольку прецедентное право определяется как «право юристов», то важным фактором была квалификация юристов. Она поддерживалась действующими с XIV в. профессиональными корпорациями. Корпорации устанавливали определенные требования к вступающим в них членам. Они способствовали не только поддержанию высокого профессионального уровня и росту престижности юридической деятельности, но и формированию преемственности в подходе к праву, развитию единого национального права.

Работа с судебными прецедентами требовала особого юридического образования. Последнее длительное время носило прикладной характер и рассматривалось исключительно как подготовка к практической работе. Для того чтобы стать профессиональным юристом, сделать юридическую карьеру, было необходимо детально изучать принцип прецедента. Во многих странах «общего права» существовал этап, когда преподавание в юридических учебных заведениях велось исключительно юристами, совмещающими практическую деятельность с преподаванием. То, что преподавание было ориентировано на практику, главным образом, на изучение прецедентного права, имело ряд последствий. Сформировался метод правового мышления, культура, ориентированная на прецедентное право. В Англии несколько веков процветали школы при Судебных иннах, где преподавание велось практикующими барристерами и судьями. В это же время всемирно известные университеты — Оксфорд и Кембридж — до середины XVII в. специализировались на преподавании римского и канонического права. Необходимость университетского юридического образования долго вызывала сомнения. Одной из форм научной деятельности было составление комментариев к судебным прецедентам. Известны комментарии Брактона, Кока, Блэкстона. Кстати, и в настоящее время правовая наука продолжает развиваться судьями.

Прецедентное право не только способствовало формированию единого национального права, но и определило его категориальный аппарат. Ряд институтов, характерных для «общего права», был разработан судебными прецедентами.

Б. Роль прецедентного права в формировании семьи «общего права»

Прецедентное право не только сформировало английское общее право, но и внесло весомый вклад в формирование правовой семьи «общего права». С созданием и расширением Британской империи английская модель распространялась на другие континенты, где была воспринята и получила дальнейшее развитие. Справедливы слова австралийского ученого Кастлеса: «Веками метод, практика и стиль правового мышления, которое развивалось посредством и вокруг английского неписаного права, создали особую правовую культуру. Это была культура, в которой судьи, так же как и законодатели, признавались выразителями права...»¹⁵

В настоящее время «общее право» — одна из крупнейших правовых семей. В странах «общего права» проживает 1/3 населения земного шара. К данной семье относятся правовые системы стран, расположенных на разных континентах,

¹⁵ *Castles A. Australian Legal History. Sydney, 1981. P. 116.*

отличающихся друг от друга по уровню экономического развития, по культуре и традициям. В Америке это США, Канада, ряд государств Карибского бассейна. В Австралии и Океании — Австралийский союз, Новая Зеландия и некоторые островные государства. В Африке — Нигерия, Гана, Кения, Уганда, Танзания, Замбия. В Европе, кроме Великобритании, — Ирландия. Их всех объединяло то, что они в свое время попали в зависимость от Великобритании. Это предопределило прямое действие английского права, в том числе прецедентного, и произошло заимствование самого принципа прецедента.

В национальных правовых системах можно выделить два этапа: 1) этап активной рецепции английского прецедентного права и принятие принципа прецедента; 2) этап становления национального прецедентного права.

Процесс воздействия права метрополии (правовая аккультурация) происходил разными путями, в том числе посредством рецепции. В результате в колониях были восприняты не только правовые нормы, но и правовое мышление, юридическая техника, система образования, сложившиеся в метрополии. «Вся фабрика общего права была перевезена колонистами на новые земли»¹⁶, — отмечает австралийский юрист А. Кастлес.

Как справедливо считает профессор Н.А. Крашенинникова, на вопрос о том, «стало ли принесение институтов английского права “добром” или “злом” для колоний, нельзя правильно ответить только с позиции самого права. Здесь вопрос должен быть поставлен шире: как повлияло право метрополии на социальный прогресс, на социальную структуру колонии, на социально-психологический климат, культуру»¹⁷. Применительно к США, Канаде, Австралии, Новой Зеландии можно утверждать, что вестернизация в большой мере способствовала развитию общецивилизационных процессов. Это обусловило тот факт, что национальное право стран, входящих в правовую семью «общего права», достигло к XXI в. высокого уровня развития, вполне сопоставимого с правом метрополии.

Развитие «общего права» зависело от профессиональных юридических кадров. Их небольшое число в колониях являлось серьезным препятствием на пути самостоятельного развития прецедентного права. У самих колонистов также не было достаточно четкого представления о том, что представляло собой английское общее (прецедентное) право. Положение осложнялось отрицательным отношением к судам. Колонисты не видели в них основных защитников нарушенных прав, а возлагали большие надежды на законы и законодательные органы, полагая, что широкие дискреционные полномочия судей могли быть использованы для установления произвольных норм.

Однако они обращались к английскому прецедентному праву, которое ассоциировалось с символом естественных прав, со справедливостью, разумом, а не с конкретными нормами, создаваемыми судьями в процессе их деятельности. Признавалось, что общее право следует за переселенцами, куда бы они ни переезжали.

В результате общее (прецедентное) право воспринималось как естественное право, что способствовало его распространению. По позднейшему наблюдению

¹⁶ Castles A. Op. cit. P. 116.

¹⁷ Крашенинникова Н.А. О некоторых актуальных вопросах истории обычного права // Методология историко-правовых исследований. М., 1980. С. 64.

французского исследователя Р. Давида, «мысль, что право — это разум, вызыва-ет у англичан в соответствии с традицией некоторое чувство наднациональности или, скорее, вненациональности права. Термин “общее право” применяется, как правило, без национального эпитета. В общем праве не хотят видеть систему на-ционального права; оно — “общее наследие всех наций английского языка”»¹⁸.

Следует обратить внимание, что во французской и итальянской правовой лите-ратуре продолжают споры о том, следует ли к «общему праву» применять артикль мужского или женского рода («le common law» или «la common law»; «il common law» или «la common law»), т.е. следует ли понимать «общее право» как «право» (ius, droit, diritto, Recht) или как «закон» (lex, loi, legge, Gesetz). В современном англий-ском языке термин право («law») используется для обозначения как права, так и закона.

Важным фактором формирования правовой семьи «общего права» стало то, что для судов колоний, а позже доминионов высшей судебной инстанцией выступал Судебный комитет Тайного совета.

Судебный комитет сыграл важную роль в формировании «общего права» как правовой семьи, способствовал единообразию в формирующихся национальных системах. При рассмотрении апелляций на решения судов стран Содружества он исходил из того, что в основе права стран «общего права» лежат общие подходы и принципы: «Каковы бы ни были различия между южноафриканским правом, пра-вом США, Новой Зеландии, многие основополагающие принципы имеют общие корни» (Cheali v. Equiticorp Finance Group Ltd. and other, 1991). Судебный комитет стремился привести право стран Содружества в соответствие с английским пра-вом, предпочитая, чтобы право «на севере и юге от границ развивалось как можно единообразнее». Однако по мере становления национального права роль Судебно-го комитета уменьшалась. Национальные суды Содружества стали отказываться от подачи апелляций в Судебный комитет. Сам же Комитет при вынесении решений стал больше принимать во внимание национальные особенности, признавая, что сила «общего права» не в единообразии, а в способности приспособливаться к осо-бенностям национального развития.

Прецедентное право не только способствовало единообразию национальных правовых систем, но и вело к адаптации элементов западной культуры к локаль-ным условиям и местным традициям. В результате происходит развитие многооб-разия национальных правовых систем, что все более ярко проявляется по мере ста-новления национального права. «Общее право» формировалось путем восприятия одними странами опыта других стран со сходной культурой.

Прецедентное право оказалось востребованным в новых условиях. Оно утвер-дилось практически во всех странах, находившихся под английским влиянием.

Длительное доминирование английского права над правом Содружества, осо-бенности развития правовой семьи «общего права», — все это создало особую пра-вовую культуру, которая развивается на разных континентах, но имеет определен-ное единство, поддерживаемое вниманием, уделяемым в каждой стране судебным прецедентам других стран. Такие заимствованные прецеденты получили название «убеждающих». Именно практика обращения к «убеждающим» прецедентам спо-

¹⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 268.

собствовала созданию единой правовой культуры в данной семье. Прецедентное право сыграло цементирующую роль в правовой семье¹⁹.

В каждой из стран «общего права» судьи имеют свои предпочтения. Канадские, австралийские, новозеландские судьи предпочитают следовать английским прецедентам. В правовых системах «общего права» активно идет процесс «перетекания» прецедентов. Так, 50% прецедентного права Новой Зеландии заимствуется из Соединенного Королевства, 10% — из Австралии, некоторая часть — из Канады. В Австралии среди прецедентов около 30% — английских, около 1% — новозеландских. Сама Великобритания заимствует около 1% прецедентов из австралийского, канадского, новозеландского права²⁰.

Гибкость судебного прецедента, его свойство более детально регулировать общественные отношения, в том числе перестраивать национальное право при взаимодействии с другими культурами, обеспечивают его активную роль. Наиболее наглядно это прослеживается в тех странах, где английское право столкнулось с другими культурами.

Прецедентное право позволяет соединять разные правовые культуры. Наиболее ярко это прослеживается на примере «смешанных юрисдикций». Их особенность заключается в том, что прецедентное право сосуществует либо с романо-германским (французским, романо-голландским), либо с религиозным правом (мусульманским, индусским). К «смешанным» относится право Шотландии, Квебека, Луизианы, Индии, Пакистана, Израиля, Филиппин, некоторых стран Карибского бассейна (Тринидад и Тобаго), африканских стран (ЮАР). В одних правовых системах прецедентное право отходит на второй план, в других, наоборот, получает новое развитие. Гибкий характер прецедентного права позволяет ему приспособляться к самым различным условиям. В результате в рамках данной правовой системы одни отрасли могут быть построены по традиции «общего права», другие — романо-германского права (Луизиана, Квебек). Однако в таком случае речь идет об объединении традиций двух близких правовых семей.

Прецедентное право позволяет согласовывать различные культуры. К примеру, в Индии суды смогли объединить прецедентное право с религиозным (индусским и мусульманским). Не будучи на деле знатоками религиозных норм, судьи искали ответы разными способами — привлекали консультантов, обращались к комментариям. В судах нормы индусского и мусульманского права претерпели ряд изменений. В результате сложились такие понятия, как англо-индусское и англо-мусульманское право.

В настоящее время прецедентное право способствует решению проблемы «европеизации» английского права, т.е. развитию процесса, в ходе которого имеет место восприятие национальным правопорядком стандартов ЕС. В ЕС доминируют страны с традициями романо-германского права, что сказывается на характере европейского права. Опыт Великобритании и Ирландии интересен прежде всего с

¹⁹ Чувство единства правовой культуры среди юристов стран «общего права» столь сильно, что в одном деле английский судья извинился перед коллегами из Новой Зеландии за то, что применил понятие «иностранное» к праву их страны. Цит. по: **The Use of Comparative Law by Courts / U. Drob-nig, S. van Erp (eds.).** L., 1999. P. 273.

²⁰ *Common Law and Statute Law // New Zealand Law Journal.* 1983. Oct. P. 297.

позиции тех механизмов, которые они используют для адаптации «общего права» к европейскому праву.

Закон и судебское право: естественная конвергенция

Отмечая возрастающую роль судебского права, нельзя не поставить вопрос о том, насколько при этом меняется положение закона (статута). И право стран «общего права», и романо-германское право демонстрирует, что во взаимоотношениях закона и судебского права можно выделить определенные периоды.

В английском праве статутное право стало активно развиваться тогда, когда основные черты национального права были сформированы. Акты парламента подстраивались под судебную практику, базировались на принципах, установленных прецедентным правом. В статутах использовался категориальный аппарат, разработанный прецедентным правом. В других странах «общего права» статуты развивались одновременно с судебными прецедентами, и не было периода, когда прецедентное право длительное время предшествовало статутному.

Тем не менее в странах «общего права» в целом сохраняется положение, утвердившееся еще в английском праве XVII в., — **основное назначение статута заключается в восполнении пробелов в прецедентном праве, а также в устранении его устаревших положений.** Принципы права устанавливаются прецедентным правом, статут только детализирует их. По мнению американского юриста У. Бернама, несмотря на то что США демонстрируют менее враждебное отношение к статутам, однако и в них продолжает преобладать мнение, что «право» представляет собой «общее право» с несколькими дополняющими статутами²¹.

В английском праве и в определенной степени в праве тех стран, которые в отличие от США более длительное время сохраняют политико-правовые связи с Великобританией (Канада, Австралия, Новая Зеландия), развитие статута определялось принципом парламентского верховенства. Из этого принципа вытекает, что статут обладает большей юридической силой, чем судебные прецеденты. Принцип парламентского верховенства совместно с принципом «жесткого» прецедента ознаменовали период приоритетного развития законодательства, в течение которого прецедентное право ограничивалось в развитии, поскольку затруднялась возможность создания новых судебных прецедентов согласно принципу «жесткого» прецедента.

Вторая половина XX в. и начало XXI в. продемонстрировали новую тенденцию во взаимодействии статута и судебного прецедента. Она обусловлена ростом удельного веса статута в системе источников права, что проявляется во всех странах «общего права». И английские, и американские юристы, как и юристы других стран «общего права», отмечают подобную тенденцию. Американский юрист Т. Калабрези считает, что в последние 50–80 лет в американском праве наблюдаются фундаментальные изменения: «За это время наша правовая система, в которой доминировало прецедентное право, разработанное судами, стало правовой системой, в которой статуты, принятые законодательными органами, являются важнейшим источником права»²².

²¹ Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. М., 2006. С. 125.

²² Calabresi G.A. A Common Law for the Age of Statutes. Cambridge, 1982. P. 1; Hurst J. Dealing with Statutes. Washington, 1982. P. 14.

Укрепление положения статута выражается в расширении сферы регулируемых им отношений. Последнее происходит, в частности, вследствие того, что некоторые отношения, ранее урегулированные другими источниками, получили статутное закрепление. Статуты вносят важные изменения во многие отрасли права, которые подвергаются наибольшим изменениям. Особенность прецедентов не давала возможность использовать судебные прецеденты для проведения кардинальных преобразований в праве, поэтому реформы приводят к усилению позиции статута как источника права. Судебный прецедент формируется длительное время и не может быть использован для модернизации права в относительно короткий период времени. Судебный прецедент предназначен лишь для постепенного, частичного реформирования отдельных областей права. В результате все больше судебных решений основывается на статутах, что в свою очередь ведет к повышению роли прецедентов толкования. Девять из десяти решений Апелляционного суда Великобритании основываются на статуте и только одно — на прецеденте.

Судебное прочтение статута становится в свою очередь прецедентом, так называемым «прецедентом толкования» (в американском праве — *case law interpreting enacted law* в отличие от *common law* или *case law*). Прецеденты толкования отличаются тем, что они создаются, когда решение принимается не на основе прецедента, а на основе закона. Таким образом, современное прецедентное право в основном развивается посредством именно прецедентов толкования, а не «чистых» прецедентов.

Значение слов статута, установленное судом в конкретном деле, становится прецедентом, который распространяется на те дела, в основе которых лежит идентичный факт. Прецеденты толкования не распространяются на подобные термины в других статутах. На практике суды часто обращаются к таким прецедентам для уяснения содержания статута, что может привести к возникновению существенной разницы между реальным содержанием статута и содержанием, которое вкладывают в него суды. Зачастую может сложиться ситуация, когда противоречие между статутом и прецедентами толкования может быть разрешено только посредством принятия нового статута.

С другой стороны, прецеденты толкования могут существенно изменить содержание статута, но они обеспечивают стабильность в применении статута, что сказывается на его эффективности.

Таким образом, складывается двойственная ситуация. С одной стороны, статут имеет большую юридическую силу, чем судебный прецедент. Если судебный прецедент противоречит статуту, то действует статут. Вступивший в силу статут ведет к прекращению действия противоречащих ему судебных прецедентов. Статут не содержит перечня тех прецедентов, которые он отменяет.

В определенной степени такая ситуация ведет, по сути, к приравнению судебного прецедента и закона. Такой подход в значительной мере поддерживается американской правовой доктриной. Для американской юридической мысли в большей степени характерно стремление приравнять суд к законодательному органу, поскольку оба они выражают социальные интересы. Судьи как высококвалифицированные юристы вполне компетентны, чтобы осуществлять правотворческую деятельность, когда законодатель не дает ясного ответа. Более того, некоторыми юристами отстаивается идея приоритета судейского права. Однако на практике такие идеи не реализованы.

Таким образом, можно сделать вывод, что судебный прецедент, сыграв историческую роль в формировании и развитии правовых систем «общего права», постепенно меняет свое положение в системе источников. Суды создают не столько новые судебные прецеденты, сколько прецеденты толкования. Во второй половине XX в. судебный прецедент как источник права претерпевает дальнейшее изменение фактически во всех странах «общего права». Если принять во внимание тот факт, что в настоящее время практически все страны «общего права» отказались от принципа «жесткого» прецедента, действующего по горизонтали, т.е. допустили, что высшие судебные инстанции вправе свободно отходить от предшествующих решений, то очевидно, что во взаимоотношении статута и судебного прецедента наступил новый этап.

Исходя из этого возникает вопрос, насколько данная ситуация отличается от той, которая складывается в странах романо-германского права.

В этих странах судьи, столкнувшись с пробелом в праве, не могли непосредственно восполнить его. Они вынуждены были обращаться к закону, зачастую давая ему расширительное толкование, с тем чтобы применить как основание для вынесения решений. Иногда трудно определить, где кончается расширительное толкование и начинается свободное судейское усмотрение. В результате укрепляется положение «судейского права». Это понятие, взятое в кавычки, отражает рост значения судебной практики в данной правовой семье. Очевидно, что в данном случае речь идет о той части судебной практики, которая выходит за рамки исключительно правоприменения и претендует на то, чтобы рассматриваться как самостоятельный источник права.

В настоящее время наблюдается такая особенность: если в праве стран континентальной Европы имеет место тенденция ограничить возможность судов отходить от устоявшейся практики, то в странах общего права суды, стоящие во главе судебной системы, стремятся быть не связанными своими решениями, не следовать прецедентам, установленным в прошлом.

При сопоставлении «судейского права» в странах романо-германского права и прецедентов толкования в странах «общего права» можно обнаружить сходные черты. В обеих правовых семьях основным источником становится закон. С другой стороны, именно он провоцирует укрепление позиций судебной практики, поскольку необходимо модернизировать законодательство (будь то Конституция США 1787 г. либо ГК Франции 1804 г.).

Движение от судебного прецедента к прецедентам толкования сближает право стран «общего права» с романо-германской правовой семьей, что является проявлением так называемой естественной конвергенции, когда в силу общих путей развития сближаются параметры национального права стран с разными правовыми традициями. Прецедентное право достигло качественного нового уровня развития. Из старого, архаичного источника оно смогло стать органичной частью современной правовой жизни.