

УДК 340

ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА КАК ИСТОЧНИКА ПРАВА С ОБЫЧАЕМ

© 2011

Васильева Т.А., преподаватель кафедры государственно-правовых дисциплин
Волжский университет им. В.Н. Татищева, Тольятти (Россия)

Ключевые слова: Источник права; судебный прецедент; обычай; правовой обычай.

Аннотация: Исследуются проблемы соотношения судебного прецедента как источника права с обычаем, анализируются особенности обычая, позволяющие выделить его среди других источников права, изучается понятие «правовой обычай».

В настоящее время правовой наукой называются следующие источники права: нормативно-правовые акты во главе с законом, юридические прецеденты, правовые обычаи, международные договоры, которые отдельными авторами сравниваются с конституционными законами [1], правовые учения и доктрины, общепризнанные принципы права [2]. При исследовании мусульманской и иудейской правовых систем авторами дополняется названный перечень религиозными источниками права [3].

Все существующие источники права находятся в постоянной взаимосвязи и взаимовлиянии. Представления о соотношении источников права между собой варьируются от страны к стране и даже в рамках отдельных стран меняются время от времени, а нередко – от одной отрасли к другой, от одного предмета правового регулирования к другому, что обуславливается целым рядом обстоятельств, в том числе историческими, политическими, культурными и правовыми особенностями. Ни один источник права не может рассматриваться в отрыве от других источников.

В настоящее время вопросы о соотношении обычая с судебным прецедентом представляют значительный интерес. Так как обычай изначально играл важную роль, в научной литературе ему уделялось большое внимание, благодаря чему имеется множество определений понятия обычая и различных подходов к нему.

Зарубежными исследователями подчеркивается, если роль обычая в современном праве уступает другим источникам [4], то неоспоримым является исторический факт, что обычай предшествует всем другим источникам права. Не отрицается широко признанный факт, что исторически общему праву предшествовало обычное право и что многие из предшествующих общему праву обычаев были использованы судами в процессе его становления и последующего развития. До момента становления общего права в Англии представляло собой совокупность обычаев варварских племен преимущественно германского происхождения (саксов, англов, ют, датчан). Существует мнение, согласно которому общее право является не чем иным, как «системой общих обычаев» [5].

В правовой науке дискуссионным остается вопрос, какой обычай можно считать правовым. Юридический словарь объясняет термин «правовой обычай» как «исторически сложившееся путем многократного повторения правило поведения, которое взя-

то под охрану государством» [6]. Определения, данные исследователями, принципиально не отличаются от указанного. С.Ю. Бодров, в частности, пишет, что «под правовым обычаем понимают правило поведения, которое сложилось исторически в силу постоянной повторяемости и признано государством в качестве обязательной нормы поведения» [7].

Сравнивая правовые обычаи с простыми, следует отметить, что они имеют те же характерные черты и особенности, что и неправовые, но с одной весьма существенной разницей. Правовые обычаи, будучи санкционированы государством, приобретают юридическую силу и обеспечиваются в случаях их нарушения государственным принуждением. Например, такое санкционирование в странах общего права происходит посредством издания нормативно-правовых актов как федеральными, так и региональными органами власти, а также посредством судебных решений, когда суд в процессе рассмотрения дел опирается на соответствующий обычай, включая его в действующую правовую систему. Однако данная точка зрения не единственная. Ряд ученых указывает на недостаточность данного критерия и выделяет другие особенности, которые следуют из «собственной природы обычая» [8]. Г.Ф. Шершеневич называет обычай правовым, если он: а) содержит норму, которая «основывается на правовом убеждении»; б) не противоречит разумности; в) не нарушает добрых нравов; г) «не имеет в своем основании заблуждения» [9]. Английский правовед Н. Салмонд указывает на дополнительный признак. Он считает, что обычай должен быть старинным, существовать с незапамятных времен. Закон 1265 г. [10] определяет, что старинными являются только те обычаи, которые существовали до 1189 г. [11]. Обычай не может считаться правовым (юридически обязательным), если будет доказано, что он существовал в 1189 г. и позднее. Однако в связи с тем, что представить абсолютные доказательства о существовании такого обычая с «незапамятных времен» достаточно сложно, суд устанавливал факт существования искомого обычая, если имелись доказательства о его действии на протяжении всей жизни старейшего жителя определенной местности.

Обычай в повседневной жизни функционирует не сам по себе, изолированно от других источников права, а в их системе, в тесной взаимосвязи и взаимодействии. При этом обычай является по-своему особенным и уникальным источником права. В частно-

сти, он характеризуется добровольностью исполнения, не требует мер принуждения для реализации норм. Заметим, что традиции соблюдаются не в силу опасения перед государственным принуждением или иными формами официального давления, а в силу выработанной привычки. Привычка становится «второй натурой» человека, его естественным желанием и потребностью вести себя так, как это предписывается традицией.

Обычай не знает письменной формы, в отличие от других источников права он никогда не оформляется графически, поэтому исключается любая мысль о возможности назвать неписаное обычное право правовым текстом.

В традиции отсутствует строго определенное лицо, обладающее исключительным правом на создание юридических норм. Если при создании судебного прецедента правотворческими функциями обладает судья, если закон может быть издан законотворческим органом, то при существовании обычая в качестве источника права любой субъект может выступать в качестве правотворца. Создатель обычая – лицо крайне абстрактное и неопределенное. Так, по мнению Г. Кельзена, «обычай является бессознательным правотворчеством» [12]. В отличие от других источников права под обычаем необходимо понимать правило, которое никем сознательно не устанавливается, оно складывается стихийно в процессе общественной практики повседневной жизнедеятельности людей.

При соотношении обычая с судебным прецедентом необходимо отметить, что если последний строится исключительно на рациональных доказательствах справедливости, то в обычае главное его психологический элемент – внерациональная убежденность в справедливости обычая. «Обычай наряду с традициями, нравами, обычкновениями и обрядами складывается и реализуется чаще всего импульсивно, на уровне эмоционального, психологического восприятия» [13].

Также заметим, что традиция складывается в результате весьма длительного, частого, многократного повторения одних и тех же действий одними и теми же лицами или группами (группой) лиц. Если в результате одноразовых или эпизодических действий может возникнуть судебный прецедент, то для обычая это несвойственно.

Обычай представляет форму поведения конкретного субъекта, реализуемую в конкретной ситуации. Напомним, что судебный прецедент как определенное судебное решение описывает конкретные обстоятельства и события конкретной жизненной ситуации. Оба источника права казуальны. Теоретически как обычай, так и судебный прецедент могут регулировать одни и те же общественные отношения. Однако в правовой науке отсутствуют гарантии, что названные источники права будут применяться одинаково и не вступать в противоречие друг с другом. Не исключена возможность, что, закрепляя одни и те же основания или условия, обычай и судебный прецедент будут обуславливать различные правовые последствия. Встает вопрос о конфликтности источников между собой. При регулировании общественных отношений правоприменитель сможет отдать предпочтение только од-

ному из них. Как указывает Р. Кросс, противоречия могут быть сняты, «если обычай согласуется с общими принципами, составляющими фундамент... правовой системы или, во всяком случае, не противоречит им» [14]. Однако проблема заключается еще и в том, что данные противоречия достаточно сложно снять. В отличие от судебного прецедента, который регулирует вопрос права, обычай в силу своей казуальности всегда решает вопрос факта. В качестве примера можно сослаться на обычай рыбаков в одной местности сушить сети на частной песчаной отмели. Данный обычай регулирует конкретное правоотношение. Если изменится хотя бы один из элементов (например, местность, где рыбаки могли сушить сети), то изменится и правоотношение в целом, в данном случае правоприменитель не сможет использовать названный обычай для его регулирования. Внешне схожая с предыдущей ситуация, когда рыбаки сушат сети на частной песчаной отмели, уже расценивается не как разрешающая обычная норма, а как нарушение чужого земельного владения. Правоприменитель не сможет в названных примерах (различаемых только местностью) применить одновременно обычай и судебный прецедент. Оба источника права вступают в противоречие между собой.

Итак, обычай имеет ряд особенностей, позволяющих выделить его среди других источников права, а именно характеризуется добровольностью исполнения, не знает письменной формы, создается в результате длительного, многократного повторения, никем сознательно не устанавливается и складывается на уровне эмоционального, психологического восприятия.

Роль обычая как источника права постепенно изменяется от одной системы права к другой, от одного государства к другому, от одной исторической эпохи к другой, но никогда никем не отменяется и не прерывается.

При внешнем сходстве казуальных источников права – судебного прецедента и обычая одновременное их применение при регулировании общественных отношений исключается. Конфликтность источников права решается строгой дизъюнкцией: правоприменитель должен выбрать или судебный прецедент, или правовой обычай.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М., 1998. С. 80.
2. См.: Андреева Г.Н. Конституционное право зарубежных стран: учебник. – М.: Эксмо, 2005; Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов. 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000 и др.
3. См.: Баглай М.В., Лейбо Ю.И., Энтин Л.М. Конституционное право зарубежных стран: учебник для юридических вузов. – М.: Норма, 2006; Элон Менахем. Еврейское право / под ред. И.Ю. Козлихина. – СПб., 2002 и др.
4. См.: Mehrem A., Gordley J. The Civil Law System. – N.Y., 1997. P. 36-85.
5. Mehrem A., Gordley J. Op. cit. P. 47.

6. *Барихин А.Б.* Большой юридический энциклопедический словарь. – М.: Книжный мир, 2005. С. 473. *Бодров С.Ю.* Судебный прецедент в системе источников российского права: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. – Ульяновск, 2005. С. 39.
8. *Марченко М.Н.* Источники права. – М., 2005. С. 599.
9. См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория государства и права. Вып. 2. – М., 1911.
10. Иначе Вестминстерский статут, действующий в Великобритании по сей день.
11. Год восхождения на английский престол короля Ричарда Первого (Ричарда Львиное Сердце).
12. *Kelsen H.* Principles of International Law. – N.Y., 1952. P. 311.
13. *Марченко М.Н.* Указ. соч. С. 595.
14. *Кросс Р.* Прецедент в английском праве // Теория государства и права: хрестоматия: в 2 т. Т. 2. – М., 2004. С. 315.

THE CORRELATION PROBLEMS OF THE TRADITION AND COURT CASE AS THE LEGAL SOURCE

© 2011

Vasilieva T.A., lecturer of the state legal disciplines,
Volzhskiy University n.a. V.N. Tatischev, Togliatti (Russia)

Key words: Legal source; court case; judicial precedent; tradition; legal practice.

Annotation: Researching for the correlation problem of the tradition and court case as the source of justice, analyzing of the tradition specialties which allow to highlight it among other legal sources, studying of the term «legal practice».

УДК 340

ВЗАИМОСВЯЗЬ И ВЗАИМОВЛИЯНИЕ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА И ПРАВОВОГО ПРИНЦИПА

© 2011

Васильева Т.А., преподаватель кафедры государственно-правовых дисциплин
Волжский университет им. В.Н. Татищева, Тольятти (Россия)

Ключевые слова: Источник права; судебный прецедент; правовой принцип; Европейский Суд по правам человека.

Аннотация: Исследуются проблемы соотношения судебного прецедента как источника права с правовым принципом, анализируется правовой принцип как источник права, на примере деятельности Европейского Суда по правам человека изучаются взаимосвязь и согласованность двух источников права.

На первый взгляд судебный прецедент и правовой принцип – два совершенно различных источника права. Судебный прецедент – это решение по конкретному судебному делу, а принцип – исходная правовая идея, руководящее начало. Прецедент – конкретен, принцип – абстрактен. Исследователями указывается, что источники права отличаются друг от друга характером задаваемых направлений. Если прецедент объясняет конкретное правоотношение между определенными субъектами, то принцип формулирует основания для рассуждения, не указывая на конкретное решение [1]. Однако так ли это на самом деле?

Правовые принципы являются ведущими и определяющими источниками права. Они обуславливаются исходными правовыми положениями, на основе которых формируются законы, создаются судебные прецеденты. Ни одна правовая семья, определенная правовая система не может исключить общепризнан-

ные принципы, выработанные историей и современными реалиями.

В настоящее время изучению правового принципа придается большое значение, особенно в зарубежной литературе [2].

Правовой принцип определяется как «a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality» [3]. (Стандарт, который должен быть соблюден не в силу установления благоприятной, безопасной экономической, политической или социальной ситуации, а потому, что это требование правосудия, справедливости или некой другой моральной установки.)

Зарубежные специалисты выделяют два вида правовых принципов, «on the one hand what could be called 'structural principles' are induced, or at least claimed to be so derived, from the written law. On the