

*Сыдыков С.Ш.*

## ЗАКОН И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

*S.Sh. Sydykov*

## THE LAW AND JUDICIAL PRACTICE

УДК:342-45(00/34)

*В данной статье автор рассматривает соотношение закона и судебной практика как источников права. Проблема изложена на примере стран романо-германской правовой системы.*

*In this article the author considers a ratio of the law and judicial the practitioner as right sources. The problem is stated on the example of Romano's countries - the German legal system.*

Правотворческая деятельность судьи - это один из вопросов, которые больше всего разделяют юридические системы и юридическое мышление. Судебная практика является источником, прежде всего эксклюзивным, а затем и принципиальным, для англосаксонских правовых систем [1, С. 84]. Во Франции, во времена, когда парламенты выносили приговоры по спорным делам, она была важным источником, питавшим правовую систему королевской власти. Некоторые из современных правовых систем, несмотря на свою чуждость обычному праву, признают за судьей право на "паразаконодательную" деятельность. Так, ст. 1 ГК Швейцарии гласит, что "в случае, когда отсутствует подходящее положение в виде закона, судья выносит приговор в соответствии с обычным правом, а в случае, когда отсутствует обычай в соответствии с правилами, которые он утвердил бы, если бы мог действовать на правах законодателя. Судья должен опираться на решения, уже закрепленные в традиции толкования и в судебной практике". Однако, если в течение 30 или 40 первых лет, последовавших за окончательным оформлением кодекса, судебная практика допускала подобную вспомогательную деятельность судьи, позднее, после категоричных предупреждений со стороны толкователей, федеральный суд заметно сократил законотворческие права судьи [2].

В системе французского права, несмотря на то, что, согласно ст. 4 ГК Франции, судья не может отказываться от ведения дела "под предлогом отсутствия, неясности или недостаточности соответствующего закона", все-таки не утвердилась традиция рассматривать судебную практику в качестве подлинного источника права. В качестве контраргумента принято говорить, что это противоречило бы принципу разделения властей, противоречило бы правилу, по которому судье запрещается "выносить решения на основании общих и регламентарных положений по делам, находящимся в его ведении" (ст. 5 ГК), наносило бы ущерб силе судебного постановления. Ведущие специалисты оспаривают мысль о том, что судебная практика является источником

права, но видят в ней фактор, определяющий существенный авторитет права [1, С. 86]. Другие характеризуют ее все-таки как источник права [2]. Справедливо утверждение, что судебные решения не являются правилами, обладающими обязательной юридической силой для кого бы то ни было помимо сторон, задействованных в процессе, даже в ситуациях, когда в силу иерархии судебных инстанций прецеденты могут самым существенным образом влиять на решения, принимаемые инстанциями более низкого уровня [3, С. 347].

В сфере государственного права со времени, когда знаменитый приговор Бланко (4) освободил судей по административным делам от обязательного применения положений частного права, они пришли к тому, что разработали преторианскую систему права. Они вынуждены были придать статус законов основным принципам и подключиться, таким образом, к процессу правотворчества. И действительно, наиболее значительные положения административного права были сформулированы судьями [1, С. 86]. Статус общественной функции был разработан Государственным Советом, только после этого в дело вступил законодательный орган.

Толкователи часто подчеркивали или изобличали подобную "нормативную силу" административной судебной практики [2]. В этой связи первостепенное значение должно было приобрести право, основанное на судебной практике (на прецеденте), которое закреплялось конституционно. Во всех отраслях права роль судьи остается основной в части применения закона, его интерпретации, заполнения имеющихся пустот, а также в части его омоложения, оживления или сглаживания, то есть игнорирования или противодействия ему. Несмотря на то, что миссия судьи предполагает подчинение закону, его применение, он, выполняя роль необходимого связующего звена между изданием юридического правила и его эффективным использованием, в действительности может его оспорить. Поэтому отношения между законодательным и судебным органами приобретают иногда характер бури.

Принято считать, что "антагонизм между законодателем и судебной практикой относится к разряду явлений, неизбежных в ходе формирования права" (3). Но между этими органами наравне оппозиционными могут устанавливаться также отношения сотрудничества [4, С. 36]. Воздействие законодателя на судью, миссия которого в условиях системы письменного права сводится к применению закона, - это очевидный факт. Но в таком случае необходимо уточнить, каково воздействие судьи на

законодателя и какова при этом реакция последнего [5, С. 212].

Суды, сталкиваясь с конкретными реалиями, заполняя пустоты законодательства, толкуя и принимая закон, непрерывно открывая новые средства исправления, нередко воздействуют на законодателя, который закрепляет в текстах законов решения преторианского типа.

Так, закон от 17 июля 1970 г. легализовал судебную практику, связанную с защитой частной жизни [6, С. 198]; закон от 3 января 1972 г. ввел в право наследования большое количество правил преторианского происхождения; то же самое наблюдалось в праве, регулирующем деятельность обществ, в строительном праве с законом Спинетта. В настоящее время во Франции такое сотрудничество законодателя и судьи приняло организованные формы на уровне институтов. Согласно кодексу законов об организации судебно-процессуальной деятельности президент и Генеральный прокурор могут по случаю ежегодного отчета кассационного суда "обращать внимание министра юстиции на содержащиеся в отчете положения... связанные с процедурой рассмотрения кассационных жалоб и сообщать ему о вариантах улучшения решений, которые, по их мнению, помогут устранить отмеченные трудности". Подобные наблюдения и соображения о позитивном праве, несмотря на факультативный характер, следует отнести к разряду систематической практики. Так, закон от 16 июля 1971 г., закрепивший на пять лет вместо 6 месяцев предписание в отношении зарплаты, и закон от 9 июля 1975 г. об условиях выплаты неустоек, сделавший возможной их ревизию в судебном порядке, и некоторые другие законы были инициированы названными высшими должностными лицами. случается даже так, что к судебным властям, как и когда-то, во время составления Гражданского кодекса, обращаются за консультациями в связи с составлением проектов текстов. Так было, например, в случае с реформой гражданско-процессуального кодекса. Такое сотрудничество, как правило, бывает очень плодотворным.

Но оно и не исключает возникновения определенной напряженности в отношениях.

Законодатель не всегда внимательно прислушивается к судьям. До сих пор он отказывался ввести уже закрепившееся в судебной практике понятие об ответственности "insolidum" ("солидарно") и уточнить, как она распределяется между соучастниками одного правонарушения. случается также, что законодатель отменяет некоторые решения преторианского типа: так было с вопросом об ответственности руководителя предприятия за несчастные случаи, причиной которых является несоблюдение правил гигиены или безопасности, или за невыполнение коммерческих статей договора [5, С. 213]. Но и суды не всегда готовы склониться к мнению законодателя. Их нежелание применять закон от 7 ноября 1922 г., который требовал доказывать вину на уровне административной ответственности в случае перехода пожара на соседние строения и имел целью лишить правовой силы прецедент под названием "смоляное дело", является ярким примером противостояния между законодательной и судебной властями.

По правде говоря, все лица, действующие на юридической сцене, так или иначе, способствуют созданию правовой системы. "Практика", в свою очередь, нередко требует принятия своих законов.

#### Литература:

1. Vedelet P. Delvolvé, "Droitadministrative.-P.U.F. 7 éd., 1980.-pp. 105 et s.
2. Waline, "Le pouvoirnornatif de la jurisprudence ", in Mélanges G.- Scelle 1950.- Т. II, pp. 613 et s.; O. Dupeyroux, La jurisprudence sourceabusive de droit, in Mélanges Maury.- Dalloz1960, Т. II.- pp. 349 et s.; Ladoctrine françaiseet le problème de la jurisprudence source de droit in Mélanges.- Marty 1978.- pp. 463 et s.
3. Malaurie.Za jurisprudence combattuepar la loi, Mélanges.- Savatier,1965.- pp. 603 et s.
4. Bergel, op. cit., in Etudes Kayser.-Loi 6 désembre 1976.-pp 290et s.
5. L'interprétation par le juge desrégiesécrites.-Travaux Assoc. H. Capitant, Т. XXIX, 1978.- pp. 500et s.
6. Kayser, La protection de la vie privée.- Munich, Economica, 1984.- pp. 438ets.

**Рецензент: д.ю.н., профессор Муканбаева Г.**