

ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ УЧЕНИЯ О ЮРИДИЧЕСКОМ МЕТОДЕ

Часть третья*



доктор
ФРАНЦ БЫДЛИНСКИ

почетный профессор
Венского университета

Е) ЗНАЧЕНИЕ И ПРИМЕНЕНИЕ «СУДЕЙСКОГО ПРАВА» («RICHTERRECHT»)

1. Феномен и его фактическое значение

Понятием «судейское право» (*а также «прецедентное право», «судебный обычай», или «судебная практика»*¹) обозначаются нормативные положения, которые сформулированы при обосновании судебных решений (*как правило, в их мотивировочной части*) и прежде всего решений высших судебных инстанций. Такие нормативные положения представляют собой отнюдь не простое воспроизведение предписаний положительного права. Так, укоренившееся в соответствующей австрийской судебной практике положение о том, что стенографическая запись соответствует признаку «собственноручности», а машинный шрифт – напротив, нет, в своем конкретном содержании значитель-

* Окончание. Начало см. № 1, 2 за 2006 г.

¹ В немецком юридическом языке понятия «*das Präjudizienrecht*» и «*das Fallrecht*» в качестве синонимов в переводе на русский язык означают «прецедентное право» и представляют собой аналоги английского выражения «*case law*». Для обозначения же судебного обычая, или судебной практики, используются такие не вполне совпадающие по семантическому содержанию понятия, как «*der Gerichtsgebrauch*», «*die Vorjudikatur*», «*die Rechtssprechung*», «*die Vorentscheidung*». (Примеч. пер.)

но превосходит характер простой ссылки или дословного воспроизведения § 578 ABGB². Таким образом, речь идет не о самих судебных решениях по конкретным делам, имеющих юридическую силу для спорящих сторон, а о более общих положениях, которые сформулированы в целях обоснования таких решений и обладают промежуточной степенью абстракции, располагаясь в этом смысле между нормами закона и правовым решением по конкретному делу. В связи с этим § 12 ABGB³ согласно его буквальному смыслу ничего не сообщает о собственно проблеме обязательности применения «судейского права».

Не подлежит никакому сомнению, что общепринятый юридический метод отправления правосудия на практике заключается в поиске соответствующих «прецедентных» решений по существенным признакам разрешаемого случая. То есть речь идет о поиске решений, содержащих нормы «судейского права» (*их также именуют «прецедентными нормами»*), которые (*дедуктивно*) применимы к разрешаемому случаю или его (*может быть, многочисленным*) проблемным элементам. (*Другое представление, исходящее из того, что «прецедентная норма» должна разрешить все, возможно даже разнородные вопросы разбираемого в актуальном времени случая, является совершенно нецелесообразным, поскольку весьма затруднительно сконструировать подобную сверхкомплексную норму, которая к тому же в любом случае будет иметь чрезвычайно ограниченную область применения.*)

«Прецедентный» способ применения права является хорошим критерием юридической квалификации правоприменителя. Слабые юристы порой совершают поразительные ошибки, поскольку цитируют положения, выхваченные из вероятных «прецедентных» решений и без учета собственного значения этих положений, которое достаточно полно определяется контекстом изложенных в судебном решении фактических обстоятельств случая и спорных правовых вопросов, в действительности применяют эти положения к совершенно иным, существенно отличающимся элементам разбираемой проблемы. Например, использование взятого из совершенно иного контекста положения судебной практики о том, что опционные договоры (*Optionsvätröge*) отличаются от пред-

² ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich) – Общее гражданское уложение Австрии.

§ 578. Wer schriftlich, und ohne Zeugen testieren will, der muß das Testament oder Kodizill eigenhändig schreiben, und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen. Die Beisetzung des Tages, des Jahres, und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht notwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten rätlich (§ 578. Тот, кто желает составить завещание без свидетелей, должен собственноручно написать завещание и собственноручно своим именем его подписать. Указания дня, года и места изъятия последней воли хотя не являются обязательными, но целесообразны во избежание споров).

³ § 12. Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richter[stühle]n in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden (§ 12. Выносимые по конкретным делам решения и высказанные судом мнения по отдельным правовым вопросам ни в коем случае не имеют силу закона, они не могут быть распространены на другие спорные случаи или в отношении других лиц).

варительных договоров, может привести к неожиданному и ошибочному отказу от применения к опционным договорам по аналогии оговорки-определения § 936 ABGB⁴ (*это может произойти в том случае, если юрист не знаком с судебной практикой, давно недвусмысленно одобряющей применение данной аналогии*).

Ввиду основного внимания к поиску и применению «прецедентов» при отправлении правосудия на практике было бы абсурдным, например, делать отсюда вывод о бесполезности или ограниченном значении рассмотренных ранее методологических критериев и последовательности квалифицирующего рассуждения. Хотя некоторые и делают подобный вывод, однако по многим причинам он является ошибочным. Прежде всего само собой разумеется, что правовые проблемы должны быть решены наиболее обоснованным способом тогда, когда для их решения не имеется вовсе никаких судебных «прецедентов». Кроме того, в самой судебной практике также существуют спорные вопросы. Наконец, имеющиеся «прецедентные» решения должны быть критически проверены на предмет достаточности их собственного правового обоснования (*что подробно будет рассмотрено далее*), а это возможно только с помощью методологических критериев.

В конце концов в рамках сформировавшихся в континентальной Европе правопорядков кодифицированного типа до сих пор является спорным юридическое значение судебной практики (*как совокупности сложившихся «прецедентов»*), в том числе имеющей единообразный характер. И в добавление ко всему обстоятельное применение «прецедентов» вовсе не свидетельствует против необходимости общепринятых методологических правил, потому что в обоснование «прецедентных» решений уже должны были быть включены методологически выверенные правовые аргументы. (*Здесь мы не принимаем в расчет простые решения, продиктованные справедливостью или чувствами, с их более чем сомнительной легитимностью.*) Таким образом, ссылка на определенные «прецеденты» в любом случае косвенно ох-

⁴ § 936. Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Teiles verloren wird. Überhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen (§ 936. Соглашение о намерении заключить договор в будущем является обязательным, только если определен момент (срок) заключения договора в качестве его существенного условия и вместе с тем не произошло такого изменения обстоятельств, в силу которого ясно выраженная или следующая из обстоятельств цель договора не может быть достигнута либо утрачивается доверие одной или другой стороны. В целом к исполнению подобного обещания заключить договор в будущем можно принудить не более чем в течение одного года после обусловленного момента (срока); в противном случае право требования прекращается).

ватывает также содержащиеся в них (или *реконструируемые*) методологические аргументы.

В силу изложенных соображений судебная практика пока (*по меньшей мере*) довольно единодушно признается «источником познания права», подобно какому-либо учебнику или научному сочинению, поскольку речь идет об изложенных в их содержании попытках решить определенные правовые вопросы рационально обоснованным способом. К изучению этих попыток может прибегнуть судья, который принимает решение по конкретному случаю, содержащему аналогичные правовые вопросы. Следовательно, при необходимости судья должен заняться изучением судебной практики, но только кроме тех случаев, когда возникшие правовые вопросы необходимо анализировать *ab ovo*⁵, и выносить решение в результате исчерпывающе полной оценки отыскиваемых аргументов. Очень часто для юридической деятельности на практике требуется уяснение судебной практики уже в силу широкого наплыва дел по однообразным текущим сделкам. Поэтому использование сложившейся судебной практики в качестве своеобразной кладези уже готовых решений определенных проблем является целесообразным и необходимым.

Разумеется, с помощью судебной практики можно также сократить до исключительно необходимого объема самостоятельный труд соответствующего судьи. Конечно, имеются такие «прецедентные» решения, которые из-за их очевидно недостаточного обоснования без церемоний наделяются более или менее критически мыслящими судьями ярлыком «ошибочные». Очевидно, что неверное «познание права» оказывается вовсе не познанием права, а лишь неудачной попыткой такового. Как уже отмечено, фактическая преюдиция имеющейся судебной практики требует в каждом конкретном случае также тщательной аналитической перепроверки. Поэтому механическое применение «прецедентных» решений не может служить заменой самостоятельному юридическому мышлению судьи. Однако это мышление все же вполне освобождается от той невыполнимой задачи, когда каждый судья при решении любого правового вопроса должен самостоятельно «изучить все мели и проникнуть во все глубины» проблемы.

Рассмотрение имеющейся судебной практики в качестве «источника познания права», критически используемого в возможных пределах, в любом случае является само собой разумеющимся. Необходимо понимать долгосрочную юридическую задачу, состоящую в наилучшем рационально обоснованном решении поставленных правовых вопросов, которое будет соответствовать целостной правовой системе и необходимым, «близким к истине» положениям эмпирического опыта. Эта задача возложена на конкретных правоприменителей,

⁵ *ab ovo* (лат.) – с самого начала; «от Адама». (Примеч. пер.)

и ее выполнение, естественно, постоянно срывается ввиду неизбежных трудностей в практической деятельности, а также ограниченных средств и способностей соответствующих правоприменителей. Преследование этой цели объективно можно оптимизировать только путем объединения усилий, а именно посредством дискуссии всех квалифицированных специалистов, занятых юридической практикой и теорией права. Вклад юридической науки, кроме того, может и должен быть значительным уже по той причине, что ее представители, как правило, могут работать, не ощущая непосредственного стеснения в виде необходимости скорейшего принятия решений, а потому вне особых временных ограничений. Правда, их деятельность заведомо ограничена той проблемной тематикой, которую они сами избрали. Уже в силу названных причин совершенно ошибочным является неоднократно высказываемое в настоящее время мнение, что плоды судебской мудрости могут превзойти всякие результаты профессиональной науки права. Настолько же иллюзорным является (*правда, сегодня, пожалуй, уже никем не отстаиваемый*) принципиальный приоритет знаний «профессоров» как таковых. Подобные представления о приоритетах знания, сформированные по принципу профессиональной сферы деятельности, если серьезно над ними задуматься, могут возникать по наивности либо могут быть вызваны вовсе тенденциозностью, поскольку в своей оценке всецело зависят от того, кем они высказываются.

Профессиональная научная юридическая деятельность является в практическом смысле плодотворной, только если она не упускает из виду уже отмеченную долгосрочную юридическую задачу. По меньшей мере эта задача должна учитываться в качестве перспективной и обязательной для достижения цели, в том числе и при теоретической работе над основными положениями права. Естественно, не исключается возможность теоретических усилий в совершенно другом направлении, но при выполнении долгосрочной юридической задачи эти усилия могут привести лишь к случайным попаданиям в цель.

2. Спор о юридическом значении «судейского права»

Итак, показано, что «судейское право» представляет собой целесообразное и зачастую необходимое средство методологического правоприменения в обычном смысле, в том числе при сокращенной аргументации. Это техническое информационное значение судебной практики вряд ли стоит оспаривать. Совершенно иначе дело обстоит при ответе на вопрос о том, приобретают ли и в какой мере положения «судейского права» самостоятельное юридическое, т.е. нормативное значение.

Этот вопрос в рамках принципиально кодифицированных правовых систем континентальной Европы по-прежнему остается чрезвычайно спорным.

Прежде всего поразительным и одновременно сомнительным с точки зрения его практического значения представляется огромный разброс всерьез отстаиваемых по этому вопросу мнений. Еще применительно к «методологическому затруднению» ранее было кратко отмечено, что только если дело заходит в тупик, допустимо обращаться к феномену «судейского права», которое в свою очередь становится на практике все важнее, но все еще вызывает ощущения некоторой нелегитимности.

Известную крайность представляет собой традиционная и по-прежнему распространенная в континентальной Европе позиция, ни на шаг не отступающая от того, что судебная практика является только простым познавательным источником. Самостоятельное юридическое значение судебной практики в рамках этой позиции ранее определялось сжато и четко: *«судебная практика сама по себе ничего» (существенного в правовом отношении)* не представляет. Прямым следствием понимания судебной практики как простого источника познания права становится безразличное отношение к тому, откуда именно правоприменитель черпает необходимое ему знание о праве. Таким образом, совершенно не имеет значения, обращается ли такой правоприменитель к юридической литературе, а также к какому именно из ее направлений и к каким именно сочинениям, либо он полагается на имеющуюся судебную практику, либо доверяет только собственному исследованию.

Существует также irrelevantная проблеме юридического значения судебной практики модификация рассматриваемой позиции, которая отмечает выдающееся, но тем не менее лишь фактическое значение поиска и применения «прецедентных» положений. Так, утверждают, что имеющаяся старая судебная практика представляет собой важный социологическо-правовой факт. Отмечают, что судебная практика обладает *«фактическим»* или *«практическим»* действием или обязательной силой *«фактического»* характера. Говорят даже, что юридическое свойство «судейского права» не определяется лишь потому, что вполне достаточно и его *«практического действия»*.

В любом случае этого отнюдь не достаточно в рамках такой нормативной науки, как юриспруденция. Процитированные понятия «действие» (*«die Geltung»*) или «обязательная сила» (*«die Bindung»*) из-за их нормативного содержания употреблены здесь даже несколько противоречиво. Правда, эти понятия можно интерпретировать в том смысле, что в правовом обороте имеющиеся «прецеденты» в целом могут быть приняты во внимание, даже если отсутствует всякая обязательная сила. Однако в действительности все же остается насущным вопрос о нормативности положений судебной практики. Вправе и должен ли конкретный компетентный судья отступать от имеющейся судебной практики разрешения аналогичных случаев? Если да, то при каких именно условиях? Обязан ли правовой оборот и при каких именно условиях считать-

ся с подобным отступлением от судебной практики? Поверхностные суждения о сохранении общей тенденции следования судебной практике претендуют на истинность, но в действительности все равно оставляют последнее слово за судьями, принимающими решения по конкретным делам. Эти оценки определяют только общий прогноз, который сам по себе мало чем помогает в конкретном случае, кроме того, нисколько не определяет, какую именно роль должно играть «судейское право». Это свидетельствует о полной несостоятельности полученного в качестве наследия учения о юридическом методе, поскольку оно обходит стороной данный решающий с юридической точки зрения вопрос. Изложенные позиции о нормативном характере приводят в итоге к двусмысленному заключению: при вынесении решения по конкретным делам равным образом допустимо как следовать сложившейся судебной практике, так и игнорировать ее. Таким образом, несмотря на фактически преобладающую тенденцию следования судебной практике, правовой оборот вынужден также постоянно считаться с игнорированием судебной практики и отклонением от нее. Такая ситуация не идет на пользу ни судьям, обязанным принимать решения, ни правовому обороту в целом.

В качестве полной противоположности позиции, согласно которой судебная практика *«сама по себе ничто»*, высказываются мнения, рассматривающие «судейское право» как имеющее юридическое значение и потому обязательное к применению. Эти мнения основываются на том убеждении, что нормы закона в силу их обобщенного характера представляют собой только простую программу, что нормы закона имеют только общее содержание, на основании которого именно судьи *«по долгу службы»* (?) делают конкретные выводы, буд-то закон, пожалуй, еще ни разу не мог определить (!) результат решения судьи, поскольку он вообще не несет распознаваемого содержания, имеющего прямое значение для решения, и т.д. Все это совершенно противоречит практическому опыту, ведь простые случаи или элементы фактического состава всегда разрешаются на основании закона без каких-либо затруднений. Кроме того, защитники соответствующего мнения должны поставить перед собой и теоретический вопрос: почему существующие, без сомнения, трудности человеческой коммуникации и в особенности сложность понимания текстов пока ни разу не были доведены до утверждения полной невозможности понимания всякого человеческого высказывания, а в отношении высказывания законодателя такое категорическое утверждение должно быть справедливым? Особенно странным и противоречивым представляется также то, что полная непонятность свойственна почему-то только нормам закона, а положений «судейского права», также имеющих общий характер, это не касается. Согласно данному мнению свойство непознаваемости не присуще также принципу равенства, который является чрезвычайно общей нормой! Следует отметить, что некоторые мнения подоб-

ного рода могут иметь в своем основании не только общий скепсис познания, но и деструктивную тенденцию, специально направленную против права и юриспруденции. Однако в целом подобные мнения, несмотря на их ошибочность, в некоторых правопорядках (*не в Австрии*) вызвали «судейским правом» легкую эйфорию, при которой законодательные предписания стали понимать в качестве абстрактных величин, подлежащих насколько возможно быстрому преодолению посредством свободного «судейского восполнения права». Хотя влияние «общего права» («*common law*») в этом направлении и было серьезным, но сейчас оно уже анахронично, поскольку в области действия самого «общего права» давно были признаны и приобрели большое значение «статуты» (законы).

Представители менее радикальных мнений не отрицают существование познаваемого содержания закона *in toto*⁶, но рассматривают «судейское право» как равнозначный закону источник права, который, как правило, носит характер обычного права, но отчасти имеет также самостоятельное основание возникновения в положительном праве.

Это мнение также является ошибочным. Обычное право охватывает фактически действующие в правовой жизни положения права, приобретающие позитивный характер не путем принятия решения особой законодательной инстанцией, признанной в правовом сообществе, а путем однообразного (*преобладающего*) поведения людей в правовом обороте, которое при этом (*в отличие от обычаев оборота, торговых обычаев и пр.*) подкреплено убеждением в том, что лежащее в основе такого поведения правило юридически обязательно (*opinio juris sive necessitatis*). При всем массиве современного законодательства теперь в отличие от прежних времен и от исторических условий «общего права» («*common law*») имеется относительно мало простора для возникновения положительных правовых предписаний напрямую посредством самостоятельного поведения и сознания простых членов правового сообщества. Однако следует привести отдельные примеры из австрийского права: правовой институт доверительного управления чужим имуществом (*die Treuhand*); правовые основания для освобождения от ответственности за причинение телесных повреждений в результате типичного спортивного поведения или поведения, предусмотренного спортивными правилами; некоторые особенные нормы в сфере сельского хозяйства (*общинные сообщества как юридические лица*); договоры между живыми о передаче имущества с преимущественным правом получателя; нормы об общеизвестных сервитутах; пожалуй, также признаваемая непредусмотренная законом действительность оговорки в трудовых коллективных договорах об обязательности выплаты фактической заработной платы. Утверждения позитивистского толка об отсутствии актуального обычного права являются го-

⁶ *in toto* (лат.) – в целом. (Примеч. пер.)

лословными. В равной степени неосновательно и утверждение, будто конституция исключает возможность возникновения обычного права, поскольку в ней не упомянуты основания для такого возникновения. Данный аргумент по сути является частным случаем «общего положения о юридической иррелевантности» и подлежит отклонению уже в силу того обстоятельства, что поскольку конституция в принципе ориентирована на исчерпывающий охват источников только объективного права (*без учета международного права*), в тексте конституции очевидным образом находят отражение только основания сознательного законотворчества. Спонтанное же возникновение обычного права в правовом обороте само собой предполагает качественно иные основания.

Обычно-правовую природу «судейского права» следует отвергнуть уже на основании существенного различия в характере его возникновения. Обычное право образуется в результате продолжительного однообразного поведения людей в правовом обороте. «Судейское право» является скорее продуктом государственных органов, которые хотя и не призваны устанавливать общие нормы, но в рамках выполнения их задач по решению конкретных случаев все-таки создают готовые общие положения. Правда, в настоящее время наличие обычая, как правило, наиболее просто подтверждается соответствующей судебной практикой, которая признает сложившееся в обороте правило в качестве правового и тем самым подтверждает и содействует укреплению соответствующего правового убеждения в обороте. Однако для обычного права обязательным является само по себе фактическое соблюдение соответствующего правила в обороте. То обстоятельство, что многократно повторяемые положения судебной практики как таковые соблюдаются в правовом обороте, вовсе не достаточно для признания обычно-правового характера таких положений. В любом случае данные положения создаются судом, а не поведением в обороте самих его участников. Конечно, может быть, что первоначально положения «судейского права» в правовом обороте сами в некоторой мере были переняты практикой и правосознанием, что было совсем предано забвению происхождение «судейского права» как опорного или подтверждающего фактора. (Одним из хороших примеров представляет собой «обеспечительная» передача собственности (*«die Sicherungsübereignung»*) посредством условия о вступлении во владение через непосредственного владельца (*«das Besitzkonstitut»*) в немецком праве.) Следует признать все же наличие обычного права независимо от того, началось ли соблюдение его положений в обороте до возникновения соответствующей судебной практики, происходило параллельно с таковым или возникло сразу после ее возникновения.

В добавление к сказанному против мнения об обычно-правовой природе «судейского права» свидетельствует аргумент, полученный в результате заключения от противного (*argumentum ad absurdum*). В силу равнозначности законов и обычного права указанное мнение должно будет привести к тому,

что любая, даже очевидно ошибочная, судебная практика, однажды возникшая в результате ошибочного «применения закона», тотчас отменяла бы тот самый закон, которому в действительности она противоречит ввиду своей ошибочности. Подобная грубая ошибка судебной практики стала бы абсурдным образом неисправимой, если предположить, что судебная практика обладает той же обязательной силой, которой обладает обычное право. Но следует оговориться. Для действительной отмены закона посредством обычая («*desuetudo*»⁷) требуется довольно продолжительное неприменение определенных предписаний закона со стороны правового сообщества и государственных органов при полном убеждении их всех в правомерности такого неприменения.

Сказанное позволяет выявить существенное различие между обычным правом и «судейским правом». Первое возникает в правовом обороте автономно по отношению к действующему на конкретный момент правопорядку. Второе же, если предположить, что речь идет об очевидном отступлении судебной практики от положительного регулирования, является по меньшей мере продуктом судебской попытки обосновать решение на основе существующей обязательной правовой системы.

Встречается также сходная точка зрения, которая рассматривает «судейское право» как самостоятельный и равнозначный источник обязательного права. Однако и здесь применимо то же самое заключение от противного (*argumentum ad absurdum*), при котором допускается, что однажды возникшая позиция судебной практики обладает силой непосредственной отмены нормы закона. Такая судебная практика может оказаться в полном противоречии с судебной практикой, неуклонно следующей нормам положительного права. Судебная практика как таковая является попыткой применения норм закона, а потому подвержена риску грубых интерпретационных либо содержательных ошибок. Ошибочная судебная практика, как может показаться, признает сам приоритет обязательной для нее правовой системы посредством собственной попытки обоснования решения. Однако это ошибочный взгляд. Представление о том, что в результате ошибочного «применения закона» и как следствие отступления от его норм должно возникать равнозначное закону «судейское право», содержит явное логическое противоречие. Судебное решение признает приоритет закона, поскольку именно его и пытается применить, однако не достигает этой своей цели в результате недостатков обоснования и тем самым отменяет действие закона, который самым же судебным решением признан приоритетным. Следует признать, что логичные теории выглядят, конечно, иначе.

Решающим с юридической точки зрения моментом является при этом приоритет закона, «прерогатива законодателя». В этой несколько сокращенной,

⁷ *desuetudo* (лат.) – обычай неприменения закона по причине его устарелости и т.п. (Примеч. пер.)

но тем и удобной формулировке под законом подразумевается не простая сумма опубликованных и доступных для ознакомления законодательных текстов, а совокупная (*не включая обычное право*), обязательная для правосудия правовая система. То есть во внимание принимаются нормы закона в совокупности с лежащими в их основе целями и общими принципами права, включая также методологические правила. Это объясняется тем, что одних лишь текстов законов, как уже установлено, вследствие дистанции, существующей между нормами и конкретной проблемой, в целом совершенно недостаточно для применения права. Таким образом, «приоритет закона» означает приоритет целостной, обязательной для правосудия правовой системы, включая также основанные на ней корректные методологические результаты.

Совершенно очевидным является то, что такой приоритет был бы нарушен, если бы любое положение «судейского права» имело равнозначную закону силу и в качестве более поздней «нормы» всегда отменяло бы ту норму закона, которой оно противоречит. Поэтому § 12 ABGB⁸ верно отрицает равенство силы судебного решения и силы закона, а также исключает возможность распространения конкретных судебных решений на другие случаи. Согласно буквальному тексту этого параграфа речь идет, правда, о решениях по конкретным делам как таковым и тем самым обозначаются лишь субъективные пределы обязательной юридической силы судебного решения. Однако, пожалуй, здесь подразумеваются и общие положения «судейского права», сформулированные в решениях по конкретным делам. Впрочем, стоит заметить, что такие положения четко лишаются только равнозначной закону юридической силы, но ни в коем случае не всякого вообще нормативного значения.

Сегодня некоторые авторы обосновывают приоритет закона перед положениями «судейского права», прилагая огромные усилия при утверждении их соответствующих позитивистских позиций. Эти старания, учитывая эйфорию, вызванную «судейским правом», и соответственно этому практикуемоевольное «судейское восполнение норм права», являются понятными и справедливыми в качестве дисциплинарных мер, но все же особой необходимости в них нет. При доказывании приоритета закона отнюдь не обязательно обращаться к толкованию определенных принципов, которые найдены и признаны пригодными для аргументации посредством «вчитывания» в тексты положительных норм конституции. Речь сразу должна идти об общем структурном элементе целой правовой культуры (*по меньшей мере в рамках континен-*

⁸ § 12. Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richter[stühle]n in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden (§ 12. Выносимые по конкретным делам решения и высказанные судьями мнения по отдельным правовым вопросам ни в коем случае не имеют силу закона, они не могут быть распространены на другие спорные случаи либо в отношении других лиц).

тальной Европы). (Удивительно, но в последнее время этот структурный элемент как раз на «европейском правовом» уровне подвергается опасности ввиду юридического едва ли не всемогущества Европейского суда (EuGH).) Данный структурный элемент основан на принципе разделения властей. С одной стороны, обособлены функции тех государственных органов, которые созданы в целях установления права. С другой стороны, принципиально обособлены функции государственных органов, призванных применять право при вынесении решений по конкретным делам. Данное разделение функций и задач государственных органов принципиально не зависит от того обстоятельства, что по большому счету возникновение (восполняющего) «судейского права» все-таки неизбежно. Однако основание такого разделения сохраняет свое значение именно в силу приоритета закона. Следовательно, бессмысленным и излишним стало бы создание различных органов с целью общего установления права, с одной стороны, и с целью вынесения решений по конкретным делам, с другой стороны, если последние не были бы юридически связаны приоритетом закона. Вместе с этим по существу бессмысленными были бы также политические дискуссии и демократические выборы большинства в законодательных органах, если бы все их результаты имели для правосудия лишь рекомендательный характер.

Описанная структурная особенность и ее следствия зависят даже не от наличия писаной конституции или ее демократического характера, а исключительно от упомянутого разделения функций. Даже при абсолютной монархии во время издания ABGB существовала связанность правосудия законом, следовательно, не ставился под сомнение приоритет закона. Основной редактор ABGB, Zeiller, с особым акцентом подчеркивал этот приоритет. (Другой прямо не интересующий нас здесь вопрос, конечно, заключался в том, в какой мере «государь» мог принимать на себя полномочия по решению конкретных дел или создавать для этого инстанции *ad hoc*. Как следствие абсолютизма эта возможность соответствовала положительному праву. Zeiller отстаивал в этом вопросе обязательную, разумеется, и для монарха силу неформально-этического в естественно-правовом смысле принципа независимости судей.)

После неизбежного отклонения двух радикальных мнений относительно юридической природы «судейского права» («ничто» в юридическом смысле, с одной стороны, и «всё» в смысле полноценного источника права, с другой стороны) остается, естественно, умеренная средняя позиция, т.е. учение об ограниченной, по моему мнению, точнее, о субсидиарной обязательной силе «судейского права», которая зависит от определенных условий (предпосылок). Возражения против этого взгляда, основанные на принципе демократии, который отражен в нынешних конституциях, являются явно бессодержательными. Данному принципу никоим образом не идут на пользу ситуации, при которых

каждый судья по своему усмотрению следует имеющейся судебной практике или пренебрегает ей либо вовсе обязан безусловно следовать каждому положению судебной практики.

Безотносительно к точным условиям (предпосылкам) и пределам обязательной силы «судейского права», которые еще предстоит выяснить, предыдущие рассуждения уже показывают, что верное распределение «судейского права» в нашей правовой системе в любом случае должно дать ответ на вопрос о его нормативном значении (*т.е. возможен не только общий социологический вывод о закономерном действии судебной практики*). При этом приоритет закона и впредь должен оставаться неприкосновенным.

3. Различные основания для ограничения обязательной силы «судейского права»

Учение об ограниченной обязательной силе положений судебной практики является относительно давним и особенно распространено в швейцарской литературе. Однако данное учение отнюдь не едино. Убедиться в этом можно уже на нескольких примерах.

Весьма разработанная применительно к «судейскому праву» теория «прецедентных норм» (*die Theorie der «Fallnorm»*) ограничивает узко понимаемую обязательность применения положений судебной практики областью судейского восполнения норм права и отвергает всякую обязательность судебной практики в области толкования закона. Однако исходя из представленного ранее основания разграничения толкования и восполнения норм права для подобной «локализации» действия «судейского права» не усматривается никакого удовлетворительного основания, поскольку осуществляемое судьями восполнение норм права также подчинено вполне проверяемым юридическим критериям, что ранее было убедительно показано. Конечно, тот, кто отрицает такой подход и понимает судейское восполнение норм права как отправление правосудия *contra legem*, может прийти к другому мнению. При этом все же следует не согласиться с уже неверной посылкой, отклоняющейся от приоритета закона. Разумеется, справедливо то, что, как правило, риск нарушения приоритета закона здесь тем меньше, чем менее определенными являются законодательное регулирование и его нормативные основы. Однако это все-таки не обосновывает решительную разницу в отношении легитимности восполнения норм права.

Другое мнение допускает значимость судебной практики только в том случае, когда «прецедентное» положение применяется в актуальном правовом споре неаргументированно. Однако при этом не учитывается, что вероятное ослабление прежнего положения судебной практики и вместе с тем потребность в его перепроверке не только могут стать явными на основании аргументов,

с помощью которых стороны в процессе обосновывают необходимость применения положений судебной практики, но могут также сами по себе прийти в голову выносящему решение судье.

Авторитетное учение придает существующим положениям «судейского права» силу презумпций, которые обязательны, пока и насколько не будут опровергнуты. Этот подход по своему практическому результату оказывается убедительным, но оставляет открытым вопрос о том, каким образом и на основании чего может либо должно происходить такое опровержение. Поскольку обычно говорят лишь о неких «хороших основаниях» для опровержения либо просто об «основаниях», то по-прежнему под вопросом остается практически все.

Сказанное справедливо также и в отношении тех представителей учения об ограниченной обязательной силе судебной практики, которые ориентируются лишь на возможность установления «подходящих оснований» для опровержения положений судебной практики, не говоря ничего конкретного, в частности, о роде и весомости этих оснований.

4. Учение о субсидиарной обязательной силе

Обобщая сказанное, следует признать очевидным, что удовлетворительное учение об обязательной силе «судейского права» должно нести для отправления правосудия мощное практическое значение, отвечающее, собственно, на нормативный вопрос об обязательной силе, при этом соблюдать приоритет закона и уже в силу этого в систематическом и практически удобном виде обозначить условия (предпосылки) как для обязательного применения положений судебной практики, так и для необходимого отступления от них.

Как видно из предыдущего изложения, этим требованиям наилучшим образом соответствует учение о субсидиарной силе «судейского права», предложенное автором настоящей работы. Это учение пользуется (*абстрагируясь пока от критики, подлежащей далее обсуждению*) значительным одобрением и подвергается, в частности, сопоставлению с позицией немецкого BGH⁹, которая отчетливо выражена им в отношении обязательной силы положений судебной практики.

Основными в этом учении являются следующие соображения. Фундаментальные правовые принципы справедливости и стабильности права требуют признания нормативной обязательности положений существующей судебной практики. Это означает необходимость учитывать то обстоятельство, что в отношении определенного члена правового сообщества, а именно участника определенного «прежнего» спора, государственными инстанциями (*судом либо*

⁹ BGH (Bundesgerichtshof) – Федеральный Верховный суд ФРГ.

органом административной юрисдикции) было вынесено правовое решение согласно существующим «прежним» положениям «судейского права». Это обстоятельство необходимым образом вызывает также соответствующие ожидания правового оборота в отношении конкретных случаев, которые возникают хронологически позднее и являются идентичными по установленным в судебном порядке их элементам. Поэтому любые «поворотные судебные решения» (*Scwenkentscheidungen*), кардинальным образом меняющие направление решения спора, не соответствуют основополагающему требованию равенства и сокращают возможность предвидения результата решений по конкретным делам, а вместе с тем нарушают центральное требование стабильности права.

Те, кому удобнее, могут в этом смысле сослаться и на конституционные принцип равенства перед законом и принцип правового государства, т.е. на конституционные принципы, являющиеся производными от упомянутых фундаментальных принципов права. Итак, в данном случае речь определенно идет не только о «нормах благоразумия». Правда, ссылка на эти принципы убедительна лишь в той части положительного права, которая иерархически подчинена нормам конституции. Однако не стоит здесь обсуждать вопрос о возможности и способе установления в рамках положительной конституции приоритета упомянутых принципов перед иными конституционными нормами, например перед принципом независимости судей в его наиболее широком понимании.

Ссылаться сразу на принцип справедливой соразмерности и принцип стабильности права означает не учитывать иные нюансы в позициях большинства представителей учения об ограниченной обязательной силе «судейского права». Разумеется, некоторые авторы опираются в своем мнении либо только на принцип справедливости, либо только на принцип стабильности права, не давая последнему достаточного объяснения. По сравнению с этим более убедительным в пользу обязательности положений судебной практики будет дополнительное указание на фундаментальный принцип целесообразности, который следует понимать здесь в смысле необходимости эффективного функционирования государственного правоохранительного аппарата. На деле безнадежным занятием стало бы предъявление к государственным органам слишком высоких требований к решению конкретных дел. Ввиду необходимости проведения тщательного индивидуального исследования по конкретному делу процессуальное разбирательство заметно подорожало бы, если бы в конкретном споре каждый правовой вопрос исследовался «с чистого листа». Поэтому в любом случае желательно все же доверять опыту имеющейся судебной практики, но обращаться к нему следует не просто как к социологическо-правовому «черному ящику», а объективно стремиться к поиску юридически верного решения. А для этой цели всегда требуются нормативные критерии.

Упомянутые фундаментальные принципы права естественным образом приводят к искомым ограничениям обязательной силы положений «судебной практики», направленным на обеспечение приоритета закона (*в широком смысле*). Принцип справедливой соразмерности (*и конституционно-правовой принцип равенства*) не предполагает механического равенства во всем. Запрещаются только произвольные, содержательно не обоснованные различия в решениях, принимаемых в отношении членов правового сообщества. О соблюдении этого принципа не может быть речи, например, в тех ситуациях, когда государственный орган исключительно на основе личных предпочтений или специфических групповых интересов, либо с намерением принять «оригинальное» решение, либо по причине незнания судебной практики, либо в результате юридических ошибок при решении представленного на его рассмотрение конкретного дела отступает от юридической максимы, согласно которой ранее в судебной практике неизменно разрешались аналогичные случаи.

Если же, напротив, изменение судебной практики служит исправлению некоей обнаруженной правовой ошибки, которая допущена в предыдущих судебных решениях, либо положение прежней судебной практики оказалось неверным в измененном актуальном контексте, то поворот нового решения в сторону отхода от сложившейся практики является рекомендованным способом предотвращения произвольного или содержательно не обоснованного решения проблемы. Более того, принятие нового, «поворотного» решения рекомендуется в силу приоритета закона в качестве определенного источника знания о праве, приобретающего характер первичного ориентира для поведения правового сообщества. «Поворот» решения рекомендуется также в силу принципа соразмерного равенства, поскольку неравное следует оценивать соответственно выявленному неравенству. Сходные случаи являются в той мере неравными, в какой это выяснилось после обнаружения ошибки в предыдущем применении права или после соответствующих изменений в контексте случая.

Приоритет закона следует соблюдать также в аспекте стабильности права. Положительное установление права (*и потому также неизбежно связанный с этим методологический поиск правового решения*) имеет в качестве основной цели предложить ясные ориентиры для поведения людей в правовом сообществе. В той мере, в какой эта цель может быть достигнута (*не потерпев, к примеру, методологическую неудачу по причине непреодолимой дистанции между законом и конкретным случаем либо по причине недостатков самого закона*), принцип стабильности права и требует соблюдения приоритета закона при отправлении правосудия, в том числе, например, путем отхода от сложившейся противоположной судебной практики.

Принцип целесообразности применительно к деятельности государственных правоохранительных органов также устанавливает определенные ограни-

чения на основании того, что при безоглядном и не подвергающемся проверке следовании сложившейся судебной практике эффективность законодательных органов, наоборот, была бы чрезвычайно снижена.

Следствием всего этого является следующее соображение. Обязательная сила положений «судейского права» определяется тем, что они не могут быть в конкретном случае признаны неправильными на основе обязательного для правосудия положительного права (*например, по каким-либо «хорошим основаниям»*). Предельные возможности юриспруденции, особенно в случае направленности методологически релевантных аргументов к противоположным решениям, вынуждают понимать правильность в узком смысле. Опровержение считается удавшимся уже в том случае, когда новое правовое решение проблемы, отступающее от прежних положений судебной практики, может быть четко аргументировано на основе действующей положительной правовой системы. Вместе с тем следует помнить о рассмотренных ранее правилах толкования и восполнения норм права, включая методологические критерии приоритета и необходимое в каждом случае серьезное «взвешивание» (оценку) противоположных аргументов. Среди таких аргументов более сильными признаются те, что приводят к меньшим по количеству и прежде всего к меньшим систематическим противоречиям с основополагающими нормами действующей правовой системы.

Разумеется, для оценки правильности решения существенное значение имеют фактические обстоятельства конкретного случая и состояние права на тот момент времени, в котором они оцениваются. Поэтому судебная практика подлежит перепроверке не только с целью выяснения ее возможной изначальной неправильности в момент возникновения, но и выяснения того, не стала ли эта практика неправильной (неактуальной) ввиду соответствующих изменений в состоянии права и фактическом составе конкретного случая (*либо нашего знания о существенных факторах*).

Речь идет при этом не только об очевидных изменениях законов, которые подлежат непосредственному применению. Само собой разумеется, что положение судебной практики может устареть в результате изменения закона. Здесь имеется в виду «обратное методологическое действие» нового закона в отношении правил (*систематической*) интерпретации или восполнения норм старого закона, результаты толкования или восполнения которых и содержатся в прежней судебной практике. В качестве примера можно привести эффект от введения в действие в Австрии ЕМРК¹⁰ с ее предписаниями о нематериальном вреде, что вызвало систематическую неустойчивость при толковании соответс-

¹⁰ ЕМРК (Europäische Menschenrechtskonvention) – Конвенция о защите прав человека и основных свобод ЕТS N 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.).

твующих норм ABGB и тем самым (*окончательно*) отвергло ту сложившуюся в Австрии судебную практику по делам о незаконном лишении свободы, которая отличалась от нового принятого толкования. И еще один пример. В рамках со-державшейся в § 879 ABGB¹¹ общей оговорки о «добрых нравах» (*«gute Sitten»*) в законе о защите прав потребителей возникла новая норма, в соответствии с которой абсолютно недопустимым признается заключение соглашения об освобождении от ответственности за вред, причиненный личности. Данная норма систематически выработана как конкретизирующий фактор нормы § 879 ABGB с тем же самым результатом. Вместе с этим были отвергнуты прежние положения судебной практики по поводу «добрых нравов», ориентированные на критерий грубой или особо грубой вины. В той мере, в какой общие оговорки отсылают к общим представлениям и сложившимся правилам оборота, изменение таких представлений и правил также приобретает существенное значение. Хорошим примером служит новая конкретизация уголовно-правового признака «безнравственный» путем изменения судебной практики.

Кроме того, изменение таких общих фактов в области применения норм или нашего знания о них, которые при получении предыдущих правовых решений выступали в качестве верных посылок, теперь вследствие изменения посылок тоже может приводить к иным юридическим выводам, а заодно и к отступлению от изначально правильно обоснованных положений прежней судебной практики. (*Общая же ссылка на изменившиеся отношения может, напротив, лишь запутать ход рассуждения.*)

Стоит вспомнить простой приведенный ранее пример с асбестом. Или еще один пример. Раньше банки практиковали задержки (*не уплачивая при этом проценты*) при установлении даты зачисления средств на счет клиента. Первоначально судами это не расценивалось как неправомерное по смыслу закона причинение убытков клиентам, поскольку организация точного установления даты зачисления средств на счет стала бы весьма затратным мероприятием, а вместе с тем соответствующая операция значительно подорожала бы и для самих клиентов. Но данная судебная практика была справедливо признана более не актуальной, с тех пор как все банки были оснащены компьютерами, а значит, установление даты зачисления средств на счет с точностью до дня стало возможным без особых затрат.

Таким образом, основной руководящий принцип для определения обязательной силы «судейского права» должен звучать следующим образом. Положений судебной практики с учетом упомянутых фундаментальных принципов права следует придерживаться, если и поскольку они не могут быть

¹¹ § 879. (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig (§ 879.

(1) Договор, который нарушает установленный законом запрет или противоречит добрым нравам, является ничтожным).

опровергнуты путем выдвижения нового решения, имеющего четкое и более удачное (*по крайней мере в актуальном контексте*) обоснование. Таким образом, положение судебной практики следует применять, если при перепроверке оно не только оказывается правильным в смысле наилучшего обоснования (*что само собой разумеется*), но также (*и на этом следует сделать главный акцент*) если оно соответствует правовой системе, обязательной для правосудия и приоритетной перед судебной практикой, и пригодно для методологического применения. При наличии приблизительно равнозначных противоположных правовых аргументов, т.е. в области «методологического затруднения» (*«non liquet»*¹²), в решении вопроса о *субсидиарном* применении имеющихся положений «судейского права» определяющее значение имеют упомянутые фундаментальные принципы права. Вопрос о том, могут ли в таком случае на основе принципа справедливой соразмерности и принципа стабильности права получены конкретные результаты, вообще не должен возникать, поскольку такие результаты достигаются только вследствие применения положений «судейского права». Но прежде область для *субсидиарного* применения этих положений необходимо определить с помощью принципов справедливости и стабильности права.

Приоритет закона (*в широком смысле*) и вероятность соответствующих изменений в юридическом или юридически релевантном фактическом контексте всегда вынуждают осуществлять перепроверку существующего «судейского права» в том случае, если против укоренившейся практики решения новый вероятно релевантный аргумент возникает в ходе конкретного процесса или обнаруживается в научно-правовых исследованиях либо в самой судебной практике. Именно поэтому неоправданными являются надежды на комфортный поиск правового решения или положительный эффект при отправлении правосудия при использовании «заготовок» судебной практики. Тем не менее целесообразность обращения к судебной практике очевидна в целом ряде случаев, в которых правовая проблема решена настолько основательно, что до сих пор не нашлось ни единого релевантного контраргумента для данного решения.

Требование проводить новую перепроверку правовой проблемы при появлении хотя бы одного вероятно релевантного методологического контраргумента показывает неосновательность возражений, согласно которым отстаиваемая нами точка зрения имеет «антидинамическую тенденцию» или должна приводить к «окаменению» однажды достигнутого состояния судебной практики. Причиной появления подобных возражений может стать только невнимательное чтение. Защищаемое здесь мнение фактически направлено только на недопущение произвольного применения права и обеспечение стабильнос-

¹² *non liquet* (лат.) – не выяснено; неубедительно; не доказано. (Примеч. пер.)

ти права. Некорректным в качестве возражения является также утверждение, что на деле не так просто установить приблизительно равнозначную допустимость нескольких различных решений. Это верно. Но ведь обратное никогда и не утверждалось. Скорее, напротив, при перепроверке «судейского права» для этой цели следует задействовать в комплексе все ранее рассмотренные методологические средства, включая и самые сложные из них при необходимости. Но в конечном счете от юристов, проводящих перепроверку, требуется отнюдь не больше, чем при первоначальной обработке правовой проблемы. Между тем в случае установления такого конфликта юридически релевантных противоположных аргументов, который близок к «патовому» и может быть разрешен только с помощью «судейского усмотрения», в ходе перепроверки имеющихся положений «судейского права» может быть найдено ясное решение, а именно на основе фундаментальных принципов права может быть определена возможность следовать сложившейся судебной практике.

Представления, согласно которым положения судебной практики могут обладать обязательной силой, но не равнозначной силе закона, хорошо согласуются со смыслом развиваемого здесь мнения, поскольку субсидиарная (*а также любая ограниченная*) обязательная сила судебной практики, разумеется, не признается равной силе закона, а, напротив, отчетливо отрицается.

При внимательном рассмотрении несостоятельным является также мнение, что «прецедентное» положение судебной практики должно иметь значение только для полностью идентичного случая и быть «насыщено исчерпывающей аргументацией», т.е. к каждому частному правовому вопросу разрешаемого случая в содержании «прецедентного» судебного решения должен отыскиваться подходящий аргумент.

Во-первых, этот подход не оправдан, поскольку «прецедентное» положение, очевидно, может быть найдено и для части разрешаемого спора. Поэтому совершенно достаточным является то, что соответствующее положение «судейского права» применимо к конкретному частному элементу случая, хотя последний может иметь в остальном и другие элементы фактического состава, не встречающиеся в «прецедентном» случае. Например, те уточнения норм закона о заблуждении (ошибке) в сделке, которые развиты судебной практикой применительно к одному виду ошибочного волеизъявления, могут быть распространены также в отношении другого вида ошибки в сделке, если окажутся сопоставимыми определенные элементы фактического состава. Примером здесь может послужить выработанное судебной практикой положение о том, что квалификация повода к заблуждению (ошибки) в смысле § 871 ABGB¹³ не за-

¹³ § 871. (1) (1) War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den

висит от вины. Во-вторых, согласно вышеизложенным соображениям по поводу ограниченной обязательной силы «судейского права» аргументация судебной практики является второстепенной по отношению к самим положениям «судейского права». Только само положение судебной практики, а не его (*пусть даже в любом отношении слабое*) обоснование имеет значение для принципа соразмерного равенства. Если перепроверка покажет, что положение судебной практики, несмотря на ее слабое обоснование, может быть оправдано с помощью совершенно другого обоснования, то исходя из принципа справедливой соразмерности все равно следует придерживаться данного положения судебной практики. Предметом ожиданий правового оборота является общее положение «судейского права» как таковое, а не его обоснование. Разумеется, если обоснование является особенно слабым, то положение судебной практики будет вызывать (*по крайней мере у специалистов*) только меньшее к нему доверие. Но даже этого в связке с обязательно применимым здесь принципом справедливой соразмерности все же достаточно для признания обязательной силы положения судебной практики. В этом отношении обнаруживается ценное «двойное обоснование» ограниченной обязательной силы, т.е. если выявляется слабость обоснования самого положения, то принцип справедливости все еще может сыграть решающую роль в вопросе об обязательности положения.

В отличие от всех только что рассмотренных мнений только одна точка зрения имеет в методологической литературе особый вес и именно она отдает предпочтение развиваемому здесь учению о «судейском праве». В рамках этой точки зрения для оценки удовлетворительности учения предъявляются следующие требования. Учение должно учитывать принятое на практике применение решений высших судебных органов и создать теоретический фундамент для объяснения ограниченной нормативной силы этих решений. Учение должно избегать опасности вынесения «ошибочных натуралистических суждений» от сущего к должному, но равным образом не должно ставить под сомнение обяза-

anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde. (2) Ein Irrtum eines Teiles über einen Umstand, über den ihn der andere nach geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, gilt immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages und nicht bloß als solcher über den Bewegungsgrund oder den Endzweck (§ 90). (§ 871. (1) Если одна из сторон находилась в заблуждении (ошибалась) относительно содержания совершенного ею либо направленного другой стороне волеизъявления, которое касается сущности или существенного свойства того, на что главным образом было направлено и в отношении чего выражено намерение, то такое волеизъявление не имеет силы в том случае, если данное заблуждение (ошибка) было вызвано действиями другой стороны или в силу обстановки предмет заблуждения (ошибки) должен был быть известен этой другой стороне и она была обязана своевременно сообщить об этом. (2) Заблуждение (ошибка) одной из сторон в отношении обстоятельства, о котором ей обязана была сообщить другая сторона согласно действующим правовым предписаниям, всегда признается заблуждением (ошибкой) относительно содержания договора, а не только заблуждением (ошибкой) относительно повода к заключению договора либо его конечной цели (§ 901)).

тельность для судей закона и положительного права в целом. Учение должно содержать также элегантное объяснение того факта, что действующее право, несмотря на сохраняющиеся формулировки закона, постоянно изменяется в ходе его применения. Наконец, учение должно адекватно понимать судебскую конкретизацию общих оговорок и неопределенных правовых понятий.

Все изложенное, по всей видимости, свидетельствует о том, что учение о субсидиарной обязательной силе «судейского права» является систематически и содержательно верным распределением феномена «судейского права» в рамках принципиально кодифицированного права континентальной Европы.

5. Практические последствия

Основную область применения «судейского права», в том числе в рамках кодифицированной правовой системы, образуют общие оговорки и неопределенные правовые понятия, содержащиеся в положительном праве, вкупе с их дифференцированным и нередко также неясным или противоречивым конкретизирующим материалом. Необходимая степень стабильности права и соблюдение справедливой соразмерности в применении права вообще обеспечивают здесь, как правило, только при внимательном изучении и учете сложившейся судебной практики. Следует вспомнить, например, оговорку о «добрых нравах» (*«gute Sitten»*) в общем гражданском законодательстве и законодательстве о конкуренции, критерий «соразмерности» денежного возмещения за причиненный нематериальный вред и т.д. По этой причине здесь ограничена также возможность отступления от положений «судейского права», следовательно, его обязательная сила в практическом отношении повышена. Однако, само собой разумеется, вполне возможно возникновение таких актуальных оснований для изменения предыдущей судебной практики по определенному вопросу, которые обусловлены отчетливыми изменениями в нормативном конкретизирующем материале либо в юридически релевантных фактах, служащих посылками для получения вывода из норм. Именно это объясняет многочисленные, достаточно обоснованные изменения судебной практики в данной области. В качестве примеров можно назвать относительно недавнее акцентирование судебной практикой внимания на требовании добросовестной конкуренции (*по сравнению с прежним сильным подчеркиванием уровня морали*), а также включение интересов потребителей в судебную практику по вопросам добросовестной конкуренции.

Выработанные критерии для применения «судейского права» применимы без особых затруднений также и к случаям, достаточно четко урегулированным по составу имеющих нормативное значение фактических признаков. Об этом также свидетельствуют примеры обоснованных изменений судебной

практики. В Австрии среди таких примеров можно отметить отказ от многолетней судебной практики фингированного обоснования не внесенного в поземельную книгу права собственности (*«ausserbücherlich Eigentum»*) как возникшего в результате сделки по простой передаче (традиции) недвижимости; пересмотр старой судебной практики по делам о последствиях переработки вещи, поставляемой под условием сохранения за продавцом права собственности (*der Eigentumsvorbehalt*); отказ от той позиции, что течение срока исковой давности по требованиям о возмещении вреда начинается уже до возникновения вреда; распространение «петиторного иска арендатора против третьих лиц» также на негаторные требования; окончательное признание обязанности работодателя по сохранению заработной платы работнику в случае его болезни. Поскольку все эти изменения судебной практики обоснованы со ссылкой на защищаемое здесь учение, то это с очевидностью подтверждает несостоятельность утверждений об «антидинамической тенденции» данного учения.

Среди австрийских примеров известны и такие, когда в результате перепроверки судебной практики в смысле ее обоснованности в современном контексте все прежние положения судебной практики сохранены в силе. Такими примерами являются оспаривание договора по основанию недостатков воли в обязательном судебном порядке (а не по соглашению) и абсолютное действие запрета цессии (*правда, здесь повторная перепроверка не мешает*). Несколько отдаленным примером служит оставление ответственности судебных экспертов в рамках общего регулирования возмещения вреда, несмотря на некоторые мнения о необходимости применения служебной ответственности (материальной ответственности должностных лиц).

6. Некоторые детали

Могут быть также рассмотрены еще некоторые особенно важные детали применения «судейского права». Такие положения обычно никогда не выражаются в судебной практике в подобном формулировкам закона виде. Эти положения проявляются в ходе обоснования решения по конкретному делу зачастую в виде описательных суждений, например, о рекомендуемом толковании нормы, о ее цели и т.д. Точное значение и нормативный характер этих положений следует нередко устанавливать путем анализа фактического состава и юридической аргументации в конкретном правовом споре. Этот процесс подобен здесь историческому и систематическому толкованию законов. Разумеется, важные сведения может предоставить также изучение исторического развития соответствующей судебной практики. Нередко необходимым оказывается применение по аналогии некоторого положения «судейского права» в отношении аналогичного фактического состава, не имеющего очевидных юридически реле-

вантных различий («*аргументирование от случая к случаю*»). Примером может служить распространение вытекающих из договора обязанностей по защите прав и проявлению добросовестности на третьих лиц, которые определяются как лица, «имеющие близкое отношение» к договору.

По примеру правопорядков прецедентного права (*case law*) среди нормативных положений судебной практики следует различать основание решения («*ratio decidendi*») и мнение суда, необходимое для обоснования судебного решения («*obiter dictum*»). К основанию решения относятся установленные в судебном процессе факты и их квалификация, необходимые для обоснования результата решения. К мнению же суда следует относить все, что высказано сверх этого. Такие мнения, например, могут быть выражены в ходе сравнительно-правового анализа, в качестве предупреждения в отношении возможных будущих случаев, с целью пояснения результата решения, из научно-правовых соображений систематического единства либо по иным поводам. Двойное, альтернативное и условное обоснования решения образуют здесь, разумеется, пограничную зону.

Как правило, сами по себе *obiter dicta* рассматриваются как малозначимые, поскольку предполагается, что при вынесении решения им уделяется меньше внимания. По этой причине они признаются не заслуживающими внимания и в том случае, когда они противоречат *rationes decidendi* других «прецедентных» решений.

Другие противоречия среди положений судебной практики следует разрешать путем приоритета количественно однозначно преобладающих положений судебной практики, в частности игнорируя отдельные «выпадающие из общей цепи» решения. При необходимости коллизии также следует разрешать в пользу более поздних и, пожалуй, также более специальных положений судебной практики («*lex posterior* или соответственно «*lex specialis*»). Иногда оказывается возможным гармонизировать противоречащие «прецедентные» положения с помощью аналитического сведения их только к определенным фактическим составам, формируя таким образом их узкое понимание. Неустранимые коллизии между позициями судебной практики, естественно, исключают обязательность применения соответствующих противоречащих друг другу положений.

Дискуссионным является вопрос о том, можно ли на основе производного характера *obiter dicta* отрицать вообще его значение как положения «судейского права». Проблема состоит в том, что здесь принципа «двойного обоснования» как такового недостаточно для объяснения ограниченной обязательной силы судебского мнения. Одно только мнение суда (*dictum*) не вызывает предположений и ожиданий оборота, что впредь решения в отношении участников аналогичного спора должны приниматься в соответствии именно с этим мнением. Следовательно, здесь нет прямых оснований для применения принципа соразмерного равенства в целях обосновать юридическую силу мнения суда. Однако,

с другой стороны, оглашенное мнение суда высшей инстанции (*даже несущественное для самого решения*) может получить широкую публичность и потому стать напрямую связанным с принципом стабильности права. К этому необходимо еще добавить, что силу мнения суда возможно обосновать с помощью принципа соразмерного равенства уже спустя некоторое время, в течение которого нижестоящие суды вынесли ряд решений в смысле такого мнения либо практикующие юристы влияли на поведение клиентов в судебном процессе, руководствуясь таким мнением суда со ссылкой на соответствующие перспективы процесса. Таким образом, правовое решение проблемы в смысле указанного мнения суда в описанной ситуации затрагивает все же довольно широкий круг людей.

В связи с этим, по моему мнению, если в наличии имеется лишь одно судебное мнение (*obiter dictum*) и оно как минимум оказывается обоснованным, то за этим мнением также следует признать субсидиарную обязательную силу. Конечно, было бы логичным предъявлять для опровержения такого мнения более простые требования, например признать достаточным просто лучшее обоснование противоположного мнения без особой квалификации критериев такого обоснования.

Спорным является также вопрос о том, могут ли при отсутствии практики судов высших инстанций приобретать субсидиарную обязательную силу опубликованные положения судебной практики нижестоящих судов. По моему мнению, в соответствии с принципами справедливой соразмерности и стабильности права, следует утвердительно ответить на этот вопрос, не нарушая при этом особенное положение и особые функции суда высшей инстанции. В отношении судов высших инстанций равным образом действуют фундаментальные принципы права. Если в их практике будет убедительно доказано, что в актуальном контексте может быть предложено более сильное обоснование для решения, противоположного тому, которое вынесено нижестоящим судом, то соответствующее положение судебной практики нижестоящего суда и без того уже теряет всякую силу.

В случае противоречия между судебной практикой высших судов и судебной практикой нижестоящих судов первым отдается приоритет, даже если обе позиции равным образом обоснованы согласно действующему положительному праву. В противном случае недостаточно соблюдались бы принцип справедливого равенства и принцип стабильности права, поскольку, как правило, сфера деятельности нижестоящих (инстанционных) судов пространственно оказывается меньшей. К этому следует еще добавить основание целесообразности в деятельности судебной системы, ведь в результате движения конкретного дела по инстанциям последнее и решающее слово остается за судом высшей инстанции. Правда, это справедливо, если не имеется никаких процессуальных ограничений для обращения по конкретному спору в суд высшей инстанции. Впрочем,

эти ограничения представляют собой иррелевантную с точки зрения материального права случайность.

7. Изменение судебной практики как изолированная проблема

«Затруднение», которое испытывает учение о юридическом методе перед «судейским правом», особенно остро проявляется в том, что в настоящее время в рамках широкой дискуссии, развернутой в континентальной Европе, предпринимаются попытки трактовать изменение судебной практики как изолированную проблему, без оценки принципиального вопроса об обязательной силе «судейского права». Однако такие попытки обречены на неудачу, поскольку только принципиальная позиция в вопросе об обязательной силе дает возможность убедительного юридического объяснения изменений судебной практики. Если полагать, что положения судебной практики представляют собой юридическое «ничто», то же самое должно быть справедливым и для изменения судебной практики, поэтому вследствие этой позиции возможными признаются любые изменения без каких-либо препятствий. Если считать судебную практику подлинным и потому обязательным источником права, то следствием должно быть признание неизменяемости судебной практики, либо если мыслить не столь категорично, то возможность изменения судебной практики по меньшей мере должна ограничиться лишь немногими и детально описанными исключительными ситуациями. Если встать на позицию, согласно которой положения судебной практики обладают ограниченной обязательной силой, то, разумеется, необходимо точно определить границы этой силы, а также описать случаи, при которых возможны и рекомендованы изменения судебной практики. Внушающим опасения подтверждением утраты последовательного и систематического правового рассуждения является то, что сегодня, к сожалению, широко распространена псевдопрагматическая манера рассматривать изменение судебной практики как изолированную проблему и пытаться решить ее исходя из любых произвольных отправных пунктов. Мнимая прагматика при таком бессистемном изолированном основании дискуссии очевидно проявляется в том, что соответствующие ныне модные «теории подрыва времени» (*серьезнее: «теории запрета обратной силы»*) для решения проблемы изменения судебной практики предлагают многочисленные и несовместимые друг с другом варианты. Учитывая отсутствие систематического основания теорий, иначе и быть не может.

Приведенными критическими замечаниями вовсе не отрицается то, что при изменении судебной практики может возникнуть подлинная материально-правовая проблема. Однако ее решение не может заключаться в произвольном конструировании «запретов обратной силы». Иногда полностью удовлетворительное решение оказывается вообще невозможным, так что речь должна идти о выборе наименьшего зла.

Два примера особенно острых ситуаций из австрийской и немецкой судебной практики могут служить наглядным тому объяснением. Гарантия как обеспечительное средство урегулирована в австрийском праве не вполне детально. Ввиду этого отсутствует и предостерегающее предписание о форме сделки, в то время как для (коммерческого) поручительства необходима письменная форма сделки. Судебная практика длительное время придерживалась мнения о достаточности свободной формы для действительности волеизъявления по гарантии. Однако недавно под влиянием научной критики было признано, что защитные цели предписанной формы для поручительства полностью оправданы и при обеспечительных гарантиях. Потому отныне судебная практика по аналогии с формой поручительства на основании § 7 ABGB¹⁴ признает гарантию в устной форме недействительной.

В Германии договор на выполнение архитектурных работ (*der Architektenvertrag*) многие десятилетия квалифицировался как смешанный договор. Поэтому требования архитекторов попадали только под общий срок исковой давности 30 лет. Согласно новой квалификации договора на выполнение архитектурных работ как договора подряда стало применимым специальное правило о сокращенном сроке исковой давности (*2 года*).

Оба примера представляют особое затруднение для защищаемой здесь позиции, отрицающей запрет обратной силы. В отличие от многих других эти случаи затрагивают, без сомнения, подлинную проблему защиты доверия. Тот, кто действительно полагался на позицию прежней судебной практики, теперь при ее изменении внезапно оказывается без действительной стабильности своего права по гарантии или соответственно неожиданно быстро утрачивает право требования в силу сокращения срока исковой давности.

Именно в аспекте защиты доверия и вместе с тем в аспекте стабильности права по примеру США (*где мнения, разумеется, разнились и по-прежнему разнятся в зависимости от конкретного штата и в разное время*) в Германии, в Швейцарии и в конце концов также в Австрии возникла дискуссия. Ее предметом стал вопрос о возможности, необходимости и способе защиты доверия заинтересованных субъектов права к сложившимся положениям судебной практики, получившим обоснование в результате толкования закона

¹⁴ § 7. Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden (§ 7. Если правовой случай не может быть разрешен ни на основании текста, ни на основании естественного смысла закона, то необходимо обратиться к сходным, уже определенным образом решенным в законе случаям, а также к основаниям иных, родственных законов. Если правовой случай продолжает вызывать сомнения, то он должен разрешаться с учетом тщательно собранных и основательно продуманных обстоятельств согласно естественным принципам права).

или восполнения норм права. Возможно, эта дискуссия уже распространилась также и на другие страны. Если нет, то вскоре следует ожидать этого.

Всего лишь несколько лет назад в кодифицированных правовых системах континентальной Европы, напротив, не было никакого сомнения в том, что суды обязаны принимать решения настолько юридически правильно и обоснованно, насколько возможно. Это означает прежде всего то, что они могут отказываться от их прежних позиций и должны принимать решения с измененным результатом, если юридическая перепроверка обнаруживает, что их прежняя правовая позиция основывалась на ошибках при интерпретации или восполнении норм права, либо в результате существенных фактических изменений в отношениях или методологически релевантных изменений в правовом контексте прежняя позиция стала неверной (неактуальной).

Строгость изложенного соображения размывается сейчас многими, вдохновленными опытом заокеанских дискуссий порой в очень убедительной форме. Так, выдвигается необходимость признания «запрета обратной силы». В наиболее последовательных вариантах соответствующих теорий предлагается следующее: если суд признает необходимость изменения своей прежней правовой позиции, то о своей новой позиции по соответствующему правовому вопросу он должен для начала просто *объявить* в своем решении. Но фактически находящийся в этот момент на рассмотрении суда случай должен быть разрешен в соответствии с прежней правовой позицией, т.е. суд должен вынести ошибочное, согласно его же собственному убеждению, решение. Только новые случаи, фактические составы которых возникли уже *после* объявленного изменения судебной практики, должны разрешаться согласно новой правовой позиции суда. Этот подход именуется американским понятием «*prospective overruling*».

Отличие от запрета обратной силы закона (*впрочем, сам еще нуждающийся в обосновании и конкретизации*), на который охотно ссылаются соответствующие теории при обосновании запрета обратной силы изменений судебной практики, очевидно уже исходя из предыдущих замечаний. Основание этого отличия лежит в основной функции судов, которые призваны выносить решения по спорным случаям в строгом соответствии с действующей правовой системой. Законодатель же имеет более обширное поле для собственного усмотрения и создания норм, а потому даже если и принимает ошибочное решение, например устанавливает регулирование «с обратной силой», то в любом случае делает это неосознанно и его ошибка неконкретизирована. При отправлении правосудия также принимаются решения в некотором смысле с «обратной силой» (ретроспективно), однако только в отношении предшествовавших судебному процессу во времени конкретных фактических составов. Поэтому параллели между запретами обратной силы при изменении закона и при изменении судебной практики являются поверхностными и непригодными в качестве аргументации.

Кроме того, по меньшей мере еще один решающий аргумент противостоит теории запрета обратной силы. В ее последовательном виде она должна приводить практически к полной неоспоримости и тем самым к своеобразному «окостенению» любого однажды возникшего, в том числе очевидно ошибочного, положения судебной практики. При принятии последовательной теории запрета обратной силы в описанном смысле возникнет ситуация, при которой каждый, кто, доказывая в процессе свою позицию, убедительно показывает неправомерность сложившейся судебной практики, даже при благоприятном для него исходе вынужден будет считаться с тем, что суд теоретически с ним согласится, но примет решение согласно прежней правовой позиции судебной практики. Следовательно, несмотря на доказательство прежней практики ошибочной одной из сторон в процессе, победителем становится все же другая сторона со всеми вытекающими отсюда имущественными последствиями для проигравшего. Эта перспектива у любого человека должна отбить желание бороться со сложившейся судебной практикой, пусть даже и ошибочной. В свою очередь никто не станет заниматься и перепроверкой имеющейся судебной практики. А это юридически ни в каком отношении не оправдано.

Поэтому запрет обратной силы некоторыми представителями теории смягчается в том смысле, что в случае, если участник процесса *впервые* добивается изменения судебной практики (*«der Anlassfall»*), решение принимается все-таки в пользу такого участника в соответствии с выясненной, правильной правовой позицией. Во всех других старых случаях, напротив, решение должно приниматься исходя из прежней, согласно новому состоянию знания, неправомерной правовой позиции. В качестве модификации некоторые представители предлагают руководствоваться новой правовой позицией во всех *уже начатых при возникновении этой позиции процессах*. Однако в этих модификациях теории, которая все же некоторым образом поддерживает ошибочную или сомнительную судебную практику, имеется противоречие предлагаемого решения принципам справедливости и равенства. То, насколько быстро один из множества аналогичных конкретных случаев дойдет до высшей судебной инстанции или вообще будет представлен на рассмотрение суда, зависит от множества случайностей, но ни в коем случае не от различной степени важности защиты материальных интересов участников спора. Однако дифференцированный подход к решению проблем и защите прав соответствующих участников спора на основе одних лишь случайностей либо вовсе манипуляций, а значит, без содержательного обоснования, является произвольным и противоречащим принципу равенства.

Усовершенствованное направление теории запрета обратной силы, которое прекрасно осознает все эти проблемы, отказывается от единого решения и переносит эту задачу на сам суд. Если судья решил на изменение своей право-

вой позиции, то он должен самостоятельно установить *ad hoc* соответствующее переходное правило, т.е. указать, должен ли действовать и в какой мере в конкретном случае «запрет обратной силы». Руководства, которые выработаны для этих действий судьи в литературе, оказываются настолько неясными, что более или менее надежный прогноз результата подобного судебного усмотрения в конкретном случае невозможен. Это обстоятельство недвусмысленно признается даже некоторыми представителями данного варианта теории. В отсутствие каких-либо четких инструкций все ожидания будут ориентированы исключительно на свободное усмотрение судьи. Таким образом, в действительности уже *a priori* остается под вопросом, будет ли и в какой мере защищено доверие участников оборота к имеющейся судебной практике. Уже это соображение вновь практически полностью исключает желание оспаривать однажды укоренившиеся положения судебной практики ввиду несметных рисков такого мероприятия. Кроме того, указанный подход вступает в полное противоречие с основными положениями самой теории запрета обратной силы, а также с принципом стабильности права и принципом защиты доверия. Наоборот, можно не доверять сложившейся судебной практике, ведь все *a priori* остается непрочным и зыбким.

При столь неудовлетворительных основных положениях описанных теорий не следует удивляться, что почти все выводимые из них вопросы о практических последствиях также являются очень спорными. Я назову только важнейшие из них. Достаточно ли одной абстрактной возможности доверия к судебной практике? Или (*что сильно редуцировало бы практическое значение запрета обратной силы*) такое доверие должно наличествовать фактически, что в свою очередь предполагает конкретное знание существенного содержания прежней судебной практики?

После обозначения внутренних спорных вопросов теорий запрета обратной силы следует указать на лежащие в их основе противоречия, которые касаются всех вариантов этих теорий. Во-первых, следует указать на упомянутую выше основную функцию судов, которая состоит в разрешении споров настолько юридически правильно и обоснованно, насколько это возможно. С этим абсолютно несовместимо то, что, несмотря на обнаружение неправильности предыдущей правовой позиции, суд *в некоторых случаях* все равно будет придерживаться такой позиции. Ссылка на принцип защиты доверия не годится, ведь он относится все же к правопорядку в целом. Ничто не может оправдать то, что доверие *одного* участвующего лица к прежней судебной практике будет защищено напрямую в ущерб *другого* участвующего лица, которое за эту самую прежнюю судебную практику и вместе с тем за защиту доверия первого лица никоим образом не ответственно. Повод к доверию дает сама прежняя судебная практика, но не другое участвующее лицо. Все это никак не касается того, кто

защищает свою верную правовую позицию и тем самым идет вразрез с судебной практикой, и это не должно относиться на его счет.

Во-вторых, все теории запрета обратной силы пусть в различной мере, но нарушают приоритет методологически правильно истолкованного закона. Если отныне суд признает новое решение правового вопроса наиболее обоснованным и тем самым в этом смысле юридически правильным, то применение такого решения должно последовать без промедления, потому что в противном случае нарушается приоритет закона в новом, правильном его понимании перед прежней неправильной правовой позицией суда.

Третье возражение против всех теорий запрета обратной силы является, пожалуй, самым сильным и наглядным. Непостижимо, почему доверие одного участника спора к прежней судебной практике должно быть принято во внимание и защищено, но никакой защите не подлежит доверие другой стороны *к правильному (как выясняется), правовому положению* в отношениях сторон. По меньшей мере исходя именно из такого доверия эта другая сторона и вступила в процесс. Как правило, такая сторона также и в своем предшествующем поведении руководствовалась таким пониманием подлинного, правового положения, хотя и с неосознанным риском, вопреки тогдашней судебной практике. Следовательно, поведение этой стороны было рискованным, но имело все же правильный объект. Таким образом, «одноглазая» защита доверия к одной лишь судебной практике, но не к действительному правовому положению представляется абсолютно неоправданной.

После всего сказанного результат оказывается негативным – все варианты теорий запрета обратной силы следует отклонить. Согласно «старой» максиме суды обязаны принимать решения настолько юридически правильно и обоснованно, насколько это возможно. Такого же мнения, к счастью, также решительно придерживается австрийский OGH¹⁵.

Разумеется, ни в коем случае нельзя отрицать, что в ситуации изменения судебной практики могут возникнуть серьезные и тяжелые проблемы защиты доверия, как показывают оба приведенных вводных примера. Поэтому следует подчеркнуть, что малоуспешная дискуссия о запрете обратной силы помогла тем не менее осознать проблему, что уже является ценным знанием. Но во многих конкретных случаях выход из затруднительного положения при решении проблемы может быть найден полностью или отчасти в области материального права, т.е. без формально-принудительных и непредсказуемых по своим последствиям «запретов обратной силы».

При этом соответствующие материально-правовые институты и нормы следует понимать в соответствии с их содержанием и целями, а не приспособ-

¹⁵ OGH (Oberster Gerichtshof) – Верховный суд Австрии.

ливать, к примеру, в целях «одноглазой» защиты доверия. В качестве примеров «приспособления» следует назвать отрицание наличия вины в том случае, когда лицо, причинившее ущерб, ориентировалось в своем поведении на имеющуюся судебную практику, или восполнительное толкование договора, которое возлагает на одну из сторон неожиданное для нее дополнительное бремя.

Правда, в некоторых случаях, например в вводных примерах, нельзя избежать грубого результата. Но это является меньшим злом по сравнению с последовательной «одноглазой» защитой доверия. А как иначе можно найти всестороннее и в каждом случае *удовлетворительное* решение в проблемном случае, который изначально обусловлен *неудовлетворительной* ситуацией, выходящей за пределы конкретного спора, а именно выявленной ошибочностью прежней судебной практики?

В заключение заметим, что все сказанное имеет значение в полной мере только для обычной деятельности судов по вынесению решений, которая направлена на юридически правильное разрешение конкретных споров между равноправными участниками, т.е. совершенно четко в частном праве. Абстрактный контроль за нормами с помощью конституционных судов и абстрактное решение вопросов толкования посредством предварительных решений Европейского суда (*EuGH*) имеют свои особенности, которые в свою очередь являются предметом специального положительного регулирования. Но эта сфера уже не может быть рассмотрена в рамках данной работы.

Дополнительное примечание: Эта работа служит введением, или обобщением. Для этой цели едва ли требуются библиографические ссылки; некоторых читателей они бы могли даже отпугнуть. Однако краткая ссылка все-таки может быть дана на богатые литературные указания перед § 6, 7, 8, 10 и 12 ABGB в *Rummel-Kommentar* ³ (2002). В рамках темы изменения судебной практики следует отметить также предпринятую попытку составителей в *Juristischen Blättern* 2001 2001 S. 2 ff.

Перевод с немецкого Е.Ю. Самойлова,
аспиранта кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова