

Министерство науки и высшего образования Российской Федерации
Федеральное государственное автономное образовательное учреждение
высшего образования
«Южно-Уральский государственный университет (национальный исследовательский
университет)»
Юридический институт
Кафедра «Трудового, социального права и правопедения»

ДОПУСТИТЬ К ЗАЩИТЕ

Зав. кафедрой ТСПиП

к ю.н, доцент кафедры

_____ Г.Х. Шафикова

_____ 2019 г.

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА

ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ТРУДОВОГО ПРАВА В РОССИИ И
ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ
ЮУрГУ – 40.03.01. 2015. Ю-433

Научный руководитель
выпускной квалификационной
работы

Томашевский Кирилл Леонидович,
Профессор кафедры, д.ю.н., доцент
кафедры

_____ 2019 г.

Автор

выпускной квалификационной
работы

Кабетов Никита Александрович,

_____ 2019г.

Нормоконтролер

Филиппова Эльвира Маисовна,
доцент кафедры

_____ 2019 г.

Челябинск 2019

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	7
Глава 1 ИСТОЧНИКИ ТРУДОВОГО ПРАВА И СПЕЦИФИКА ПРЕЦЕДЕНТА.....	11
1.1 Понятие и виды источников права в России и за рубежом	11
1.2 Прецедент как источник трудового права.....	18
Глава 2 СОВРЕМЕННЫЕ ИСТОЧНИКИ ТРУДОВОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЗНАЧЕНИЕ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА ДЛЯ РОССИИ.....	30
2.1 Система источников трудового права в России.....	30
2.2 Судебная практика и ее значение для совершенствования трудового законодательства России	37
Глава 3 ЮРИДИЧЕСКИЙ ПРЕЦЕДЕНТ И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ В ЗАРУБЕЖНОМ ТРУДОВОМ ПРАВЕ.....	43
3.1 Применение судебного прецедента в англосаксонской системе права.....	43
3.2 Значение юридического прецедента в континентальной (романо- германской) правовой системе	51
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	56
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	61

ВВЕДЕНИЕ

Тема источников трудового права на сегодняшний день весьма актуальна. Происходит изменение всей законодательно-нормативной базы страны, принимаются новые законы, а, следовательно, изменяются и источники.

Для того, чтобы сформировать наиболее полное представление о том, что такое судебный прецедент, необходимо изучить понятие и виды источников права.

Категория «источники права» в науке обычно толкуется в двух взаимосвязанных аспектах. Во-первых, к ним относят объективные факторы, «порождающие» право, как социальное явление. В качестве таких факторов выступают материальные условия жизни общества, экономические, политические и социальные потребности господствующего класса и иных социальных групп. Иначе говоря, в данном случае речь идет об источнике права в материальном смысле слова. Во-вторых, понятие источника права связывают и с непосредственной деятельностью уполномоченных органов государства по формированию права, приданию ему формы законов, указов, постановлений и других нормативно-юридических документов. Здесь мы имеем дело с понятием источников права в формальном или юридическом смысле слова.

Актуальность данной работы состоит еще и в том, что в России, несмотря на отсутствие официального признания судебной практики в качестве источника права, по многим признакам некоторые решения Конституционного и Верховного судов, в том числе касающиеся трудовых и непосредственно связанных с ними отношений, имеют обязательный характер и обладают нормативностью. Это несоответствие фактического обстоятельства дел с теорией права порождает практические проблемы.

Многие исследователи настаивают на том, чтобы в России была признана роль судебной практики, но в связи с этим возникает вопрос, в

каком виде должен существовать прецедент в России? Радикально перестраивать систему под англо-саксонскую модель не представляется возможным, однако следует учесть многолетний опыт этих стран в применении прецедента. Помимо этого, следует изучить роль и статус правового прецедента в странах более близких к России по правовой системе, то есть опыт стран романо-германской правовой системы.

Специалисты в области юриспруденции все чаще сталкиваются с проблемами использования судебных решений в делах о защите конституционных прав граждан, прав человека и часто с использованием их как единственного источника и регулятора общественных отношений.

Основными задачами данной работы являются исследование сущности, места и роли судебного прецедента в Российской правовой системе, а также правовых системах зарубежных стран.

В последние годы в трудовом праве появилось множество работ, в которых предприняты попытки комплексного изучения как теоретических, так и практических вопросов, касающихся роли судебного прецедента в Российской правовой системе. Так, следует отметить исследования Н.С. Бондарь, В.М. Жуйкова, С.Л. Зивс, Р. Кросс, Э. Колоколова, Н. Мартынчик, Н.М. Марченко, В.И. Попова, Е.С. Филипповой, и многих других. Однако единство во мнениях по поводу места судебного прецедента в российском праве, так и не выработано, что создает необходимость дальнейшего исследования данной области правоотношений.

Целью данной выпускной квалификационной работы является углубление и закрепление знаний о прецеденте как об источнике трудового права в зарубежных странах с выработкой теоретических выводов по его внедрению в российскую правовую систему и предложений по совершенствованию законодательства Российской Федерации.

Для достижения указанной цели необходимо решить следующие задачи:

- исследовать сущность и виды источников права, а также специфику судебного прецедента;
- изучить влияние судебной практики на российскую правовую систему;
- исследовать применение судебного прецедента в правовых системах зарубежных стран;
- рассмотреть вопросы влияния решений судов на трудовое законодательство;

Объектом исследования являются трудовых и непосредственно связанные с ними отношения, а также некоторые процессуальные отношения, связанные с формированием судебной практики, выработкой судебных прецедентов в России и зарубежных странах.

Предметом исследования выступают нормы трудового права и гражданского процессуального права Российской Федерации и зарубежных стран, судебные постановления различных судебных органов, а также взгляды и концепции ученых в области общей теории права, конституционного, трудового и других отраслей права.

Методологическая основа исследования базируется на диалектических принципах познания и осознания общественных процессов и правовых явлений. В методическую основу исследования входит совокупность таких общенаучных методов, как анализ и синтез, описание и сравнение, а также частнонаучных методов (толкования правовых норм, сравнительно-правового, системно-структурного, формально-логического).

Теоретическую основу работы составили труды Р. Давида, Р. Кросса, В.И. Попова, С.Л. Зивса, Е.С. Филипповой, С.А. Авакяна, М.С. Сагандыкова, К.Л. Томашевского и других авторов.

Нормативной основой являются Трудовой кодекс Российской Федерации, Конституция Российской Федерации и иные правовые акты. Структура и объем работы обусловлены целями и методологией

исследования. Выпускная квалификационная работа состоит из введения, трёх глав, заключения и библиографического списка.

ГЛАВА 1 ИСТОЧНИКИ ТРУДОВОГО ПРАВА И СПЕЦИФИКА ПРЕЦЕДЕНТА

1.1 Понятие и виды источников права в России и за рубежом

Термин «источник права» был введен в научный оборот древнеримским мыслителем Титом Ливием, который называл Законы XII таблиц источником всего публичного и частного права (*fons omnis publici privatique juris*)¹

С. С. Алексеев пишет, что источники права – это «исходящие от государства или признаваемые им официально документальные способы выражения и закрепления норм права, придания им юридического, общеобязательного значения»²

Л.И. Спиридонов имеет свою позицию касательно источника права «Источник права - культура, которая в процессе селективной эволюции вбирает в себя социальный опыт и выражается в общеобязательных правилах поведения»³

В современной правовой науке понятие «источник права» рассматривается в двух аспектах: в широком - как причины и закономерности, обуславливающие возникновение и содержание права; и в узком - как способ закрепления и существования норм права в позитивных предписаниях, как внешняя форма выражения права, придающая ему характер официальных правовых норм.⁴

В правовой системе государства приоритетное значение имеет закон - нормативный акт, принятый в особом порядке высшим представительным органом законодательной власти либо непосредственным волеизъявлением

¹ Римское частное право: Учебник для вузов / под ред. В.Д. Дождева. М.: НОРМА, 2004. С. 704.

² Алексеев С. С. Право: азбука теория философия: Опыт комплексного исследования. М.: СТАТУТ, 1998. С.76.

³ Теория государства и права: Учебник. М.: ПРОСПЕКТ, 2000. С.138.

⁴ Нерсесянц, В.С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. М.: НОРМА, 1992. 286 С.

населения путем референдума и регулирующий наиболее важные и устойчивые общественные отношения. Наивысшей юридической силой среди всего массива законов обладает конституция, а также законы, вносящие изменения и дополнения в конституцию. Законы в свою очередь делятся на кодификационные и текущие. В федеративном государстве законы могут издаваться как федеральными органами законодательной власти, так и органами законодательной власти субъектов Федерации.

Уже долгие годы в теории трудового права существует спор о соотношениях таких понятий, как «источника права» и «формы права». Содержание определения права, как общеобязательное формально-определённое правило поведения, которое регулирует наиболее важные общественные отношения, выражающее меру свободы индивида в обществе, издаваемое государством и обеспеченное силой государственного принуждения, должно рассматриваться не только как государственно-волевое, но и как формально-юридическое. Оно должно иметь определённую форму существования и выражения. При этом следует осознавать, что для возникновения права нужна определённая сила, это государство в лице его компетентных органов, таким образом, государство проецирует право вовне, посредством принятия нормативно правовых актов, которые как и содержат в себе нормы права, так и являются официальной формой применения юридических норм. То есть такие формы являются официальным источником права, что делает понятия источник и форма права близкими по своему значению. Как отмечает А.Б. Венгеров «хотя их отождествление все же условно, но для удобства словоупотребления возможно»¹.

И, тем не менее, выбор между «источниками» и «формой» права может приобретать и вполне категориальное значение. Даже при акцентированной тождественности – «форма (источник) права» - понимание источников права

¹ Теория государства и права: Учебник / под ред. Венгеров А.Б. М.: Юриспруденция. 2000. С. 528.

может разворачиваться в различных смыслах, аспектах: материальном, идеологическом, формально-юридическом и др.¹

Но не все исследователи принимают данное отождествление понятий ещё в дореволюционные годы, как отмечает Марченко, известный правовед Г.Ф. Шершеневич отмечал, что термин «источник права» является многозначным, он выделял несколько пониманий².

Источник права – это силы, которые создают право. Источник права – это те материалы, которые легли в основу системы законодательства. Источники права – также являются своеобразными историческими памятниками, которые когда-то действовали как регулятор общественных отношений. Источники права – это средства познания и изучения самого права, так как, рассматривая нормативные правовые акты, рассматривается и само право.

Таким образом, Шершеневич установил, что термин «источник права» необходимо заменить другим – формой права, т.е. «различные виды права, отличающиеся по способу выражения норм».

Источники права определяют всю правовую систему и в зависимости от того, какие источники права признаются государством, можно судить о способах нормотворчества в конкретном государстве.

Некоторые исследователи так же полагают, что под источником в материальном смысле понимаются экономические, политические, социальные и иные условия жизни общества. Данный подход берет свое начало от марксистского определения соотношения права и экономических условий жизни общества как надстройки и базиса. Источник права в материальном смысле раскрывает причины возникновения права в целом. По мнению Е.И. Козловой и О.Е. Кутафина, «в материальном смысле под источником права понимаются те факторы, которые

¹ Комаров С. А. Форма(источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. 2000. №6. С. 3-5.

² Шершеневич, Г.Ф. Общая теория права М.:Башмаковыхъ, 1911. С. 368.

определяют...содержание права. К ним принято относить материальные условия жизни общества, свойственные ему экономические отношения»¹ Исследователи указывают, что под понятие «источники права» в идеологическом смысле подпадают юридические доктрины и учения.²

Источники права возникают, либо путем его издания уполномоченным государственным органом, либо путем санкционирования государством уже сложившихся и устоявшихся норм права.

Источники права в свою очередь можно подразделить на три основные категории:

- 1) Правовой обычай – санкционированный государством исторически сложившийся источник права. По сравнению с древностью правовой обычай уже не играет столь значимую роль в системе права, его постепенно заменяли нормами государственно-правового характера, однако до сих пор правовой обычай применяется в праве современных государств (ст.5 ГК РФ). Следует отметить, что именно государство придает правовому обычаю юридическую силу, путем санкционирования.

Государство обладает двумя способами санкционирования: первый происходит путем отсылки в законе к правовому обычаю, что автоматически придает норме государственно-правовой характер;

Второй способ санкционирования обычая происходит путем его использования, как нормативно правовой базы, при вынесении судом решения, например такая форма санкционирования характерна для английского общего права.

- 2) Судебный прецедент – судебное решение по определенному делу, которое в дальнейшем становится обязательным для судов при решении аналогичных дел. Своему появлению как источник права, судебный прецедент обязан принципу, согласно которому суд не может отказать в правосудии, если отсутствует соответствующий закон. Таким образом суд

¹ Конституционное право России: Учебник / под ред. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. М.: Юрист, 1999. С 585.

² Алексеев Н.Н. Основы философии права. М.: ЛАНЬ, 1998. С.454.

наделяется правотворческой функцией, а судебный прецедент в состоянии заменить нормативно правовой акт и устранить «пробел» в законе. Данный источник права получил свое распространение в англо-саксонской системе права, где судебный прецедент является официальным, закрепленным в законе источником права. В свою очередь в романо-германской системе права, судебный прецедент официальным источником не является, хотя судебная практика имеет значение для суда при решении дел.

3) Нормативно правовые акты – представляют собой принятые компетентными органами правовые акты, в которых содержатся нормы права. Для большинства государств НПА служат основой системы права. НПА образуют большую часть правовой базы, регулирующую общественные отношения. НПА обладают строгой иерархией, в соответствии с которой одни НПА по юридической силе стоят выше других НПА и приоритетным является применение именно вышестоящих норм.

4) Нормативный договор – источник права, представляющий собой соглашение сторон, содержащее нормы права. Ярким примером служат Международные договоры государств.

Нормативные правовые акты весьма разнообразны, их можно классифицировать по различным основаниям. В общей теории права источники принято подразделять на виды в зависимости от органов, их принимающих, а, следовательно, и от их юридической силы. В этой связи среди источников трудового права следует различать: международные акты; Конституцию РФ, ТК РФ; иные федеральные законы; указы Президента РФ; постановления Правительства РФ; акты федеральных органов исполнительной власти; конституции (уставы), законы и иные нормативно-правовые акты субъектов Федерации; акты органов местного самоуправления; локальные нормативные акты. Данная классификация имеет решающее значение в других отраслях права, однако при применении норм трудового права может быть использован акт, имеющий меньшую юридическую силу, но создающий для работников более благоприятные

условия труда по сравнению с вышестоящим по юридической силе законодательством.

Это основные виды источников права, однако некоторые исследователи выделяют так же религиозные тексты, доктринальные тексты, общие принципы права

В учебнике В.А. Сафонова и Е.Б. Хохлова источник трудового права рассматривается в двух аспектах: материальном и формальном.

В материальном смысле: источник права – это причины и условия, оказывающие влияние на формирование права и предопределяющие характер правового регулирования общественных отношений (т.е. как фактор правотворчества). В формальном смысле: внешнее выражение существования права. Исходя из этого, источниками трудового права понимают различные формы внешнего выражения его содержания¹.

Детальное, но не лишенное недостатков определение дает Орловский Ю.П.: «Это форма выражения объективизации государственной воли, которой придается нормативный характер»².

Более правильно было бы согласиться со следующим понятием: источник трудового права – это результат нормотворческой деятельности органов государства, а также совместного правотворчества работодателей и работников (их представителей) в сфере регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений.

Попов В.И. дает следующее определение источника трудового права – это результат нормотворческой деятельности государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц, общественных организаций в форме официальных актов, устанавливающих общеобязательные нормы, правила поведения субъектов трудового права,

¹ Трудовое право России: учебник / под ред. В.А. Сафонова, Е.Б. Хохлова. М.: Юрайт, 2008. С. 129.

² Трудовое право: учебник / под ред. Ю.П. Орловского. М.: Юрайт, 2014. С. 63.

которые санкционированы и обеспечены принудительной силой государства¹. Данное определение примечательно тем, что выделяет субъекты трудового права, на которые распространяется действие норм, содержащиеся в источниках права, а также гарантированность их соблюдения государством.

В действительности правовая система является крайне динамической структурой, которая очень быстро развивается и изменяется под воздействием многих взаимосвязанных факторов: внешних и внутренних, политических, экономических, социальных и культурных и так далее. С этим движением одновременно в движение приходит и система источников права, изменение которой также влияет и на изменение правовой системы государства, что ещё раз доказывает их взаимосвязь. Источники права образуют подсистему в правовой системе общества – систему источников права, так как в современных цивилизованных правовых системах не может существовать только лишь одного источника права, их несколько, и они взаимосвязаны. Это очевидно, так как взаимоисключающий и противоречивый характер создал бы ряд неурядиц условий, по которым можно было бы судить, что правовая система данного общества не работает.

Система источников права может включать в себя следующие элементы: нормативные правовые акты государственных органов и органов местного самоуправления, правовые договоры, прецеденты.

Источники трудового права могут быть классифицированы и по степени обобщенности на кодифицированные и некодифицированные. К числу кодифицированных относится ТК РФ, с его принятием начинается кодификация трудового права. Другие источники трудового права являются некодифицированными.

Помимо перечисленных источников трудового права не следует забывать, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются в соответствии с Конституцией РФ

¹ Попов В.И. Судебный прецедент как источник трудового права // Вестник Челябинского государственного университета. 2001. № 2. С. 90-96.

составной частью правовой системы РФ. Особое место в системе источников трудового права этих актов связано с тем, что они обеспечивают гарантии реализации международно-правовых стандартов трудовых прав работника.

В источниках трудового права России отражены материальные условия жизни нашего общества и с их изменением меняются и источники трудового права. Источники трудового права не следует путать с актами тех же органов, изданными в процессе правоприменительной деятельности.¹

Нормы трудового права могут быть закреплены в актах, являющихся по своему основному содержанию источниками других отраслей права, например государственного.¹

Так, в Конституции РФ, которая является юридической базой текущего законодательства, закреплены основные права и обязанности граждан в сфере труда.

1.2 Прецедент как источник трудового права

Судебный прецедент как самостоятельный правовой институт был известен с древнейших времен в первых мировых государствах, таких, как Вавилон, Древний Египет, Древний Рим. Уже тогда на основе судебной практики были написаны первые книги законов. В Древнем Риме в качестве прецедентов выступали устные заявления (этикеты) или решения по конкретным вопросам преторов и других магистратов. Первоначально они имели обязательную силу при рассмотрении идентичных дел исключительно для принявших их магистратов и непосредственно в течение срока пребывания их у власти.²

Юридический прецедент является источником права, то есть тем способом, через который правило поведения становится общеобязательным,

¹ Трудовое право: учебник / под ред. Л. А Сыроватской. Трудовое право. М.: Юрайт, 1998. С. 53.

¹ Трудовое право: учебник / под ред. В. Н Толкунова. М.: ПРОСПЕКТ, 1995. С. 32.

² Дрожжин В. Правосудие в Древнем Риме // Российская юстиция. 1994. № 10. С. 32-35.

обеспеченным силой государственного принуждения, то есть правовой нормой;

Правовой прецедент не существует в отрыве от других источников права, с которыми он находится в определённой юридической взаимосвязи.

Итак, правовой прецедент является элементом системы источников права, который находится в связи с другими источниками права. Следует теперь более точно раскрыть данное понятие, введя другие дефиниции, которых будет достаточно, чтобы охарактеризовать правовой прецедент.

Под прецедентом принято рассматривать решение судебного органа по конкретному делу, которое рассматривается в качестве образца при рассмотрении аналогичных дел.

В.Д. Перевалов при этом специально подчеркивает, что «сущность судебного прецедента заключается в придании нормативного характера решению суда высокой инстанции по конкретному делу»¹. «Обязательным для всех нижестоящих судов является не все целиком решение или приговор, а только «сердцевина» дела, суть правовой позиции судьи, на которой выносится решение»². Позиция Перевалова - очень важное замечание, так как он подчеркивает, что для каждого судебного дела характерны разные обстоятельства, различный состав, которые бы вступали в противоречие с применяемыми судом прецедентами, которые не соответствовали бы реальным обстоятельствам дела, это бы порождало произвол в принятии решений. При этом он подчеркивает важность правовой позиции судьи, которую называет «сердцевинной» дела. Правовая позиция определяет саму сущность судебного прецедента. Нижестоящие же судьи должны учитывать эту позицию при принятии решения. Например, английский юрист Р. Кросс пишет в своей книге «Прецедент в английском праве», что «судья, который

¹Теория государства и права.: учебник / под ред. В.Д. Перевалова М.: НОРМА, 2015 С 121.

² Там же.

пренебрег своей обязанностью относиться с уважением к прецедентному праву, будет подвергнут самому недвусмысленному воздействию...»¹.

Следует также заметить, что юридический прецедент бывает двух видов: судебный и административный. Различие проводится по органу государственной власти, который принял решение. В случае с судебным прецедентом – это решение принятое судом, а в случае с административным – это государственные органы исполнительной власти.

Правовые прецеденты формируют особую отрасль права – прецедентную. Особенно хорошо прослеживается это выделение в праве Древнего Рима, с его характерным дуализмом права. В Древнем Риме это право получило название преторского права или *ius honorarium*, так как его создавали преторы своими эдиктами, «поскольку в обязанности и полномочия городского претора входила «охрана мира и порядка» в городе, а тем самым и общий контроль за правоприменением, поскольку в его функции вошли не только собственно личное отправление правосудия, но и дача рекомендательных указаний назначаемым судьям по вопросам применения права»². Следует остановиться на этом момент более подробно. Преторское право было необходимо из-за специфики правовой системы Древнего Рима, так как нормы права были строгими и все граждане были обязаны неукоснительно следовать им, а они характеризовались жестким соблюдением традиций и высоким уровнем формализма, нарушение которых могло и вовсе прекратить право, например, в случае нарушения манципации, обряда в ходе которого приобретает право собственности, можно было поставить под сомнение право собственности, возникшее, скажем, в результате совершения купли-продажи скота, при этом стороной, терпящей убытки будет покупатель. Претор своими эдиктами берет покупателя под защиту, делая его бонитарным собственником, право которого будет обеспечено публициановым иском. При этом претор не создавал новой

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юридическая литература, 1985. С. 236.

² Римское право: учебник / под ред. О.А. Омельченко. М.: ТОН, 2000. С. 208.

нормы права, он вольно трактовал римские законы, чтобы защитить конкретного человека, фактически делая квинитское право римлян ничтожным. Заострение внимания на этом моменте было необходимо, чтобы ещё раз подчеркнуть роль правоприменителя, который излагает свою правовую позицию при применении норм права.

Как таковое современное прецедентное право происходит из Англии, в которой и сложилась англосаксонская правовая система, которая как раз и характеризуется особой ролью судебного прецедента. Прецедентное право связано с деятельностью королевских судов, которые разъезжали по королевству и отправляли правосудие, а для большего удобства они всегда обменивались практикой по тем или иным делам, обеспечивая единообразие правоприменения. Как мы уже отмечали, в Англии с большим трепетом относятся к прецедентному праву и его применению, так как «иначе будет нарушена стабильность общего права и поставлено под угрозу само его существование»¹. Чтобы хоть каким-то образом регулировать применение прецедента в Англии сложились определённые правила его использования:

1 вынося решение, Палата Лордов обязывает нижестоящие суды и саму следовать этому решению – это обязательные прецеденты, которые необходимо учитывать. Поэтому Р. Кросс и говорил про «недвусмысленное воздействие» в случае не следования прецеденту;

2 решения же Апелляционного суда, обязательны для всех судебных органов кроме Палаты Лордов;

3 решения Высшего суда правосудия обязательны для всех нижестоящих судов².

Получается очень интересная картина, обязывая нижестоящие суды после Палаты Лордов и Высшего суда правосудия и Апелляционного суда следовать «обязательным» прецедентам, англичане создают своеобразную иерархию судебных прецедентов, которая выстраивается по положению

¹Теория государства и права: учебник / под ред. В.Н. Хропанюк. М.: ОМЕГА-А, 2014. С.183.

² Там же. С. 183-184.

судебного органа, который принял решение, по его компетенции и тем самым юридической силе. При этом следует отметить, что Палата Лордов сама обязана следовать своим же прецедентам, так как является высшим судебным органом и последней судебной инстанцией.

Однако всё это не есть создание новой правой нормы, а именно, что её конкретным применением к реальному делу, так как в случае противоречия между прецедентным правом и статутным правом, предпочтение отдаётся последнему. Также следует обратить внимание на тенденцию, которая в настоящее время имеет место в английской правовой системе. С начала прошлого века начала расширяться роль статутного права в Англии – актов принимаемых Парламентом¹. Таким образом, на сегодняшний день статутное право занимает важнейшее место в системе источников английского права. Статутное право регулирует наиболее важные и общие общественные отношения, и обладает общеобязательным характером, судебные органы не могут и не должны действовать вопреки законодательным органам, что будет противоречить принципам разделения властей и законности. Нарушение хотя бы одного принципа влечет нарушение других, например, действие вопреки законодательству и принятие неправомерное решения по конкретному делу будет означать нарушение принципа равенства всех перед законом и судом.

Таким образом, в широком смысле правовой прецедент – это элемент системы источников права, который принимается компетентным государственным органом для создания определённого правила трактовки юридической нормы, для регулирования аналогичных дел.

В узком смысле – это правовая позиция компетентного государственного органа, носящая обязательный или рекомендательный характер для нижестоящих органов государственной власти при рассмотрении и разрешении аналогичных дел.

¹Рассказов Л.П. Англосаксонская правовая семья: генезис, основные черты и важнейшие источники // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. 2015. № 105. С. 2-5.

Судебный прецедент – это правовая позиция судебного органа по конкретному делу, которая носит обязательный или рекомендательный характер для нижестоящих судов при рассмотрении и разрешении аналогичных дел.

Административный прецедент – это правовая позиция компетентного органа исполнительной власти государства по конкретному делу, которая будет служить образцом для разрешения аналогичных дел.

Рассмотрев характеристику и место правового прецедента в правовой системе общества, следует отметить разгорающуюся дискуссию между правоведами теоретиками и практиками, которая вскрывается в результате осуществления непосредственной деятельности государственных органов. Современная российская наука уже не оценивает правовой прецедент столь категорически отрицательно, как это было в дореволюционную эпоху и в советский период. Что удивительно в оценке правового прецедента что дореволюционные, что советские исследователи имели много общего¹.

Исследователи основываются на вполне разумных критериях, они считают, что признание юридического прецедента источником права повлечет за собой:

- 1 нарушение принципа законности,
- 2 произвол судебных органов, в руках которых сконцентрируется не только правоприменительная, но и законотворческая функция,
- 3 подрыв основы правотворческих органов.

Однако такое положение, как отмечает Марченко, было закреплено в теории и правовой доктрине, на практике же дело обстояло несколько иначе. Правовой прецедент имел латентный характер, прикрываясь «легальными формами»². Де факто судебная практика была источником права в виде разъяснений Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР. Заместитель Председателя Верховного Суда РФ Жуйков В.М.

¹ Зивс С.Л. Источники права. М.: Издательство Наука, 1981. С. 181.

² Мартынич Н., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 23.

отмечал, что даже «в судебных решениях допускались ссылки на них как на правовую основу разрешения дела»¹.

Однако многие исследователи не соглашались с данным утверждением, так как в случае признания юридического прецедента источником права, как мы уже многократно ранее отмечали, это повлечёт серьёзные изменения в самой правовой системе общества, соотношении источников права и изменении самой официальной правовой доктрины, которая четко настаивает на непризнании судебной практики источником права. Однако само фактическое отношение и применение правового прецедента получило широкое распространение в связи с появлением Конституционного Суда Российской Федерации, согласно Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» решения Конституционного Суда обладают исключительной юридической силой: они окончательны и не подлежат обжалованию. Очень важно заметить, что они действуют непосредственно и не требуют одобрения иных государственных органов или должностных лиц. Бондарь Н.С. и Гравина А.А. отмечают, что «в силу своих функциональных и институционных характеристик» Конституционный Суд – «это больше чем суд»^{2 3}. К тому же только Конституционный Суд Российской Федерации вправе разъяснять содержание принятых им решений⁴. При этом говоря о деятельности Конституционного Суда Российской Федерации нельзя не отметить некоторые принципы, на основании которых он осуществляет свою деятельность: коллегиальность и гласность, а также состязательность сторон, а также профессиональные и персональные качества судей, их строгий отбор, что по большей части исключает возможность возникновения произвола. При этом нельзя не

¹ Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Социальные и гуманитарные науки. 1998. №4 С.16-23.

² Гравина А.А. Акты Конституционного Суда РФ и законодательство о судебной власти // Журнал российского права. 2011. № 10 С. 47-54.

³ Бондарь Н.С. Конституционный Суд России: не «квасисуд», а больше, чем суд // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С 5-6.

⁴ Федеральный закон «О Конституционном Суде РФ» от 21.07.1994. // Российская газета. 23.07.1994. № 138-139.

отметить, что статья 28 ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» подчеркивает, что регламент Конституционного Суда Российской Федерации не может противоречить Конституции Российской Федерации и самому Федеральному конституционному закону. Следует заметить, что таким же образом судьи в соответствии со статьей 120 Конституции Российской Федерации обязаны подчиняться только Конституции и федеральному закону, то есть соблюдать принцип законности и принимать решения только на основании закона. Но закон в силу своей специфики не может урегулировать все общественные отношения, будут возникать пробелы в законодательстве, которые могут быть заполнены правовым прецедентом, который не должен на основании всего сказанного выше противоречить действующему законодательству Российской Федерации. Иными словами, правовой прецедент дополняет закон в тех местах, в которых он попросту не способен заполнить пустующее пространство или где ещё нет общеобязательной правовой нормы, на которую бы сослался правоприменитель. Лазарев Л.В. также делает очень важное замечание, что не каждое решение КС РФ является источником права, а лишь то, которое содержит положения, которые имеют нормативным характером¹. В дополнении к утверждению Лазарева можно добавить точку зрения Малютина Н.С., который отмечал, что КС РФ участвует в нормативной конкретизации права². Отсюда выделяется функция КС РФ – нормативная конкретизация права вплоть до участия в нормативном регулировании.

Но противоречие между теорией и практикой по-прежнему не утихают.

Под теоретической стороной следует понимать те установленные законом формы права и принципы, провозглашаемые в Конституции и других законах Российской Федерации. Теоретически в определённой

¹ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного суда России. М.: Формула права, 2008. С. 688.

² .Малютин Н.С. Проблема нормативности решений Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2013. №1. С. 71-76.

степени сложно резко радикально изменить отношение исследователей к правовому прецеденту, так как это повлечет полный ревизионизм правовой доктрины. Это только субъективный фактор. Объективное движение заключается в том, что тогда придется полностью реформировать судебную систему и систему законодательства, что не рационально.

Практики же наоборот опираются на то, что судебная практика использовалась и используется как источник права, это положение нужно лишь законодательно оформить. Например, можно рассмотреть ранее приведённый опыт английского судопроизводства, когда Палата Лордов создает судебный прецедент, которым должны руководствоваться судебные органы и сама Палата Лордов при рассмотрении и разрешении аналогичных дел, при этом сам этот судебный прецедент не может не основываться на действующем законодательстве. Это вполне естественная связь, которая может также развиваться. Таким образом, следует понимать, что при принятии нового НПА, который предусматривает иные нормы права, чем тот, который регулировал те же общественные отношения существующий правовой прецедент, основанный на старом законодательстве, должен потерять свою силу, а принятые согласно ему, решения судов не подвергаться обратной силе закона. Данное действие поможет преодолеть опасность того, что принятые судом решения будут основаны на правовых прецедентах, которые потеряли свою актуальность. Однако в Англии до сих пор встречаются случаи, когда суд принимает решения на основании прецедентов принятые в XIV-XV вв., например, Акт о насильственном вторжении 1429 г., а также такими законами как Закон о векселях 1882 года, Закон о торговом мореходстве 1894 года. Эта особенность характеризует правовую систему Англии с двух сторон: с одной стороны, о крайней устойчивости правовой системы, а с другой стороны - о стагнации относительно многих правовых норм и правовых отношений, которые они регулируют.

Но следует заметить само непонимание между сторонами, которое по большей части связано с субъективизмом авторов, от которого никто не застрахован. Если судебная практика уже используется как источник права, то зачем нужно лишний раз сотрясать воздух и портить бумагу? Правовая система, как мы говорили ранее, динамична и постоянно развивается, стоя на позициях, которые уже потеряли актуальность, мы поступаем в крайней степени не рационально, стоим на пути развития права, цепляясь за некоторые идеальные статические формы. Теоретики постоянно отмечают, что требовать от законодателя того, чтобы он своими актами урегулировал всё многообразие конкретных реальных ситуаций, складывающихся в процесс жизнедеятельности общества решительно нельзя. Но пробелы в праве будут всегда – невозможно добиться идеальной картинки, аргументация к тому, что законодатель не может не стремиться к ней, есть слепой идеализм, так как уже есть необходимые механизмы их заполнения путём апелляции к аналогии закона или права, которые составляют в определённой степени правовой прецедент.

При этом не стоит абсолютизировать изменчивость и динамизм, так как любая система, будь то политическая или правовая, находится в определённых рамках существования, в которых она обладает устойчивой формой, то есть в определённый период система изменяется, но небольшими шагами, которые в общем и целом не меняют сложившегося расклада, но с накоплением таких небольших шагов происходит качественное изменение, которое требует немедленного действия. Так и с правовой системой используя судебную практику как источник права в латентных формах, мы постепенно приближаемся к признанию судебной практики официальным источником права. Причем, не следует идеализировать картину и утверждать, что судебная практика, будучи признанной официальным источником права, приведёт к произволу правоприменителей, а юридический прецедент выйдет из-под контроля. Этого не должно произойти постольку, поскольку источники права составляют систему взаимосвязанных элементов, поэтому и

судебный прецедент не может «жить самостоятельной жизнью» без опоры и регуляции со стороны закона. Он работает в соответствии с законодательством и не противоречит ему, дополняя его там, где закон в силу своей специфики не может урегулировать все фактические общественные отношения.

Каждый исследователь должен стремиться к тому, чтобы теория шла несколько впереди практики, предсказывая реальное развитие общественных явлений, и своевременно предлагать необходимые конструкции и механизмы для более разумного и рационального использования сил общества, а не наоборот. «Наоборот» проявляется в том, что исследователи становятся обузой для реального развития, когда практика пытается вырваться вперёд, а существующие догматические рамки не дают её это сделать. Но это нормальное развитие вещей, так как темпы общественного развития очень часто обгоняют теорию, которой только остаётся, что поспевать за ней: догоняющая практику теория лучше, чем теория, которая сдерживает практику.

В.И. Попов пишет следующее: «Признание прецедента в качестве источника трудового права не подрывает принципа разделения властей. Во-первых, и законодательная, и исполнительная, и судебная власть в своей деятельности руководствуются Конституцией РФ, во-вторых, нормативные правовые акты издаются не только законодательными, но также и исполнительными органами. В-третьих, акты высших судебных органов не являются актами правотворчества. Это – акты правосполнения, интерпретации и конкретизации продукта законотворчества. В-четвертых, акты высших судебных органов обязательны, прежде всего, для нижестоящих судов, применяющих нормы трудового права. Влияние этих актов на других субъектов правотворчества, правореализации и правоприменения является производным от основной деятельности судов – осуществления правосудия, толкования и применения норм трудового права, а их применяют также и законодательные, и исполнительные органы.

Разделение властей, помимо границ, имеет пограничную зону, в которой реализуются не свойственные той или иной власти функции».

Подводя итог, к первой главе, можно сделать следующие выводы:

1. Существует несколько источников права, которые признаются в различных странах в зависимости от правовой системы, существующей в этих странах. Среди них: правовой обычай, который является исторически сложившимся источником права, нормативно правовой акт, который принимается уполномоченным органом и является основным источником права для романо-германской системы права, нормативны договор, который представляет собой соглашение сторон в котором содержатся нормы права и правовой прецедент, который является источником права для стран англо-саксонской системы права.

2. Судебный прецедент происходит от английской системы права и в первые в том виде, который сейчас называется судебный прецедент зародился именно в Англии, посредством деятельности королевских судов.

3. Правовой прецедент не существует сам по себе без других источников права и находится в тесной связи с другими источниками права. Таким образом правовой прецедент является элементом системы права.

ГЛАВА 2 СОВРЕМЕННЫЕ ИСТОЧНИКИ ТРУДОВОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЗНАЧЕНИЕ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА ДЛЯ РОССИИ

2.1 Система источников трудового права в России

Фундаментальное научно-теоретическое изучение системы трудового права России не получило достаточно подробного освещения в современной монографической литературе. И все же, в учебной литературе можно обнаружить, с одной стороны, вполне однообразную характеристику этой важнейшей правовой категории, например, как системы трудового законодательства и системы отрасли, науки трудового права¹ По мнению других авторов, система трудового права ограничивается рассмотрением системы отрасли и системы трудового законодательства. Но встречается сравнительный анализ трудового права в системе российского права или соотношение данной дисциплины с иными отраслями права. Нельзя обойти вниманием и тот факт, что некоторые учебно-научные издания вообще не рассматривают отдельным материалом систему трудового права, а приводят соотношение трудового права в системе российского права или в системе смежных отраслей права.²

В частности, по мнению В.М. Лебедева, система трудового права – это явление объективное и вести речь о ее создании, конструировании нет достаточных оснований. Тогда как структура – это внутренняя характеристика системы. Такое строение касается нормы трудового права (гипотеза, диспозиция, санкция), порядка (последовательности) расположения норм в составе института, взаимной связи и компоновки

¹ Трудовое право: Учебник / под ред. О.В. Смирнова, И.О. Снигиревой. М.: НОРМА, 2009. С. 600.

² Трудовое право в системе российского права: Учебник / под ред. С.П. Маврина М.: НОРМА, 2009. С. 478.

институтов и других правовых категорий в системе отрасли, которые обеспечивают единство, целостность.¹

Система источников права может включать в себя следующие элементы: нормативные правовые акты государственных органов и органов местного самоуправления, правовые договоры, прецеденты.

По субъектам, к которым применяются источники трудового права, они могут быть классифицированы на общие и специальные. Общие призваны регулировать отношения всех работников. Специальные рассчитаны на применение к отдельным категориям работников, например, к женщинам, молодежи, инвалидам.

В романо-германской правовой системе основным источником права являются нормативно правовые акты (НПА). НПА – это издаваемый уполномоченными государственными органами в рамках своей компетенции документ, содержащий общеобязательные формально-определённые правила поведения. НПА обладают рядом характерных черт:

- 1 Издаются компетентными уполномоченными государственными органами;
- 2 Обладают определённой юридической силой, которая определяет его положение в иерархии НПА государства;
- 3 Регулируют наиболее важные общественные отношения, т.е. те отношения, которые являются постоянными и типичными для общества на определённом уровне;
- 4 НПА имеют определённую форму;
- 5 С помощью правоохранительных органов, Государство охраняет НПА от нарушений;
- 6 НПА имеют индивидуально определённый характер;

Для НПА также характерен целый ряд практических положительных качеств:

¹ Лебедев Е.Р. Воронкова, Мельникова, В.Г. Современное трудовое право. М.: СТАТУТ, 2007. С. 192.

1 однозначность и точность закрепленных в них норм, которые точно дают понять их назначение;

2 Распределение НПА по иерархии, что позволяет без ошибочно определить их юридическую силу;

3 НПА позволяют своевременно и быстро регулировать общественные отношения, посредством внесения изменения в НПА и принятию новых НПА, что выражает их динамичный характер НПА.

НПА уже доказали свою эффективность, тем что позволяют подстраиваться и регулировать, динамично изменяющиеся общественные отношения.

Безусловно, главным и основным нормативным правовым актом в Российской Федерации является Конституция Российской Федерации в силу её учреждающей роли во всей правовой системе Российской Федерации. Именно она определяет всю правовую систему Российской Федерации, её устройство, режим и форму, а также конституционно-правовой статус человека и гражданина в Российской Федерации, основные права и свободы человека, состав Российской Федерации и так далее. Положения ст.37 выступают в качестве исходных начал правового регулирования трудовых отношений. Законодательство о труде направлено на развитие этих начал и создание системы гарантий трудовых прав работника. Конституция Российской Федерации определяет и устанавливает механизм принятия федеральных конституционных и федеральных законов, которые также являются источниками конституционного права, если содержат конституционно-правовые нормы, регулирующие отношения между субъектами конституционно-правовых отношений.

В своей работе Реализация принципа прямого действия Конституции РФ Попов В.И. и Сагандыков М.С. отмечают следующую особенность принципа прямого действия Конституции РФ: «Действительно, если рассматривать понятие исключительно с точки зрения проверки конституционности правовой формы и вынесения соответствующего

официального решений, то единственным адресатом прямого действия конституции должен быть Конституционный Суд РФ. Объяснением этому являются особенности отечественной судебной системы, которая предполагает наличие специализированного органа конституционного контроля. В этом смысле понимание прямого действия Конституции как деятельности Конституционного Суда РФ заметно обедняет содержание данного понятия. При этом и отрицать роль Конституционного Суда РФ в реализации прямого действия конституции также нельзя»¹.

В России так же существуют Конституции(Уставы) субъектов РФ, которые так же имеют силу источника права. Но следует отметить что в иерархии НПА они стоят ниже, чем акты высших федеральных органов государственной власти.

После конституции ФЗ и ФКЗ в иерархии НПА, следуют подзаконные НПА, к которым относятся Указы Президента РФ и Постановления Правительства Российской Федерации. Они имеют более упрощенную форму принятия, по сравнению с законами которые требуют утверждения Федерального собрания. Согласно принципу верховенства Конституции России и в силу своего подзаконного характера акты Президента и Правительства РФ не должны противоречить Конституции Российской Федерации, федеральным конституционным и федеральным законам.

Подзаконные НПА то же имеют свою иерархию. Высшей юридической силой в ней обладают Указы Президента Российской Федерации, затем идут акты Правительства Российской Федерации и акты министерств и ведомств. В отличие от указов Президента РФ как источников права, принимаемых единолично, постановления Правительства - акты коллегиального органа, поскольку Правительство состоит из Председателя Правительства, его заместителей и федеральных министров. Процедура коллективного принятия

¹ Попов В.И., Сагандыков М.С. Реализация принципа прямого действия Конституции РФ (на примере сферы труда) // Вестник ЮУрГУ: Серия «Право». 2016. № 1. С. 85-90.

постановлений Правительства, как и порядок его деятельности вообще, определяется федеральным конституционным законом.

Последнее место в иерархии федеральных актов занимают ведомственные акты. Они принимаются в соответствии с положениями о конкретных министерствах, регистрируются в Министерстве юстиции РФ и публикуются для общего сведения.

Наряду с этими источниками права существует правовой прецедент, который признается в странах англо-саксонской системы права, как источник права.

Помимо этого, в систему источников трудового права входят многочисленные международные акты, которые в свое время были ратифицированы СССР и РФ. Среди этих актов существуют акты ООН, конвенции Международной организации труда.

Особенностью источников трудового права, которая выделяет трудовое право на фоне других отраслей права, является наличие локальных правовых актов и правового договора, как источника права. В других отраслях, ничего подобного нет.

Правовой договор – это нормативный правовой договор, который содержит в себе общеобязательные правила поведения. Для них обязательно наличие субъекта (стороны договора), которая наделена властью, что позволяет обеспечивать исполнение этих правил поведения всеми субъектами, на которые содержащиеся в данном правовом договоре нормы распространяются. Договоры могут быть как внутренними (договоры Российской Федерации с её субъектами) и внешними (договоры Российской Федерации с иностранными государствами).

Как отмечают Лушников А.М. и Лушникова М.В., «договоры являются не только юридическими фактами, порождающими правоотношения, но и в

случаях, установленных законом, порождают нормы права, т.е. выступают как источники права»¹.

В трудовом праве к нормативным соглашениям относятся коллективный договор и соглашение.

В ТК РФ коллективные договоры и соглашения отнесены к актам, содержащим нормы трудового права.

Трудовой и коллективный договор, являются регуляторами трудовых отношений, что говорит об их схожей социальной роли. Оба этих договора заключаются в договорном порядке.

В таких договорах как правило, существуют лишь две стороны, это работник и работодатель. Государство здесь может лишь выступать в качестве третьей стороны, обеспечивая социальное партнерство между работниками и работодателями. При этом государство уполномочивает социальных партнеров на договорное нормотворчество в сфере труда.

Трудовой кодекс детально регулирует порядок заключение и расторжение, трудового и коллективного договоров.

Данные акты объединяет общий порядок их регистрации в органах по труду, и схожая процедура разрешения разногласий, возникших при заключении или по поводу выполнения коллективного договора, соглашения.

Такая схожесть в этих НПА говорит о признании законодателем единой юридической природы коллективного договора и соглашения. Оба этих акта являются нормативными соглашениями, опосредующими процессы самоорганизации в гражданском обществе. Тем не менее между коллективным договором и соглашением все-таки существуют различия, но эти различия не затрагивают их единую юридическую природу и их правовое значение.

¹ Лушникова М. В., Лушников А. М. Социальное назначение трудового права М.: Норма 2015. С. 253.

Некоторые исследователи считают, что трудовой договор не может считаться источником трудового права, он является актом реализации права человека и гражданина на труд, а некоторые и вовсе относят его к актам применения. Но так или иначе эти исследователи представляют партию противников рассмотрения трудового договора в качестве источника трудового права, поскольку тот, и это трудно отрицать, отличается персонифицированным или индивидуальным характером.

Однако договоры коллективного регулирования, напротив, обладают характером локально-коллективным, то есть распространяются на относительно определенный круг субъектов, работников и их работодателя на данном предприятии. Такие договоры (коллективный договор и соглашение) распространяются на этих субъектов, в силу их правового статуса работников, которые находятся в правовых отношениях с работодателем на основании трудового договора. То есть рассмотрение двух уровней договорного регулирования трудовых отношений будет ошибкой. Иными словами, договор в трудовом праве это комплексный источник.

Коллективные договоры и соглашения как разновидность нормативных договоров следует отграничить от нормативно-правовых актов. Законы, нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права: а) признают коллективные договоры и соглашения в качестве нормативно значимых способов регулирования трудовых и производных отношений, б) устанавливают пределы такого договорного регулирования, в) определяют порядок (процедуру) проведения коллективных переговоров и заключения коллективных договоров и соглашений.

Трудовой кодекс РФ на законодательном уровне признал локальные нормативные правовые акты формой трудового права. Локальные нормативные правовые акты - это результат локального нормотворчества в организации.

Источником локального нормотворчества является не только и даже не столько государственное дозволение, его санкционирование, сколько

природа организации как структуры гражданского общества в рыночных условиях хозяйствования, как социально-экономической единицы.

Стоит так же отметить, что договоры коллективного регулирования, напротив, обладают характером локально-коллективным, то есть распространяются на относительно определенный круг субъектов, работников и их работодателя на данном предприятии. Такие договоры (коллективный договор и соглашение) распространяются на этих субъектов, в силу их правового статуса работников, которые находятся в правовых отношениях с работодателем на основании трудового договора. То есть рассмотрение двух уровней договорного регулирования трудовых отношений будет ошибкой. Иными словами, договор в трудовом праве — это комплексный источник.

2.2 Судебная практика и ее значение для совершенствования трудового законодательства России

Судебная практика - в странах романо-германской правовой системы понятие, означающее совокупность решений судов (прежде всего высших) по тем или иным вопросам. С.п., обобщенная в специальных сборниках, играет фактически роль вспомогательного источника права, восполняя пробелы, существующие в законодательстве

Проблема признания судебной практики в качестве официального источника права для России не является новой. Вопрос о рассмотрении судебной практики в качестве источника права вызывает многочисленные споры и дискуссии ещё с начала 1990-х гг.

Судебную практику в романо-германской системе права принято трактовать в двух смыслах, «широком» и «узком». В широком смысле судебную практику понимают как судебную деятельность, осуществляемую судами, то есть деятельность, связанную с разрешением судебных дел, борьбе с преступностью, правонарушениями и правоприменительной

практикой в целом. В узком смысле судебная практика понимается как выработанные в ходе судебной деятельности правовые положения, которые обладают определенной обобщенностью, а так же, как в случае с постановлениями и решениями Конституционного Суда, определенной юридической силой.

Основная задача суда, исходя из Конституции это обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина от любых посягательств и нарушений, в том числе и от посягательств со стороны государства. Порой, суд попадает в интересную ситуацию, когда судом выявлено несоответствие действующего законодательства с конституцией или пробелы в законе и когда Конституционный суд вынес решение о несоответствии закона конституции, суд не может ждать пока законодатель внесет изменения в закон, иначе как ему осуществлять правосудие. В таких случаях суды опираются на решение Конституционного суда и решение Конституционного суда приобретает силу источника права.

Судебный прецедент в собственном смысле этого слова, в отличие от нормативных актов органов судебной власти, источником права России, как правило, не признается.¹ Вместе с тем ученые давно отмечают, что судебный прецедент фактически присутствует в российской правовой системе.²

Довольно часто рассматривают источником права так называемую судебную практику, в которую включают не только Постановления Пленумов высших судебных инстанций, но и судебные решения по конкретным делам, а также судебные решения по делам об оспаривании нормативных актов, акты Конституционного суда РФ, в том числе о толковании Конституции РФ.³

¹ Иванов Р. Л. К вопросу об источниках норм права в РФ // Вестник ОмГУ 2005. № 1. С. 14-16.

² Борисова Е. А. Судебная практика как источник гражданского процессуального права // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. № 3. С. 173–184.

³ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: ПРОСПЕКТ, 2008. С. 184.

Конституционный суд — судебный орган конституционного контроля, осуществляющий судебную власть посредством конституционного судопроизводства.¹

Б.С. Эбзеев отмечает, что правовые позиции Конституционного суда РФ «обладают характером правовых прецедентов, связывающих всех участников конституционных отношений»²

Л.В. Лазарев считает, что «...прецедентный характер акта конституционной юрисдикции означает, что выраженная в нем правовая позиция относительно конституционности конкретного акта или нормы является образом (правилом), которым должны руководствоваться законодательные, судебные и иные органы, должностные лица при решении вопросов в рамках своей компетенции»

Конституционный суд, имеет возможность воздействия на всю правовую систему страны, путем оценки конституционности различных НПА.

В случае, если решением Конституционного Суда Российской Федерации нормативный акт признан не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью или частично либо из решения Конституционного Суда Российской Федерации вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании, государственный орган или должностное лицо, принявшие этот нормативный акт, рассматривают вопрос о принятии нового нормативного акта, который должен, в частности, содержать положения об отмене нормативного акта, признанного не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью, либо о внесении необходимых изменений и (или) дополнений в нормативный акт, признанный неконституционным в отдельной его части, или в нормативный акт, признанный соответствующим Конституции Российской Федерации в данном Конституционным Судом Российской Федерации истолковании. До

¹ Авакьян С. А. Конституционный лексикон: Государственно-правовой терминологический словарь. М.: Юстицинформ, 2015. С. 393.

² Эбзеев Б. С. Государственное единство и целостность Российской Федерации: конституционно-правовые проблемы. М.: ЭКОНОМИКА, 2005. С 374.

принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция Российской Федерации.¹

На законодательном уровне признана и закреплена функция Конституционного суда РФ в определении соответствия законов конституции, которая выражается в решениях КС. Это не прямое воздействие на нормотворческий процесс, хотя говорить о том, что КС не имеет нормотворческих функций было бы не верно. Еще один признак, который указывает на нормотворческую функцию КС, это мотивировочная часть решения КС, в которой содержатся аргументы в пользу которых было вынесено решение.

Конституционный суд, занимается так же решением системных недочетов и пробелов в законодательстве. Наглядно это демонстрируется постановлением КС от 15 марта 2005 г. №3-П², которое определило, что статья 279 ТК РФ, которая предусматривает выплату компенсации руководителю организации, которого увольняют в соответствии с п.2 ст 278 ТК РФ³. Основной недочет и неконституционность этой статьи был связан с тем, что размер выплаты компенсации определяется трудовым договором. При этом, каких-либо минимальных размеров компенсации не было указано, что в свою очередь могло привести к тому, что если размер этой компенсации не был прописан в трудовом договоре, работник оставался без выплат и компенсаций.

Конституционный суд в этом постановлении решил признать ст. 279 ТК РФ согласно которой в случае расторжения трудового договора с руководителем организации до истечения срока его действия по решению

¹ Федеральный конституционный закон о «Конституционном Суде Российской Федерации» от 21.07.1994 № 1-ФКЗ // РГ. 23.07.1994 № 138-139.

² Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона "Об акционерных обществах» в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан» от 15.03.2005 N 3-П // СЗ РФ. 28.03.2005. №13. Ст. 1209.

³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // СЗ РФ. 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 278.

уполномоченного органа юридического лица либо собственника имущества организации, либо уполномоченного собственником лица (органа) при отсутствии виновных действий (бездействия) руководителя ему выплачивается компенсация за досрочное расторжение с ним трудового договора в размере, определяемом трудовым договором, не соответствующей Конституции Российской Федерации, ее статьям 19 (части 1 и 2), 37 (части 1 и 3) и 55 (часть 3), в той мере, в какой она, не устанавливая гарантированный минимальный размер компенсации, полагающейся руководителю организации в указанном случае, допускает досрочное расторжение с ним трудового договора без выплаты справедливой компенсации. Это наглядный пример того, как Конституционный Суд по средством постановления пленума устранил пробел в законе.

В качестве примера именно нормотворческой деятельности ВС в трудовом праве служит постановление Пленума Верховного Суда от 22.12.92 №16¹. В тогда ещё существовавшем Кодексе законов о труде была ст.214, которая предусматривала возможность привлечения к материальной ответственности в порядке регресса должностного лица, издавшего приказ об увольнении или переводе, за незаконное увольнение или перевод на другую работу. В постановлении Пленума Верховный суд утверждает список конкретных случаев, попадающих под категории явного нарушения закона. Тем самым Верховный суд установил правило поведения для судей и других участников процесса. С появлением Трудового кодекса, актуальность данного примера потеряла свое значение, однако правоконкретизирующая деятельность Верховного суда с тех пор не утратила своего значения. В любом случае, в законе отсутствовала конкретизация и Верховный суд восполнил этот пробел, называть это толкованием некорректно, это именно правотворческая деятельность.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.1992 N 16 «О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации законодательства при разрешении трудовых споров» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 3. 1993.

Некоторые исследователи, такие как Загайнова С.К. полагают, что «в понятие судебный прецедент включают, например, Постановления Пленума Верховного суда РФ или решение суда по делам об оспаривании нормативных правовых актов»¹ Точнее источниками правовых норм являются лишь те положения (пункты) Постановлений Пленумов, которые можно считать юридическими нормами.²

Подводя итог данной главы, можно сформулировать следующие выводы:

1. Во многом источники трудового права в России схожи с общими источниками права. Основным объемом среди источников права, формируют нормативно правовые акты, начиная от Конституции и Федеральных Законов и заканчивая законами субъектов Российской Федерации.

2. Особенность источников трудового права является наличие правового договора и локальных правовых актов, которые выражают реализацию права гражданина на труд.

3. Источником локального нормотворчества является не государственное дозволение или санкция, а природа организации как структуры гражданского общества в рыночных условиях хозяйствования, как социально-экономической единицы.

4. Главными кандидатами среди судов в России, деятельность которых можно рассматривать как нормотворческую, являются Верховный Суд и Конституционный Суд России. В их деятельности можно усмотреть нормотворческий характер, который выражен постановлениях пленумов, а точнее лишь те положения Постановлений Пленумов, которые можно считать юридическими нормами.

¹ Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М.: НОРМА, 2002. С. 124.

² Боннер А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. № 3. С. 160-164.

ГЛАВА 3 ЮРИДИЧЕСКИЙ ПРЕЦЕДЕНТ И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ В ЗАРУБЕЖНОМ ТРУДОВОМ ПРАВЕ

1.1 Применение судебного прецедента в англосаксонской системе права

Англосаксонская система права, очень многое унаследовала от древнеримской правовой системы. Из римского права, судебный прецедент перешел в англосаксонскую систему права, где и получил свое дальнейшее развитие.

В Древнем Риме судебный прецедент приобрел форму эдиктов (устные решения) по конкретным делам преторов. Первоначально эдикты имели обязательную силу исключительно для магистратов, которые их и приняли и только на ограниченный срок. С течением времени, оказалось что эдикты, при разрешении конкретных дел, могут быть очень полезными и наиболее удачная судебная практика приобрела постоянный характер, сложившись со временем в целую систему, которая имеет название преторское право.

При рассмотрении англо-саксонской системы права, в первую очередь следует обратить внимание на Англию, ведь именно Англия стала основным прародителем всех англо-саксонских стран и после обретения независимости бывшие колонии опирались в первую очередь на правовую систему их «старшего брата». Таким образом англо-саксонская система права распространилась на многие страны мира, такие как США, Канада, Австралия, Новая Зеландия, а также 36 других государств – членов содружества (Объединения Великобритании и ее бывших колоний).

В средние века, в Англии, судебный прецедент имел большое значение. Все началось с захвата Англии норманнами, Вильгельм I реформировал судебную систему, где разрозненным местным актам, на смену приходит общая для всей страны система права. Были введены королевские разъездные суды, которые осуществляли правосудие на местах и от имени Короны. Принятые судебные решения использовались при решении аналогичных дел

другими судебными инстанциями. Таким образом складывалась единая прецедентная система, которая получила название «common law» т.е. общее право.

По сей день, английское право продолжает быть в первую очередь судебным правом, то есть разрабатываемым в процессе деятельности судов по конкретным делам.

Следует так же упомянуть про другой, не менее важный, источник права – статут. Статуты представляют из себя законы, которые принимают высшие законодательные органы. С одной стороны, статут может отменять прецедент, а с другой – он реализуется в прецедентах. Стату не может считаться действующим, до тех пор, пока он не реализуется на практике, т.е. пока на его основе не будут приняты судебные решения, порождающие прецедент.

В связи с распространением в странах общего права такого источника права как нормативный акт (статут), необходимо сказать, что под прецедентом следует понимать также и норму, возникшую в результате толкования статута.¹

Помимо статутов, в англосаксонской правовой системе существует акты делегированного законодательства, которые так же являются источником права. Они исходят от органов исполнительной власти и органов местной государственной власти. Нормы права в актах делегированного законодательства имеют казуистический, детальный характер.

Так же в англо-саксонской системе права, как и романо-германской в качестве источника права выступает правовой обычай. Обычай регулирует некоторые формальные процедуры и взаимоотношения между государственными органами.

В английской правовой науке отсутствие привычное для нас деление права на частное и публичное. Вместо этого право подразделяется на общее, право справедливости и статутное право. В Англии помимо этого не

¹ Пучинский В. К. Гражданский процесс зарубежных стран. М.: ЗЕРЦАЛО, 2007. С. 55.

существует деление права на диспозитивное и императивное, все нормативные положения императивны. К тому же в Англии отсутствует четкое деление права на отрасли, в связи с чем нет отраслевых кодексов. Английское право имеет однородный характер и поэтому от юриста требуется намного больше профессиональных качеств и знаний, чтобы свободно ориентироваться в правовой системе.

В странах англосаксонской правовой системы существует два основных подхода по отношению к структуре прецедента. Согласно первому подходу прецедент состоит из двух основных структурных частей:

1. Суть правовой позиции судьи, высказанной в связи с рассмотрением конкретного дела и положенной в основу решения (*obiter dictum*).
2. Аргументы и доводы, обосновывающие принятую позицию, тем самым указывающие на необходимость, важность и убедительность принятого решения (*obiter dictum*).

Согласно второму подходу прецедент включает в себе три основных компонента:

1. Изучение обстоятельств и фактов, касающихся обстоятельств дела, а также выделение наиболее значимых из них.
2. Выработка аргументов и доводов, обоснованность в принятого по делу заключения, включая решение спорных вопросов, касающихся используемых при этом прецедентов.
3. Вынесение решения, затрагивающего интересы участвующих в деле.

Кроме того, судебным прецедентом является не все вообще решение суда, а та его часть, в которой формулируется норма права (*ratio decidendi*) на основе тех фактических обстоятельств, которые признаются юридически значимыми (юридическими фактами)

Следует отметить, что в странах англо-саксонской правовой системы существуют разные подходы к применению прецедента. В Англии довольно

строгое применение прецедента, которое выражается термином *state decisis*, В США прецедентное право имеет не такой жесткий характер, это связывают с особенностями федеративного устройства страны. Сравнивая прецедентное право Англии и США, Р. Кросс справедливо обращает внимание на то, что американские суды — в отличие от английских — в гораздо меньшей степени считают себя связанными предыдущими судебными решениями, что объясняется наличием в США параллельных правовых и судебных систем федерации и каждого из 50 штатов, а также целым рядом других причин. Характерно, что Палата лордов лишь в 1966 году (об этом подробно рассказывается в книге) признала в принципе возможность пересмотра принятых ею ранее решений, тогда как Верховный суд США прямо и открыто объявил о своем праве пересматривать собственные решения еще в 1871 году. Поэтому не приходится удивляться такому, например, факту: в 1972 году в решении по делу Фурмена Верховный суд США большинством голосов (5:4) признал смертную казнь недопустимой, а в 1976 году в решении по делу Грегга тот же суд большинством 7:2 постановил, что она не противоречит конституции США

В прецедентной правовой системе существует такое понятие как доктрина прецедента, она в свою очередь представляет правила применения прецедента. Период формирования доктрины прецедента по-разному определяется правоведами. А.К. Романов полагает, что общая доктрина судебного прецедента как обязательного источника английского права сложилась лишь во 2-й половине XIX в.¹

Пожалуй, главным принципом, который мог бы охарактеризовать Английскую правовую систему, является уже ранее упомянутый принцип *stare decisis*, применение которого происходит в Англии. Данный принцип декларирует, что решения апелляционных судов обязательны для судов нижестоящей инстанции и для самих апелляционных судов.

¹ Романов А.К. Правовая система Англии: учеб. Пособие. М.: Дело, 2002. С. 344.

Другими словами, этот принцип означает, что если между существующими фактами двух дел нет существенных различий, то судья обязан вынести решение соответствующие прецеденту – даже если его мнение частично или полностью отличается от его мнения. Единственное что может судья в данном случае, рассуждать о применимости или неприменимости прецедента. Поскольку полной аналогии в природе не юридической природе не бывает, то судья должен определить действительна ли это аналогия, или только кажущаяся. Тем не менее, жесткое следование прецедента порождает проблемы в отправлении правосудия, ведь некоторым прецедентам может быть больше сотни лет. Это говорит о том, что невозможно принять действительно справедливое решение, исходя из устаревшего источника права, в котором на первый взгляд может прослеживаться аналогия, однако эта аналогия в современно обществе может не отвечать критериям объективности и справедливости в современном мире. Этот принцип характерен именно своей жесткостью по отношению ко всем английским судам. Как известно современный мир характерен бурным развитием технологий и общественных отношений, порождённых ими. Поэтому быстро изменяющиеся общественные отношения требуют от правовой системы динамизма и гибкости, а консервативная Английская правовая система порой не в состоянии проявить эти качества.

В связи с этим немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кетц пишут: “В Англии и США исходят в процессе принятия решений из отдельных относящихся к делу прецедентов, которые суду в большинстве случаев предоставляют юрисконсульты (адвокаты) тяжущихся сторон. В этих принятых ранее решениях он выявляет определенные нормы (rules), то есть решения отдельных конкретных повседневных проблем. Он прослеживает, как эти нормы в процессе развития в других прецедентах получали ограничительное или расширительное толкование и улучшались, а затем сам постепенно формулирует на основе их обобщения принципы, нормы, с помощью которых ему предстоит решить сперва предварительно

рассматриваемое дело. При этом он всегда должен помнить о необходимости практического решения проблем. Сформулированный таким образом первоначальный вариант решения он вновь проверяет с точки зрения его правильности в отношении рассматриваемого им дела, сравнивая его с данными аналогичных дел, и только после этого принимает окончательное решение”.¹

Прецедентное право на территории США, как главного представителя американской группы англосаксонского права имеет свои особенности, разнящиеся с прецедентным правом Англии. Значительно отличие американского права от английского коренится в Конституции США (1787 г.), которая в качестве основного закона страны возвышается над общим правом и устанавливает правовые основы, основы государственного строя и основы американского общества в целом.

Существенные отличия американской правовой системы от английской, заключаются, как было сказано раньше, в федеративном устройстве США. Наличием федеративного законодательства с одной стороны и наличием законодательства отдельных штатов, с другой стороны.

В некоторых штатах США приняты кодексы (уголовные, уголовно-процессуальные, гражданско-процессуальные). Эти кодексы представляю собой консолидированное и структурированное собрание уже существующих норм, а не введение новых норма. Кодексы так же бывают в виде систематизированного собрания федерального законодательства. Эти кодексы не включают в себя нормы прецедентного права, в этом есть определенное сходство с романо-германской правовой системой и характеризуют правовую систему США менее однородной, нежели английскую.

Кроме того, федеративный характер США выражается и в наличии у каждого штата своего прецедентного права. Существенным недостатком

¹ Филиппова Е.С. Судебный прецедент в Англии, понятия, структура, особенности доктрины прецедента // Вопросы современной юриспруденции. 2011. №3 С. 35-42.

этого являются, как многочисленные коллизии между правовыми системами разных штатов, так и коллизии между системой права штата и федеральной системой права.

Может показаться интересным, то что некоторые исследователи считают, что в США действует 51 система права, 50 из которых принадлежит штатам и 1 федеральная. Ежегодно в США публикуется огромное количество томов судебной практики, что делает правовую систему слишком сложной и запутанной.

В преодолении этих трудностей велика роль высших судебных инстанций страны. Ни Верховный Суд США, ни высшие судебные инстанции штатов не связаны судебными прецедентами и том числе своими.

Для преодоления этих трудностей Верховные суды США не связаны судебными прецедентами, в первую очередь они осуществляют контроль за конституционностью законов, в этом их функция в чем-то похожа с Конституционным Судом РФ. Этим правом широко пользуются Верховный суд США, чем подчёркивает самостоятельную роль судебной практики.

Таким образом, Суды в США осуществляют формирование правовой системы двумя путями, путем создания судебного прецедента и посредством осуществления конституционного контроля.

Стоит отметить, что в США учли опыт других стран англосаксонской системы права таких как Англий и была сформулирована “доктрина абсурдности”, позволяющая отступать “даже от самого ясного статутного текста, если строгое следование ему и, соответственно, прямое применение может привести к абсурдному результату”, то есть к принятию такого судебного решения, которое противоречит общепризнанным ценностям

Пожалуй самым известным примером судебного прецедента в США и в мире, является «правило Миранды»: В 1963 г. в Аризоне за совершение преступления (изнасилование) был арестован некто Эрнесто Миранда, который добровольно признался в преступлении. Миранда не был проинформирован о том, что у него есть определенные процессуальные

права: право на адвоката, право хранить молчание и др. Верховный суд США постановил, что добровольное признание в таких условиях не может считаться доказательством вины Миранды, такое доказательство неприемлемо.

Таким образом родилась норма, направленная на устранение пробела в законодательстве. В случае если бы в США действовала система прецедентного права, потребовалось бы принятие закона законодательным органом, а у этого процесс существует ряд недостатков. Это время, которое требуется на проведение всех слушаний и принятие окончательного решения, процесс может быть затянут очень на долго, а в случае с судебным прецедентом норма начинает действовать моментально.

3.2 Значение юридического прецедента в континентальной (романо-германской) правовой системе

Как отмечает К.Л. Томашевский «В эпоху глобализации мировой экономики и конвергенции правовых систем проявляется тенденция в признании судебного нормотворчества в государствах, относящихся к системе романо-германского типа (Франция, ФРГ, Нидерланды, Италия) <1>. Не являются исключением Республика Беларусь и Российская Федерация, в которых также появилось много сторонников идеи признания судебной практики в качестве источника права.»¹

Романо-германская правовая система широко распространена в государствах континентальной Европы, отсюда и происходит ее второе название. Традиционно прецедент в странах романо-германской правовой системы источником права не признается, однако его практическая роль постоянно возрастает.

¹ Томашевский К. Л., К вопросу о судебном правотворчестве в трудовом праве // Социальное и пенсионное право. 2008. № 3. С. 39–42.

Основным источником права для романо-германской правовой системы, служит система писанного права. Система писанного права представляет собой юридические правила (нормы), выраженные в национальном законодательстве. При этом, законодатель должен осмыслить общественные отношения и выразить в НПА (нормативно правовой акт), определенные модели прав и обязанностей для участников общественных отношений. Обязанность обеспечить эти нормы возлагается на исполнительную ветвь власти.

Следует отметить, что в странах романо-германской системы права довольно часто используется термин «прецедент», однако смысл, заложенный в этот термин существенно отличается от «прецедента» в англосаксонской системе права. В качестве примера, в правовой системе Германии, некоторые исследователи утверждают что «прецедент (prajudiz)обычно означает любое предыдущее судебное решение, имеющее какое-либо отношение к рассматриваемому делу».¹ Другие авторы дают пояснение к этому определению «вовсе не подразумевается, что предыдущие решения, принимаемые судом, имеют своей целью воздействовать каким-либо образом на последующие судебные решения по аналогичным делам с тем, чтобы в последующем рассматривать их в качестве прецедента»²

В романо-германской системе права суды не обязаны принимать решение по аналогии с судебной практикой, за исключением судебной практики верховного суда. Даже в этом случае, суд не вправе осуществлять нормотворческую деятельность, суд может лишь давать толкование уже принятым в законе нормам в юридических актах.

Таким образом, возникает «прецедент толкования», исходящий из закона, но сформулированный и принятый Верховным судом.

¹ Schluter W. Das obiter Dictum. / W. Schuler // der Deutschen Rechts Wissensvaft. Berlin, 1979.

² Precedent in the Federal Republic of Germany. 1995. P. 23.

В Германии, где судебное право ни коем образом не признаётся источником права, суды на практике дают толкование и интерпретируют правовые нормы.

В числе специфических черт и особенностей прецедентов в системе романо-германского права следует назвать их вторичный, по сравнению с рядом других источников этой правовой семьи, характер¹

Согласно сложившемуся обыкновению, в некоторых странах романо-германской системы права, источники права подразделяются на первичные и вторичные. К первичным источникам принято относить нормативно правовые акты, обычаи, а иногда «общие принципы права».² В свою очередь ко вторичным источникам права относят – судебную практику и научные труды известных юристов.

Существуют так же страны романо-германской правовой системы где официально признана правотворческая деятельность суда в виде судебной практики. Верховный суд Испании формирует «общую правовую доктрину». В Испании в понятие «доктрина прецедента» вкладывается смысл, который в целом соответствует «*stare desisis*» одному из основных принципов для некоторых стран англо-саксонской системы права. Принцип «доктрины прецедента» в Испании обязывает нижестоящие суды следовать решениям вышестоящих. Это весьма похоже на классическое понимание прецедента, которое действует в таких странах как Англия, однако стоит сделать оговорку, иначе можно было бы отнести Испанию к противоположной системе права, в Испании действует принцип «судья связан статутным правом», который многократно подтверждал Конституционный суд.

Страной романо-германской системы права, признающей официально и законодательно прецедент как источник права, является Швейцария. Гражданский Кодекс Швейцарии гласит: «право должно применяться во всех без исключения случаях, исходя из буквы и духа содержащихся в нём

¹ Источники права: учебник / под ред. М. Н Марченко. М.: НОРМА, 2005. С 471.

² .Rearson E. Law for European Business Studies. L., 1994. P. 23.

положений. Там, где в законодательных актах отсутствуют нормы, которые могли бы быть применимы к рассматриваемому делу, судья должен решать вопрос в соответствии с существующим обычным правом». Таким образом создавая нормы, судья действует как законодатель. Но в любом случае, судья должен оставаться в рамках правовой доктрины.

Ограниченное внедрение правового прецедента сегодня можно обнаружить даже в стране СНГ, этой страной является Армения. Пункт 4 ст.15 Судебного кодекса Армении гласит «обоснования судебного акта Кассационного суда или Европейского суда по правам человека (в том числе толкования закона) по делу, имеющему определенные фактические обстоятельства, являются обязательными для суда при рассмотрении дела по аналогичным фактическим обстоятельствам, за исключением случая, когда последний, приводя весомые аргументы, обосновывает их неприменимость к данным фактическим обстоятельствам»¹ то есть это фактическое признание прецедента в качестве полноценного источника права. Таким образом, законодатель Армении установил, что дела со сходными фактическими обстоятельствами должны иметь единообразный характер². Это позволяет свести «человеческий» фактор при решении конкретных дел к минимуму.

В качестве влияния «человеческого» фактора на конечное решение суда, могу привести пример. В России, в 2009 году произошло довольно резонансное дело, которое в последствии было названо «Дело Шавенковой». Анна Шавенкова сбила на тротуаре двух сестер, одна из которых впоследствии умерла. Шавенкову суд приговорил к трем годам колонии-поселения с отсрочкой, в 14 лет, руководствуясь статьей 82 УК РФ. То есть до тех пор, пока новорожденный ребенок не достигнет 14-летнего возраста. Довольно гуманное решение со стороны Российского суда.

¹ Судебный кодекс Республики Армения от 7 апр. 2007 г. № ЗР-135 // [электронный ресурс] <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2966&lang=rus> (дата обращения 01.05.2019).

² Туманяц Е.С. Прецедент в системе источников англо-саксонской и романо-германской правовой семьи // Вестник Омской юридической академии. 2015 №3. С 3-6.

Спустя несколько дней, в аналогичном деле суд Тольятти приговорил к трем годам колонии Юлию Круглову, которая обвинялась в хищении нескольких миллионов рублей. При это аналогия прослеживается в том, что Круглова, как и Шавенкова находилась на седьмом месяце беременности. При этом и прокуратура, и администрация тюрьмы просили изменить меру пресечения. Однако суд в своем решение остался непреклонен. В обоих случаях суд действовал в рамках закона и правовой доктрины, однако конечное решение оказалось диаметрально противоположным. Если бы в России существовала система судебного прецедента или ее смешанный тип, как скажем в Армении. То мы смогли бы избежать подобных ситуаций, когда в аналогичных делах суд выносит кардинально разные решения.

Следует также отметить, что роль прецедент растет и в других странах романо-германской правовой системы, несмотря на официальное непризнание судебного прецедента в качестве источника права. Среди них уже упомянутая Германия, а также Франция, Италия, Швейцария. Это служит подтверждением того, что хоть прецедент и не является официальным источником права, его практическая роль по крайней мере не утрачивает своего значения.

Особенностью применения прецедента в странах континентальной правовой системы является, распространение режима прецедента на практику судебных инстанций, которые занимаются толкованием закона и осуществляют обобщение правоприменительной практики.

Наглядным примером увеличивающейся роли судебного прецедента служит в странах романо-германской правовой системы, служит придание решениям Конституционного суда общеобязательной силы. А так же наделение конституционных судов правом издавать решения, которые имеют силу закона, за счет того что конституционный надзор и конституционность имеет первоочередное значение, по отношению к другим источникам права.

Делая умозаключения касательно этой главы и подводя итог, можно сформулировать следующие выводы:

1. В странах англо-саксонской семьи можно выделить две группы правовых семей, которые отличаются подходом к применению судебного прецедента. Этими группами являются Американская и Английская системы права.

2. Страны англо-саксонской правовой семьи сталкиваются с проблемами, которые исходят из реализации прецедентной доктрины. Для Англии очевидна проблема, основа которой находится в главном принципе прецедентного права этой страны *stare decisis*, которое обязывает суды, в случае усмотрения аналогии, жестко следовать прецеденту, даже если этому прецеденту сотни лет и он утратил свою актуальность. Для США, проблема исходит из крайне развитого института федерализма, где каждый штат имеет свою прецедентную практику, порождая собственную правовую систему. В США 50 штатов, соответственно 51 правовая система (правовые системы штатов и федеральная правовая система), что приводит к огромному количеству судебной прецедентной практики, что в свою очередь порождает коллизии и столкновения правовых систем штатов.

3. В странах романо-германской системы права, в силу глобализации и конвергенции правовых систем, неизбежно возрастает роль судебного прецедента. Уже сейчас существуют страны романо-германской правовой системы, в которых роль судебного прецедента постоянно возрастает. В качестве этих стран можно выделить Испанию, Армению, Швейцарию.

4. Судебным органом в странах континентального права, функции которого все больше приобретают нормотворческий характер, является Конституционный Суд, именно его роль, как судебного органа осуществляющего нормотворческий процесс постоянно возрастает, что связано с функцией конституционного надзора, решения Конституционного Суда имеют первоочередное значение.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В современной России уже долгие годы идут дискуссии о значении судебных решений, судебной практики, в том числе и по трудовым спорам.

Проблема отнесения судебных решений Конституционного Суда России и Верховного Суда РФ к источникам трудового права до сих пор не нашла своего разрешения в юриспруденции. Необходимо четко определить наличие нормотворческих функций у высших судебных инстанций России. Некоторые исследователи не видят в этом проблему, считая, что суды осуществляют лишь толкование норм права, называя это «прецедентом толкования». Позволю себе с ними не согласиться. В качестве исторического примера именно нормотворческой деятельности Верховного Суда в трудовом праве служит постановление Пленума Верховного Суда от 22.12.1992 №16. В тогда ещё существовавшем Кодексе законов о труде РФ 1971 г. была ст.214, которая предусматривала возможность привлечения к материальной ответственности в порядке регресса должностного лица, издавшего приказ об увольнении или переводе, за незаконное увольнение или перевод на другую работу. В постановлении Пленума Верховный суд утверждает список конкретных случаев, попадающих под категории явного нарушения закона. Тем самым Верховный суд установил правило поведения для судей и других участников процесса. С принятием Трудового кодекса Российской Федерации 2001 года, актуальность данного примера потеряла свое значение, однако правоконкретизирующая деятельность Верховного Суда РФ с тех пор не утратила своего значения. В трудовом законодательстве остается немало норм права с оценочными понятиями («уважительные причины», «грубые нарушения» и т.п.), а также юридических коллизий и пробелов обуславливающих потребность в наделении высших судебных инстанций правом их конкретизировать, разрешать юридические коллизии между

нормами трудового права, а в виде исключения – и временно восполнять пробел в праве пока его не устранил законодатель.

Исходя из сущности судебной практики, которая была рассмотрена в данной работе, мы видим, что Конституционный Суд принимает активное участие в нормотворческой деятельности. Помимо этого, существует ряд признаков, в соответствии с которыми деятельность Конституционного суда можно отнести к нормотворческой:

1 постановления и решения Конституционного суда имеют обязательный характер.

2 постановления и решения Конституционного суда имеют юридическую силу сопоставимую с конституцией;

3 наличие в решениях Конституционного суда мотивировочной части, в которой содержатся аргументы в пользу принятого решения и на которую будет опираться законодатель при приведении НПА в соответствие с конституцией;

4 схожесть характера «судебной практики» с прецедентом, хотя таковым она официально не признаётся.

Мнения исследователей относительно признания судебной практики в качестве источника права можно разделить на два направления.

Первые считают, что необходимо радикальное изменение всей правовой системы, реформа судебной системы, целью которой в том числе было бы приведение судебных решений по аналогичным делам к единообразию. В качестве страны опыта которой в применении прецедента может выступать США, это обусловлено федеративным устройством самого государства и наличием адекватного применения прецедента, известное так же как правило «абсурдности».

Вторая группа исследователей считают, что судебная практика уже существует в российской действительности в виде решений Конституционного и Верховного судов, ее нужно лишь узаконить и это не будет противоречить принципу разделения властей.

Признание судебной практики в качестве источника права отвечает в том числе и условиям развития современного общества, где общественные отношения очень быстро изменяются, а законодатель не в силах вовремя принимать новые законы, в силу бюрократизации законодательного процесса.

При этом не стоит абсолютизировать изменчивость и динамизм, так как любая система, будь то политическая или правовая, находится в определённых рамках существования, в которых она обладает устойчивой формой, то есть в определённый период система изменяется, но небольшими шагами, которые в общем и целом не меняют сложившегося расклада, но с накоплением таких небольших шагов происходит качественное изменение, которое требует немедленного действия. Так и с правовой системой используя судебную практику как источник права в латентных формах, мы постепенно приближаемся к признанию судебной практики официальным источником права. Причем, не следует идеализировать картину и утверждать, что судебная практика, будучи признанной официальным источником права, приведёт к произволу правоприменителей, а юридический прецедент выйдет из-под контроля. Этого не должно произойти постольку, поскольку источники права составляют систему взаимосвязанных элементов, поэтому и судебный прецедент не может «жить самостоятельной жизнью» без опоры и регуляции со стороны закона. Он работает в соответствии с законодательством и не противоречит ему, дополняя его там, где закон в силу своей специфики не может урегулировать все фактические общественные отношения.

Таким образом, в условиях активно развивающихся общественных отношений, стирания правовых границ между государствами законотворческий орган не способен оперативно создавать необходимое правовое поле из-за длительности, нередко забюрократизированности данного процесса. В таких условиях именно на судебный прецедент ложится важная дополнительная регулирующая роль. Судебная практика как наиболее существенный инструмент и способ, обеспечивающие на основе

закона оптимальное в данном обществе правовое регулирование, представляет собой живой опыт правосудия, выраженный в решениях по конкретным юридическим делам, реальной живой материи права. Поэтому в российской правовой системе использование нормативных решений высших судебных учреждений является неизбежно оправданным.

Подводя итог вышеизложенному, можно сделать следующие выводы и предложения:

1. Судебный прецедент – это правовая позиция судебного органа по конкретному делу, которая носит обязательный или рекомендательный характер для нижестоящих судов при рассмотрении и разрешении аналогичных дел. При этом судебный прецедент в собственном смысле этого слова, в отличие от нормативных актов органов судебной власти, источником права России, как правило, не признается. Вместе с тем ученые давно отмечают, что судебный прецедент фактически присутствует в российской правовой системе.

2. Трудовое законодательство уже сейчас подвержено воздействию, со стороны высших судов Российской Федерации, таких как Конституционный и Верховный суды и нет оснований полагать, что в будущем роль судов высшей инстанции на трудовое законодательство будет уменьшаться.

3. Деятельность Конституционного и Верховного судов, имеет явно нормотворческий характер и для того чтобы избежать правовой неопределенности следует закрепить нормотворческие функции этих органов на законодательном уровне.

4. В случае заимствования опыта применения правового прецедента у стран англо-саксонской правовой системы, необходимо учесть, как положительную роль судебного прецедента, так проблемы и казусы, с которыми столкнулись эти страны. В качестве очевидных проблем можно выделить «проблему» *ratio decidendi* в Англии, где жесткое следование прецеденту бывает не всегда оправданным. А так же проблему наличия в США большого количества параллельных правовых и судебных систем

федерации и каждого из 50 штатов, что порождает огромное количество прецедентов которые невозможно отслеживать и возникновение множества казусов при столкновении этих правовых систем.

5. Изучив опыт романо-германских правовых систем, можно сделать вывод, что в некоторых странах романо-германской правовой, таких как Испания, Швейцария и Армения уже существует нечто подобное судебному прецеденту и в случае признания в России правового прецедента в качестве источника права следует опираться на опыт этих стран, так как они происходят из той же правовой семьи, что и Россия.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

РАЗДЕЛ I НОРМАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ И ИНЫЕ ОФИЦИАЛЬНЫЕ АКТЫ

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.
2. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197–ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 278.
3. Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 N 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Российская газета № 138-139.1994. № 138-139.
4. Федеральный закон «О порядке разрешения коллективных трудовых споров» от 23. ноября 1995 №175-ФЗ // СЗ РФ. 05.12.1995. №235. Ст.4557.

РАЗДЕЛ II ЛИТЕРАТУРА

1. Авакьян, С. А. Конституционный лексикон: Государственно-правовой терминологический словарь / С.А. Авакьян. М.: Юстицинформ, 2015. 640с.
2. Алексеев, С. С. Право: азбука теории - философия: Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев М.: СТАТУТ, 1998. 712 с.
3. Алексеев, Н.Н. Основы философии права / Н.Н. Алексеев М.: ЛАНЬ 1998. 454 с.
4. Бондарь Н.С. Конституционный Суд России: не «квазисуд», а больше, чем суд /Н.С. Бондарь // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 3. С 42-44.
5. Боннер, А. Т. Судебный прецедент в российской правовой системе / А.Т. Боннер // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. № 3. С. 160-164.
6. Борисова, Е. А. Судебная практика как источник гражданского процессуального права / Е.А. Борисова // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. № 3. С. 173–184.

7. Гравина, А.А. Акты Конституционного Суда РФ и законодательство о судебной власти/ А.А. Гравина // Журнал российского права. 2011. № 10 С. 47-54.
8. Додонов, В.Н., Ермаков, В.Д., Крылова, М.А., Большой юридический словарь. / В.Н. Додонов, В.Д. Ермаков, М.А. Крылова. М.: ИНФРА-М, 2001. 342 с.
9. Дрожжин, В. Правосудие в Древнем Риме / В. Дрожжин // Российская юстиция. 1994. № 10. С. 32-33.
10. Жуйков, В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права / В.М. Жуйков // Социальные и гуманитарные науки. 1998. №4. С.16-23.
11. Загайнова, С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения/ С.К. Загайнова. М.: НОРМА. 2002. 176с.
12. Зивс С.Л. Источники права / С.Л. Зивс. М.: Наука, 1981. 181 с.
13. Иванов, Р. Л. К вопросу об источниках норм права в РФ / Р.Л. Иванов // Вестник ОмГУ. Серия «Право». 2005. № 1. С. 14-18.
14. Источники права: учебник / под ред.: М. Н Марченко. М.: НОРМА. 2005. 471 с.
15. Кросс, Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс М.: Юридическая литература, 1985. 236 с.
16. Комаров С. А. Форма(источник) права как категория в теории государства и права / С.А. Комаров // Правоведение. 2000. №6. С. 3-4.
17. Конституционное право России: Учебник / под ред: Козлова Е.И., Кутафин О.Е. М.: Юрист, 1999. 585 с.
18. Лазарев, Л.В. Некоторые спорные вопросы теории и практики конституционного правосудия / Л.В. Лазарев // Вестник Конституционного суда РФ. 1997. № 3. С. 21-23.
19. Лазарев, Л. В. Правовые позиции Конституционного суда России / Л.В, Лазарев. М.: Формула права, 2008. 688 с.
20. Лушникова, М. В., Лушников, А. М. Трудовое право. Т. 2. / М.В. Лушникова, А.М. Лушникова. М.: Норма 2015. 1151с.

21. Лебедев, Е.Р. Воронкова, В.Г. Мельникова, В.Г. Современное трудовое право / Е.Р. Лебедев, В.Г. Воронкова, В.Г. Мельникова М.: СТАТУТ, 2007. 192 с.
22. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М.Н. Марченко. М.: ПРОСПЕКТ. 2008. 184 с.
23. Малютин, Н.С. Проблема нормативности решений Конституционного Суда Российской Федерации / Н.С. Малютин // Конституционное и муниципальное право. 2013. №1. С. 71-76.
24. Мартынич, Н., Колоколова, Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике / Н.Мартынич, Э.Колоколова // Российская юстиция. 1994. № 12. С. 20-24.
25. Нерсисянц, В.С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму / В.С. Нерсисянц. М.: НОРМА 1992. 286 с.
26. Попов, В.И. Судебный прецедент как источник трудового права / В.И. Попов // Вестник Челябинского государственного университета. 2001. № 2. С.90-96.
27. Попов, В.И., Сагандыков, М.С. Реализация принципа прямого действия Конституции РФ (на примере сферы труда) / В.И. Попов, М.С. Сагандыков // Вестник ЮУрГУ: Серия «Право». 2016. № 1. С. 85-90.
28. Пучинский, В. К. Гражданский процесс зарубежных стран / В.К. Пучинский. М.: ЗЕРЦАЛО. 2007. 55 с.
29. Рассказов, Л.П. Англосаксонская правовая семья: генезис, основные черты и важнейшие источники / Л.П. Рассказов // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. 2015. № 105. С. 2-5.
30. Романов, А.К. Правовая система Англии: учеб. Пособие / А.К. Романов М.: Дело, 2002. 344 с.
31. Римское право: учебник / под ред. О.А. Омельченко. М.: ТОН, 2000. 208с.
32. Римское частное право: Учебник для вузов / под ред. В.Д. Дождева. М.: НОРМА, 2004. 704 с.

33. Теория государства и права.: учебник / под ред. В.Д. Перевалова. М.: НОРМА, 2015. 172 с.
34. Теория государства и права: учебник / под ред. Хропанюк. В.Н. М.: ОМЕГА-А, 2014. 183 с.
35. Теория государства и права: Учебник / под ред. Венгеров А.Б. М.: Юриспруденция. 528 с.
36. Трудовое право России: учебник / под ред. В.А. Сафонова. Е.Б. Хохлова. М.: Юрайт, 2008. 129 с.
37. Трудовое право в системе российского права: Учебник / под ред. С.П Маврина М.: НОРМА. 2009. 478 с.
38. Трудовое право России: учебник для вузов / под. ред. Е.Б. Хохлова, В.А. Сафонова. М.: ЮРАЙТ, 2009. 673 с.
39. Трудовое право: Учебник / под ред. О.В. Смирнова, И.О. Снигиревой. М.: НОРМА, 2009. 600 с.
40. Трудовое право: учебник / под ред. Ю.П. Орловский. М.: Юрайт, 2014. 854с.
41. Трудовое право: учебник / под ред. Л. А Сыроватской. Трудовое право. М.: Юрайт, 1998. 255 с.
42. Трудовое право: учебник / под ред. В.Н. Толкунова. М.: Юрист, 1995. 448с.
43. Туманяц, Е.С. Прецедент в системе источников англо-саксонской и романо-германской правовой семьи / Е.С. Тумаряц // Вестник Омской юридической академии. 2015. №3. С 3-6.
44. Томашевский, К.Л. Система источников трудового права Беларуси (история, теория и практика): монография / К.Л. Томашевский. М.: Амалфея Межд. Ун-т МИТСО, 2013. 460 с.
45. Томашевский, К. Л. К вопросу о судебном правотворчестве в трудовом праве / К.Л. Томашевский // Социальное и пенсионное право. 2008. № 3. С. 39–42.

46. Филиппова, Е.С. Судебный прецедент в Англии, понятия, структура, особенности доктрины прецедента / Е.С. Филиппова // Вопросы современной юриспруденции. 2011. №3. С. 35-42.
47. Шершеневич, Г.Ф. Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич М.: Изд-во братьев Башмаковых 1911. 368 с.
48. Эбзеев, Б. С. Государственное единство и целостность Российской Федерации: конституционно-правовые проблемы / Б.С. Эбзеев М.: ЭКОНОМИКА 2005. 374 с.
49. Precedent in the Federal Republic of Germany. 1995. 23 p.
50. Schluter W. Das obiter Dictum. / Weller H. Die Bedeutung der Prajudizien im Verstandis // der Deutschen Rechts Wissensvaft. Berlin, 1979.
51. Rearson E. Law for European Business Studies. L., 1994. 23 p.

РАЗДЕЛ III ПОСТАНОВЛЕНИЯ ВЫСШИХ СУДЕБНЫХ ИНСТАНЦИЙ И МАТЕРИАЛЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ

1. Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности статьи 12 Закона СССР от 9 октября 1989 года "О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)» от 17.05.1995 N 5-П (в редакции от 20 мая 1991 года) в части, запрещающей проведение забастовок работниками гражданской авиации, в связи с жалобой Профсоюза летного состава Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. №21. Ст.1976.
2. Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона "Об акционерных обществах" в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан» от 15.03.2005 N 3-П // СЗ РФ. 2005. №13. Ст. 1209.

3. Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О судебном решении» от 19 декабря 2003 г. (ред. от 23.06.2015) № 23 // РГ. № 260. 26.12.2003.

4. Постановление Пленума Верховного Суда РФ (ред. от 21.11.2000) «О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации законодательства при разрешении трудовых споров» от 22.12.1992 № 16 // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 3. 1993.

5. Судебный кодекс Республики Армения от 7 апр. 2007 г. № ЗР-135 // [электронный ресурс]
http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=2_ (дата обращения 01.05.2019)