

УДК 340.132

*А. Д. Кириллова*

**ДИСКРЕЦИОННЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ СУДЕЙ  
В СТРАНАХ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ СИСТЕМЫ ПРАВА:  
СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ**

*Проанализированы особенности дискреционных полномочий судей в странах континентальной системы права. Автором проведен сравнительный анализ дискреции судей в государствах Северной, Западной и Южной Европы и сформулированы выводы об особенностях судебной дискреции в континентальной системе права.*

*This article analyses the features of judicial discretion in the continental law system. The author conducts a comparative analysis of the discretionary powers of judges in Northern, Western, and Southern Europe and describes the specifics of judicial discretion in the continental legal system.*

**Ключевые слова:** континентальная правовая семья, источник права, судебское усмотрение, дискреционные полномочия.

**Key words:** continental legal family, source of law, enforcement activities, discretion.

Развитие современного права невозможно представить без изучения правовых явлений во взаимосвязи с правовыми традициями прошлого и современности, а также с особенностями различных нацио-



нальных правовых систем. Рассмотрение особенностей дискреционных полномочий судей в странах романо-германской правовой семьи позволит выявить существенные характеристики и особенности данного правового явления.

Законодательная власть любого государства континентальной системы права стремится к максимальному урегулированию общественных отношений в нормах права. Однако опыт убедительно доказывает, что там, где в силу специфических особенностей общественных отношений невозможно применить жесткую регламентацию, законодатель устанавливает общую абстрактную норму права, передавая полномочия по конкретизации этой нормы в процессе ее реализации судебному органу, ограничивая при этом правоприменителя пределами допустимой нормы — закона. Философскую природу этого явления обосновывает Г. В. Гегель, утверждая, что требование абсолютного совершенства закона есть результат непонимания природы совершенства, которое имеет не статический, а динамический характер и представляет собой «непрерывное приближение» [1, с. 117]. Таким образом, законодатель изначально создает условия для применения судьями дискреционных полномочий, поскольку закон не может быть абсолютно законченным и всеохватывающим в силу динамичности и разнообразия общественных отношений.

Динамическая природа совершенства нормы (закона) обуславливает постановку одного из самых дискуссионных вопросов правовой науки и практики — проблему дискреции в правоприменительной деятельности судей.

Под дискреционными полномочиями мы понимаем полномочия, переданные государством судье как ключевой фигуре правосудия для реализации судом деятельности по разрешению гражданских, уголовных и административных дел. Дискреция как полномочие имеет своим источником римское право и на основании этого выступает как органичный элемент романо-германской правовой семьи. Анализ дискреционных полномочий судей приводит к пониманию, что основное назначение дискреции состоит в обеспечении эффективного и справедливого правосудия, а также позволяет сделать вывод о том, что дискреция применяется только на основе и в рамках закона. С позиции понимания права как системы, развивающейся вместе с обществом и для общества, дискреция имеет важное ценностное значение. Поскольку дискреции присущи субъективные аспекты (влияние на нее профессионального мировоззрения и нравственных качеств судьи), то существует риск, что она может стать причиной правоприменительной ошибки.

Проблема дискреционных полномочий судей по-разному решается в национальных правовых системах, принадлежащих континентальной (романо-германской) правовой семье, поэтому представляет интерес сравнительный анализ реализации данных полномочий в странах континентальной правовой семьи.



Романо-германская правовая семья (континентальная система права) начала формироваться в XII—XIII вв. Основанием для объединения правовых систем государств Европы в указанную правовую семью стали рецепция римского права и влияние канонического права.

С начала XII в., с появлением в Европе первых университетов и на протяжении Нового времени основной дисциплиной в подготовке юристов являлось римское право. Там, в средневековом университете была сформирована общая для всех европейских стран юридическая наука, в основе которой лежит свод законов (Кодекс) Юстиниана (529—534). Рецепция римского права в правовые системы государств средневековой Европы основывалась на идее закона как воплощения общей воли, признания высшей юридической силы закона, приоритетной роли нормативного акта как источника права, высокой роли судебных органов и необходимости кодификации законодательства.

Не меньшее влияние на формирование и становление романо-германской системы права оказало каноническое (церковное) право. Последнее трактуется как совокупность норм и правил (канонов), установленных церковью и регламентирующих как организацию церковной жизни, так и регулирование жизни верующих. Каноническое право, наряду с римским правом (гражданским правом) изучалось на юридических факультетах в средневековых европейских университетах.

Существенными признаками континентального права в современной юридической науке признаны: иерархичность права, где во главе стоит конституция, конституционные законы, обычные законы и кодексы как комплексы правовых норм для различных отраслей права, а также принцип *res judicata*, который означает окончательность судебного решения и недопустимость повторных пересмотров дела.

Иерархичность права стран континентальной Европы предполагает приоритет конституции, конституционных и обычных законов. Судебная практика в некоторых случаях признается источником права, однако не имеет такого значения для формирования правовых норм, как, например, в Англии. Существенной характеристикой романо-германской правовой системы является и ее дифференциация на право частное и публичное.

В романо-германской правовой семье норма права понимается как общее формально определенное правило поведения, которое реализуется в рамках принципов права, а юридическое мастерство заключается в умении найти норму права и применить ее с учетом баланса интересов сторон — участников судебного процесса.

В континентальных (романо-германских) правовых системах важное значение придается также юридической доктрине — научному подходу и трудам по вопросам правотворчества и правоприменения. Юридическая доктрина как системная характеристика континентальной правовой семьи тоже имеет истоки в европейской университетской юридической науке XIII—XIX вв. — именно в этот период разработаны принципы и конструкции романо-германского права. Юридическая (правовая) доктрина несколько столетий была одним из ведущих источников права — до тех пор, пока эта роль не перешла к закону.



Ведущей концепцией и основой в континентальной семье выступает понятие права как должного, а не как сущего, то есть того, что существует на самом деле. На основе такого понимания права деятельность судей реализуется в поиске и применении правовых положений, а не в самостоятельном формулировании норм и правил при вынесении решения по рассматриваемому делу.

Основополагающие характеристики континентальной правовой семьи по-разному проявляются в европейских национальных правовых системах, поскольку романо-германская правовая семья не однородна для всех европейских государств. Например, в праве стран Северной Европы судебная практика часто выступает источником права и в отдельных случаях имеет настолько большое значение, что некоторые ученые предлагают отнести национальные правовые системы этих государств к правовой семье «общего права». В Скандинавских странах судебные прецеденты и обычаи (торговые, морские) выступают источником права наряду с законодательством, а некоторые сферы общественных отношений регулируются только нормами прецедентного права, то есть в данном случае законодатель оставляет широкий простор для применения судьями дискреционных полномочий [8, с. 418].

Среди национальных правовых систем Западной Европы наиболее жестко позиция приоритета нормы закона была закреплена во Франции под влиянием кодексов Наполеона: Гражданского (1804), Торгового (1876), Уголовно-процессуального (1808) и Уголовного (1810) [7, с. 431]. Однако в Гражданском кодексе Наполеона закреплена норма, согласно которой «Судья, который откажется судить под предлогом молчания (silence), темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии» [3]. Другими словами, указанный закон предоставлял судьям право использовать дискреционные полномочия при недостаточной нормативной урегулированности общественных отношений.

В настоящее время во Франции изменилось содержание понятия «юриспруденция»: сейчас этим термином обозначается судебная практика, а не наука [2, с. 8], что свидетельствует об изменении роли судебной практики (как результата использования судьями дискреционных полномочий) в системе источников права в этой стране. Кроме того, в современной Франции ориентиром и принципиальным указателем разрешения «пробелов в законодательстве» при рассмотрении конкретных дел выступают решения Кассационного суда Франции [7, с. 435].

В свою очередь национальная правовая система ФРГ постулирует, что право не может быть создано посредством судебных решений, обычая и правовой науки [6, с. 82]. Однако в последние годы в ряде своих решений Федеральный конституционный суд Германии высказал позицию, определяющую, что конституционное право не ограничено текстом Конституции, а включает в себя наряду с нормой «некоторые общие принципы, которые законодатель не конкретизировал в пози-



тивной норме» [5, с. 219]. Подобный подход к источникам права предопределяет возможность для свободы усмотрения судей Федерального конституционного суда Германии при выполнении ими судебных функций.

Испанская национальная правовая система в аналогичных случаях предписывает судье обращаться последовательно «к обычаю, судебному решению, общим принципам» [5, с. 221], и это также дает основания полагать, что применение судьями дискреционных полномочий имеет место в судебных органах Испании.

В Швейцарии Гражданский кодекс предписывает судье «разрешать дело на основании того правила, которое он установил, будучи законодателем, следуя традиции и господствующей доктрине» [9]. Указанное положение предоставляет возможность формулирования судьей нового правила, которое, по нашему мнению, не являясь нормой права, выступает в качестве ее прообраза, который может стать основой для внесения изменений в действующие нормативно-правовые акты в установленном законом порядке.

Можно констатировать, что в континентальной правовой системе судья-правоприменитель в случае пробела в праве, в отличие от судьи-правоприменителя в системе «общего права», не может восполнить этот пробел непосредственно, а должен обратиться к закону и на основе расширительного толкования нормы применить ее как основание для судебного решения. В связи с этим представляется сложным дифференцировать случаи применения судьей расширительного толкования и использование дискреционных полномочий.

Следует также отметить, что реализация судебной дискреции в континентальной правовой семье, в частности романо-германской, носит ограниченный характер — по сравнению с реализацией судебной дискреции в традициях англо-американского права. Для национальных правовых систем в романо-германской правовой семье характерно разделение судов вышестоящих инстанций, рассматривающих уголовные, гражданские или административные дела по специализации. Во Франции сложилась следующая система высших судебных органов: суд кассации рассматривает жалобы по уголовным и гражданским делам, а в Государственный совет обжалуются судебные акты по административным делам. В Германии система высших судебных инстанций состоит из пяти высших судов — по социальным, уголовным, налоговым, административным и гражданским делам. Как верно утверждает Н. А. Гущина, для того, чтобы вершить правосудие, судьи не должны испытывать давления внутри самой судебной системы со стороны должностных лиц вышестоящих судебных инстанций [4, с. 93], что имеет существенное значение для использования судьями предоставленных им законом дискреционных полномочий.

В структуре высших судебных инстанций Франции, России, Италии, Германии имеются отделения (коллегии), в каждом из которых — определенное количество судей, состав которых может меняться при рассмотрении различных дел [7, с. 236]. Таким образом, само устройство судебной системы обуславливает то обстоятельство, что судебные



полномочия распространяются и на судебные органы, и на конкретных судей. Очевидно, что в данном случае использование судьей дискреционных полномочий при рассмотрении жалобы на судебный акт нижестоящей инстанции требует определенной системы контроля, то есть уступает по силе судебной дискреции в национальных правовых системах стран общего права.

Существенно то, что в странах романо-германской правовой семьи суды в основном не являются субъектами создания правовых норм, в то же время там встречается признание обязанности судьи следовать линии, установленной судебными решениями. Однако можно констатировать, что дискреция в странах романо-германской правовой семьи носит более ограниченный характер, чем в государствах, представляющих англо-американскую традицию права. В континентальной системе права, где судебное решение не выступает основным источником права, судебная дискреция индивидуализирована, то есть используется судьями относительно конкретных случаев при конкретных обстоятельствах, один раз для конкретного дела.

#### Список литературы

1. Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1990.
2. Головки Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимизации судебных решений // *Вестник гражданского права*. 2010. №6. С. 6–34.
3. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)* / пер. В. Захватаев. М., 2012.
4. Гуцица Н. А. Независимость судей как важнейшая гарантия усиления судебной власти // *Современное право*. 2015. №4. С. 91–96.
5. Давид Р., Жоффре-Спинози К. *Основные правовые системы современности* / пер. с фр. В. А. Туманова. М., 2009.
6. Здрок О. Н. *Гражданский процесс зарубежных стран : учеб. пособие*. М., 2005.
7. *Общая теория государства и права : акад. курс : в 2 т.* / под ред. М. П. Марченко. Т. 2. М., 2012.
8. Цвайгерт К., Кетц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*. Т. 1. М., 1998.
9. *Швейцарский обязательственный закон : федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса. Ч. 5: Обязательный закон* / пер. Н. Гайденко-Шер, М. Шер. М., 2012.

#### Об авторе

Александра Дмитриевна Кириллова — асп., Балтийский федеральный университет им. И. Канта, Калининград.

E-mail: tatarova-aleksandra@rambler.ru

#### About the author

Aleksandra Kirillova, PhD student, Immanuel Kant Baltic Federal University, Kaliningrad.

E-mail: tatarova-aleksandra@rambler.ru