

ИНОСТРАННЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

МОДЕЛИ ВЕРХОВНЫХ СУДОВ И ОТМЕНА ПРЕЦЕДЕНТА*

КРИСТИАН ДЕЛЬГАДО СУАРЕС,

профессор Университета Лимы и факультета права
Папского католического университета Перу

DOI: 10.24031/2226-0781-2017-7-5-149-169

Данная статья посвящена описательно-целевому исследованию двух моделей верховных судов, осуществляющих правосудие в правовых системах континентального права и общего права. Автор рассматривает классические и современные функции верховных судов; дает классификацию моделей верховного суда: реактивного и проактивного верховного суда. В результате такой идентификации автор проводит изучение разных форм исполнительных действий в каждой из этих моделей судов и рассматривает метод создания прецедентов. Цель исследования – рассмотрение функций и форм деятельности того или иного суда кассационной инстанции в перспективе теории правового исполнения. Основная задача и смысловая видяться в исторической перспективе как сопоставлению, которое будет использоваться судом кассационной инстанции, созданным в 1790 г. и являющимся примером модели реактивного верховного суда, все еще преобладающей в странах системы континентального права. В статье рассматриваются исполнение проактивной роли верховного суда и практика отклонения или отмены прецедентов. В заключение автор дает оценку тому, как Конституционный суд Перу стал применять технику отступления от недавнего прецедента 2014 г.

Ключевые слова: прецеденты; суд кассационной инстанции; overruling (отклонение); реактивный верховный суд; проактивный верховный суд.

* Перевод с испанского языка подготовили: Р.Ф. Закиров – старший преподаватель, младший научный сотрудник кафедры гражданского процессуального права Казанского филиала Российского государственного университета правосудия; Г.М. Закирова – старший специалист ООО «Интерштамп».

ON SUPREME COURT MODELS AND REVOCATION OF PRECEDENTS

CHRISTIAN DELGADO SUAREZ,

Professor at the University of Lima
and the Pontifical Catholic University of Peru

The article is devoted to descriptive-objective research of two models of Supreme Court which realize administration of justice in countries of civil law and common law. The author reviews classical and contemporary functions of supreme courts; gives classification of models of supreme courts: there are reactive and proactive models. As a result of this kind of identification the article reflects research of different forms of executive actions in each of these models and also considers the method of making precedents. The purpose of the research is to take a look on functions and forms of activity of courts of cassation instance through perspective of the theory of legal execution. This essay develops the main ideas through a comparative and historical method. Therefore, we aim to individualize and set some differences between the French cour de cassation (1790) and the contemporary civil law supreme courts. This will show two models of supreme courts: a reactive one and a proactive one. The article examines the implementation of the proactive role of the Supreme Court and the practice of overruling or rejecting precedents. In conclusion, the author proposes several changes and drafts some critics upon a recent Peruvian constitutional precedent created during the year 2014.

Keywords: precedents; court of cassation instance; overruling; reactive Supreme Court; proactive Supreme Court.

1. Введение

Суд кассационной инстанции должен контролировать применение общего права, усматривать смысл и находить значение правопорядка, быть правдивым верховным судом, и задача нашей статьи – попытаться дать точное описание данных действий. Нашей конечной целью является посмотреть, как могут быть поняты или рассмотрены функции верховных судов: в явно интерпретирующей или герменевтической перспективе, т.е. рассмотрение функций и форм деятельности того или иного суда кассационной инстанции в перспективе теории правового исполнения. Это позволит нам открыть *герменевтический круг* в работе всего суда и применить это в практике *отклонения* или отмены прецедентов. Также мы рассмотрим, каким образом данная проактивная роль или роль развития права исполняется высши-

ми судами, что достигается не только установлением какого-либо уже существующего прецедента, но также и его отменой. В заключение мы проверим актуальное положение дел – обращение к *отклонению* – на национальном уровне, в частности обратимся к недавней практике Конституционного суда.

2. Классические функции верховных судов

Очевидно, что верховный суд (как главная инстанция судебной системы), в определенном смысле, стал проверяющим органом. Имея данную компетенцию проверяющего, неясно другое: почему это полномочие позволило ему выступать только в качестве третьего проверяющего органа. Однако необходимо отметить, что кроме данной функции верховные суды или суды кассационной инстанции должны стремиться к установлению единых, относительно устойчивых во времени интерпретаций, таким образом, избавляясь от различных толкований законов и нормативных положений в целом. Иными словами, вышеупомянутые суды имеют функцию, которая посредством существующих прецедентов дает возможность праву направлять социальное поведение и сохранять правовую определенность и равенство.

Однако эти «авангардные» соображения не всегда присутствовали в историко-идеологическом развитии судов кассационной инстанции, принимая во внимание недавнее открытие функции интерпретации высших судов с учетом новых интерпретирующих теорий права.

2.1. Контроль законности (власти закона) – применение объективного права (общего права) как единственная функция судов кассационной инстанции

Установление таких кассационных случаев, как несогласие с законом, расхождение, неприменение правил, ненадлежащее применение правил, присутствовавших во всех гражданских процессуальных кодексах систем гражданского права, привело к тому, что суды фактически дискредитируют свои истинные функции. Мы говорим о функции определения смысла нормативных расположений, в которых явно прослеживается несогласованность в интерпретациях, которая приводит к путанице, порожденной двусмысленностью нормативных положений.

Таким образом, какое-то формальное несогласие с законом позволяет проигравшей стороне во второй инстанции подать кассационную жалобу или дополнительную кассационную жалобу в соответствии с другими процессуальными нормами, аргументируя тем, что обжалование основано на несогласии с определенной интерпретацией или, что еще хуже, тот или иной нормативный механизм не был применен и, значит, общее право также не применялось. Взгляните на непростую ситуацию, с которой мы сталкиваемся в данном случае и которая демонстрирует, что нет никакого интерпретирующего параметра для анализа, есть ли это нормативное нарушение на самом деле.

Легкость подачи кассационных жалоб привела к предсказуемому сценарию: накопление работы и чрезмерное расходование ресурсов судебной власти. По сравнению с *Верховным судом Соединенных Штатов*, где редко встречается *writ of certiorari* (приказ об истребовании дела), в верховных судах стран с системой гражданского права (кроме Германии и Австрии) обращение к судам кассационной инстанции оборачивается простым кратким объяснением того, какой нормативный механизм не применялся или был применен ненадлежащим образом.

Маринони утверждает, что *иррациональное увеличение жалоб, основанных на логике «противоречие закону» и искаженном применении расхождения в интерпретациях, приводит к тому, что суд должен рассмотреть эти жалобы и принять решение, основываясь на частном интересе исправления того или иного решения, в таких случаях речь не идет о необходимости седиментации и развития права*¹. Итак, если верховный суд будет действительно заботиться о своей функции, которая заключается в том, чтобы укрепить, стабилизировать вынесенные решения и исключить расхождения в интерпретациях с помощью установления существующих прецедентов, он и будет восприниматься как суд, который действительно дает смысл праву, имея *проактивную функцию в развитии права*.

Суд кассационной инстанции, с точки зрения общей теории права, отвечает за идентификацию между текстом, нормой и законом, за принятие когнитивной теории судебной интерпретации и за единственную функцию: провозглашение ранее уже существовавшей правовой нормы, которая была принята парламентом. Отмечается, что функция, которую выполняет суд кассационной инстанции, является реактивной функцией: так, например, Митидиеро указывает, что *суды кассационной инстанции, обеспокоенные прошлыми прецедентами, стремятся контролировать применение законодательства в каждом отдельном деле, рассматриваемом судьями первой инстанции*². Таким образом, можно сказать, что *данная функция активизируется из-за подачи кассационной жалобы заинтересованной стороной, которая заявляет о нарушении законодательства. Обратите внимание, что в этом сценарии обращение рассматривается как ius litigatoris*, т.е. как просто субъективное право (право личности). Мы видим, что основные функции верховного суда сдвинуты на второй план из-за личностных интересов в гражданском судопроизводстве и из-за повышенного внимания к *гарантии права на апелляцию*.

Однако такая модель судов имеет *статическую функцию защиты законности*, и это связано с рядом теоретических требований, к которым кратко мы сейчас постараемся обратиться.

¹ *Marinoni L.G. Stj Enquanto Corte de Precedentes, O: Recompreensao do Sistema Processual da Corte Suprema. Revista dos Tribunais, 2014. P. 125.*

² *Mitidiero D. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Revista dos Tribunais, 2013. P. 33.*

2.2. Теоретические требования функции суда кассационной инстанции

Во-первых, функция обеспечения законности судебных решений должна рассматриваться в свете некоторых требований, имеющих отношение к теории права, к теории судебного толкования и к связям, установленным между законодательством и судебной властью. Согласно Таруффо согласованность всех этих элементов приведет к *балансу интересов при вынесении решения*, что поспособствует формированию *реактивной* модели судов¹.

Первой из догм с четкой практической направленностью, характерной для большинства политико-юридических конструкций европейской правовой культуры XVIII в., является обеспечение *государственности и целостности* права². Вторая из этих догм состоит в теории судебного толкования как простой логически интеллектуальной деятельности, связанной с выявлением точного и объективного смысла законодательного положения, что, как отмечает профессор Гуастини, наблюдалось уже с 1800-х гг. Использование термина «*государственность*» необходимо для того, чтобы показать, что основы и корни права происходят от власти государства, в частности от законно назначенного института для создания права – парламента³.

То, что нас интересует в данном исследовании, так это соотношение права с текстом закона – идея, пришедшая еще из XIV в.⁴ И школа экзегетики, и *begriffs-jurisprudenz* (школа юриспруденции понятия) идентифицировали право с текстом нормативного положения и определяли его как чисто логически дедуктивный процесс применения. Особенно в сфере теории законодательства развивались идеи соотношения текста с законом.

Что касается теоретического требования классической деятельности верховного суда, то стоит помнить о его собственной функции правовой интерпретации. Модель верховного суда, которая рассматривает суд как орган, выполняющий функцию пересмотра [это должна быть третья инстанция], предполагает теорию когнитивистской интерпретации, также известной как формальной. Этот формализм в интерпретации означает выявление внутреннего смысла нормативного акта, значения, введенного и ранее существовавшего в действии интерпретации. Таким образом, Гуастини напоминает, что такая теория толкования была предназначена для *выявления и признания единственной, точной, объективной и правильной интерпретации закона*⁵.

¹ Taruffo M. La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – saggi sulla cassazione civile. Il Mulino, 1991. P. 73.

² Tarello G. Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e Codificazione. Il Mulino, 1976. P. 18–22.

³ Guastini R. Interpretare e argomentare. Giuffrè, 2011. P. 409.

⁴ Ср.: Villa V. Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica. Giappichelli, 2012. P. 78–79.

⁵ Guastini R. Op. cit. P. 409–410.

Мы могли бы сосредоточить теоретическое требование деятельности верховного суда в первую очередь на когнитивной теории интерпретации. Это подразумевает следующее: 1) каждая норма имеет внутреннее, неявное, но объективное и ранее заданное значение; 2) обязанность интерпретатора заключается в индивидуализации и формулировании значения, т.е. его определении; 3) возможное затруднение в интерпретации или возможное существование более чем одного значения, относящегося к одному и тому же нормативному утверждению, решается путем индивидуализации основного значения и исключения других значений, которые как следствие являются неверными; 4) метод интерпретации является логически дедуктивным и должен исключать любую оценку и дискреционный выбор интерпретатора; 5) судья объясняет норму, чтобы разъяснить ее значение, которое объективно существует, не делая оценочный выбор, и логически применяет норму к данному делу.

Этот результат достигается благодаря работе интерпретатора, основанной на грамматических, логических, исторических и систематических методах интерпретации, которые были установлены Савиньи. Однако можно сказать, что этот способ понимания закона непосредственно повлиял на гражданские процессуальные модели цивилистики и прежде всего является основным в понимании того, как должны восприниматься суды кассационной инстанции. Как мы уже отмечали, желание сделать судебную интерпретацию основной функцией судов кассационной инстанции возникло под влиянием французской модели судов, где данная функция является исключительной юрисдикцией верховных судов; отменять все решения суда, которые содержат *contravention expresse au texte de la loi* (упоминание нарушения закона), быть внимательным к *esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale* (точное соблюдение и единообразное толкование закона, единство национального законодательства).

В любом случае важно упомянуть, что функция суда кассационной инстанции (по образцу послереволюционной французской модели) не являлась только юрисдикционной, что означает: суды кассационной инстанции могли отменять или не отменять судебные решения. В действительности, отменяя вынесенное решение, суд кассационной инстанции *разрушал, не строя*, поскольку интерпретация нормативного документа – *конструирование (построение)* – или закона принадлежала другой власти.

Таким образом, основываясь на вышесказанном, мы можем сделать небольшой вывод: *отсутствие изначальной возможности утвердить ту или иную интерпретацию закона помешало суду кассационной инстанции наметить четкие контуры законодательства, гарантирующего однородность и единство в своих интерпретациях*. Данный запрет, который в настоящее время не имеет место быть, даже привел к тому, что в послереволюционной Франции существовала схема обязательного *référé* (срочное или временное решение суда) как своего рода

консультативная форма для законодательной власти о необходимом и должном в данном случае толковании закона.

Сделав частичные выводы, мы хотели кратко показать, что изначально представляемая модель верховных судов (включая современную модель) предполагалась как главный теоретический механизм существования единой и верной законодательной нормы, которая уже должна существовать до ее судебного применения в том или ином положении. Сейчас задача правовой герменевтики в этой сфере – *открыть* (найти) данное значение, а не наделять *значением или смыслом* указанный нормативный текст. Именно это определило суд кассационной инстанции или верховный суд как высший орган, находящийся на вершине судебного механизма для осуществления правовой поддержки законности решения.

2.3. Полномочия кассационного суда: забота о *contravention expresse au texte de la loi* (защите от явного нарушения закона)

Кассационная жалоба, основанная на несогласии с законом, произошла от концепта «*contravention expresse au texte de la loi*» («защита от явного нарушения закона»). Происхождение кассационной жалобы возникло благодаря сравнению текста закона с его неуместным и неподобающим применением или довольно многозначной интерпретацией в вынесенном первой инстанцией приговоре. Однако, если «*contravention expresse au texte de la loi*» означало неприменение уже существующей нормы, данной парламентом, каким было поведение верховного суда перед неправильной интерпретацией?

Так как кассационная жалоба имела функцию обжалования вынесенного приговора, который составлял некую конфронтацию с нормой законодательства, кассация не могла быть подана против *fausse interprétation de la loi* (неправильное толкование закона). Кассация не могла сдерживать (подавлять) и требовать чего-то, что запрещено судебному органу: присваивать значение нормативному положению или дать другую коннотацию и концептуальное значение уже существующей норме, происходящей от законодательной власти.

Таким образом, суд кассационной инстанции волновало только нарушение закона. Не имели никакого значения ни отрицание принципов права, ни несоблюдение традиционного права. Кассация просто защищала власть парламента перед судебным органом¹.

Под компетенцией суда кассационной инстанции классического характера понималось то, что действие или процесс судебного применения права заключались только в логически дедуктивном процессе, основанном на силлогизме, в котором главным условием является положение (пункт правовой нормы), а второстепенным – дело и потом судебное решение. Таким образом, суд кассационной инстанции сохранил только рассмотрение вопросов права. Это и составляет

¹ Calamandrei P. La Casación Civil. Comares, 2006. P. 50–51.

прочное ядро компетенции модели суда кассационной инстанции – проведение *судебного контроля по обжалуемому решению*. Суд кассационной инстанции проверяет, правильно ли суд низшего уровня истолковал закон и применил его. На самом деле контроль, осуществляемый судом кассационной инстанции, является *новым контролем* над надзором, осуществляемым по апелляции органом юрисдикции второй степени. Обзор основан на одном параметре: было ли обжалуемое решение в пределах *законности*, понимаемой как интерпретирующие и применительные значения определенного нормативного положения, установленного парламентом. Вопрос права – в классической модели суда кассационной инстанции – сводится к контролю законности обжалования судебного решения. И это совсем не то, чем современный верховный суд должен заниматься: устанавливать единство в толковании нормативного текста для сохранения правовой безопасности; иметь *проактивную функцию*.

Таким образом, мы подходим к другому пункту: сокращенная компетенция суда кассационной инстанции приравнивается к *реактивной функции*.

Если принять во внимание, что компетенция суда кассационной инстанции ограничивалась или лимитировалась простой юридической коррекцией или юридическим контролем обжалуемого решения, как следствие мы получаем, что функция, осуществляемая судом, является *реактивной* и не получает *развития*, или, по-другому, не является *активной*.

Это предполагает периодическое появление нарушения права, которое уже имело место, т.е. исправляется противоречие в отношении нормативного текста, нейтрализуются эффекты или, как мы говорили выше, это разрушает и не конструирует. Таким образом, суд реагирует только на уже произошедшее нарушение закона. По словам Каламандреи, суд, защищая законодательство, действует как контролирующий орган, защищающий общее право. Согласно Митидиеро именно по этой причине верховный суд должен исправить прошлое, контролируя применение закона в конкретном случае, направленное на контроль судебных ошибок в отношении нормативного текста.

Если говорить о *реактивной функции* суда кассационной инстанции, очевидно, что интерпретация закона собственно не является конечной целью данной инстанции. Интерпретация – это способ достижения другой цели – проверки законности судебных решений.

Каламандреи очень ясно приводит доказательства, указывающие на данную функцию. Итальянский процессуалист отмечает, что верховные суды должны функционировать для обеспечения того, чтобы нижестоящие суды соблюдали объективность при применении нормы права. Из вышесказанного следует, что постреволюционная модель французского кассационного суда – это контролирующий орган, а не суд, занимающийся толкованием права. Отсюда берет свое начало и термин *«potofilaquia»* (контроль за правильностью применения норм права).

Действительно, функция контроля (за правильностью применения норм права) кассационного суда защищает законодательство перед судебными решениями.

Этот контроль правоповедения, осуществляемый судом кассационной инстанции, конечно же закрепляет определенные толкования закона для того, чтобы знать, нарушают или нет конституционное законодательство суды первой инстанции при рассмотрении дела. Данное суду кассационной инстанции обязательство унифицировать правоповедение является всего лишь инструментом по отношению к его действительной цели контроля законности вынесенных решений. Как говорил Митидиеро, *речь идет о меньшей обязанности; пусть, конечно, занимается унифицированием правоповедения, но только как средством заботы или защиты правоприменительной практики в судебных решениях*. Стоит вспомнить, что данное унифицирование правоповедения уходит своими корнями в необходимость исправления неверных интерпретаций или применения собственно нормативного текста, пренебрегая нормы парламента. Унифицирование права даже не задумывается о влиянии прецедента как конечной цели. Упорядочение интерпретаций, данных другими судебными органами, также не являлось заботой суда кассационной инстанции. Пунктом отправления (здесь понимаем как единство правоповедения) служит функция защиты законности судебных решений, так как, если бы существовал какой-либо контроль толкований, он бы ограничивался применением законодательного механизма.

Как следствие данное обстоятельство превращается в другую аномалию: расхождение в интерпретации одного и того же нормативного документа или нормы права не вызывает должного беспокойства в правовой системе. Поскольку не уделяется должного внимания тому, что суд кассационной инстанции игнорирует прецеденты, наделяющие смыслом или значением то или иное нормативное положение, функцией суда по-прежнему остается защита законности, а не развитие единства права.

Из всего вышесказанного можно понять, что право на обращение в суд кассационной инстанции воспринималось действительно как субъективное право сторон, на что также указывает Каламандреи. Это означало, что кассационная жалоба, воспринимаемая всего лишь как *ius litigatoris*, в первую очередь была предназначена для защиты *важного положения (суда) в спорах*, что является несовместимым с наличием точной системы отбора (фильтра) жалоб или техники рассмотрения повторяющихся жалоб, как происходит, например, в Бразилии. Такое понимание права на обращение в суд кассационной инстанции может быть оправдано подтверждением нарушения какого-либо нормативного положения, закона. Заявив об этом, истец сможет обратиться в суд кассационной инстанции для защиты решения, в котором не были соблюдены грамматические рамки или не была применена норма, которая уже была предложена парламентом в законе.

Наконец, данное обстоятельство, где суд кассационной инстанции уже на своем начальном этапе развития не уделял должного внимания и не беспокоился о единстве интерпретаций закона, было ярко продемонстрировано Каламандреи: *два апелляционных суда, имеющих отношение к одному и тому же вопро-*

су права, выносили диаметрально противоположные решения, которые и дали начало двум кассационным жалобам. Решения, принятые судом кассационной инстанции, становятся довольно курьезными для тех, кто считает, что верховный суд – это суд, дающий толкование праву, поскольку именно из-за существования *расхождений в интерпретациях* и как следствие отсутствия ясности и точности в законе *не предоставлялось требование, которое позволило бы обратиться в суд кассационной инстанции через кассационную жалобу, т.е. нарушение закона или явное неисполнение текста закона*. Суд в такой своей форме воспринимал расхождения в интерпретациях как условие, указывающее на незаконность кассации, поскольку ни одна из данных интерпретаций не нарушала норму, приведенную законодателем.

Таким образом, возникает следующий вопрос: если деятельность по интерпретации изначально является законодательной функцией, какую роль в этом должен играть верховный суд или суд кассационной инстанции, которые заботятся о правовой (судебной) безопасности и единстве в интерпретациях закона?

3. Первые шаги к единству интерпретаций и «новая» функция верховного суда

Хорошо известно, что послевоенная правовая мысль во всей континентальной Европе выражалась в сильной тенденции к совершенствованию правового позитивизма, государственности и правового законодательного государства в целом. Это в некотором роде сопровождалось признанием судебного права как *системы правового производства, в какой-то мере автономной по отношению к законодательной власти, которая в любом случае согласуется с ним в правовом производстве*.

Этот феномен *практического правоведения*, который был отмечен Заккариа, закрепился в Германии после Второй мировой войны. Правоведение начинает связываться со светской поддержкой моральной традиции и естественного права. Это означает, что оно начинает *требовать большей свободы, чем было раньше, по отношению к закону и государству*. Это растущее понимание законодательного права толкнуло всех правоведов и даже сам суд произвести множество судебных интерпретаций, которые основаны на критериях внезаконодательной оценки. Очевидно, что принципы и нормативные положения, внесенные в конституцию, сейчас принимаются как обязательные к исполнению.

Однако судебная интерпретационная деятельность под действием этой нормативной структуры принимает решение, что судебная интерпретация требует выхода за рамки простого буквального или грамматического значения положения, поскольку как принципы, так и нормы или конституционные положения имеют не только неопределенное или общее строение, но, как мы видим, и ошибочное. Парламент оказывается бессилем в регулировании всей и каждой в отдельности

социальной деятельности человека с помощью кодексов и законов и в первую очередь вступает в сотрудничество с судебной властью, чтобы позволить ей осуществлять деятельность, которую он всегда запрещал: придавать значение нормативному тексту и наделять смыслом нормы законов.

«Вновь открывшаяся» возможность судей интерпретировать привела к появлению большего количества разнообразных интерпретаций, что в результате породило некое *инакомыслие*.

В настоящее время именно верховный суд и суд кассационной инстанции должны противостоять и защищать от интерпретативной шизофрении, к чему может прийти вся национальная судебная власть из-за двусмысленности, неопределенности или неясности всего нормативного текста. Это верховный суд призван обещать судебную безопасность и осуществлять единство в интерпретациях закона вместо различных диссонирующих между собой и ошибочных толкований.

По мнению Таруффо, верховный суд – превосходя французскую модель суда кассационной инстанции – имеет современную роль, которая находится на километровом расстоянии от той роли или функции, которые первоначально были отведены французскому суду кассационной инстанции. Как мы отмечали ранее, в странах, принадлежащих к традициям гражданского права [исключение – Австрия и Германия], верховный суд имеет непосредственно реактивную функцию и защищает законность.

Между тем в странах *Содружества*, связанных традицией *общего права*, мы видим, что верховные суды выполняют не такую субъективную функцию. Напротив, функция таких судов проходит через смысловое направление права и эволюцию правопорядка через закрепленные интерпретации, которые были даны этими судами [благодаря использованию техники прецедента]. Эта функция осуществлялась через существующий прецедент, и мы считаем возможным трансплантацию такого же механизма из традиции общего права в традицию цивилистики.

4. Современные функции верховного суда.

Предварительные условия

Верховный суд имеет различные функции, среди них: 1) контроль законов [только в некоторых системах]; 2) окончательная проверка некоторых спорных вопросов; 3) защита и развитие законности.

Нашему исследованию интересна последняя из этих функций. Следуя Таруффо, необходимо разделить эту функцию на две подфункции: а) защита законности и б) развитие законности. Что касается первой подфункции, то для того, чтобы установить концептуальную позицию, *защиту законности необходимо отнести к реактивной функции, т.е. когда нарушение права уже установлено и вмешательство суда направлено на завершение вопроса о нарушении и устранение или нейтрализацию уже осуществленных действий*. С другой стороны, разви-

тие законности затрагивает функцию, которая может быть определена как проактивная, которая «запускается», когда решение верховных судов направлено на получение результатов в будущем, т.е. предотвращение нарушений законности и поддержку эволюции и трансформации права.

Говоря точнее, мы заинтересованы в исследовании функции *развития законности*, которую мы определяем как функцию, которая должна иметь первостепенное значение в современной модели верховного суда. Под *законностью* подразумевается правильное применение нормы права, что, без сомнений, имеет отношение к интерпретации права и его применению в разрешении конкретного дела. Например, Кардозо под судебной функцией понимает *логику, историю, навыки, единство и общепринятые стандарты правильного поведения, которые можно определить как силы, которые, по одной или в сочетании, формируют прогресс права*. В этом и суть всей работы по интерпретации: добавление значения и создание выбора интерпретаций, чтобы в итоге получился нормативный текст с указанными выше критериями.

Таким образом, стремление к *развитию законности* предполагает развитие права, поскольку, например, Брауна в своих исследованиях говорит о том, что *закон не является истинным правом*.

Только путем принятия в качестве отправной точки традиции *common law* (общее право) верховные суды смогут осуществлять *проактивную* функцию и функцию *развития права*. Тем не менее как в Верховном суде США, так и в немецком *Bundesgerichtshof* доступ к таким судам предоставляется, если решение о *certiorari* (истребование дела) или о пересмотре соответственно будет способствовать развитию права. Главной чертой этой функции является то, чтобы вопросы права, предоставленные на рассмотрение в эти суды, действительно заслуживали или оправдывали рассмотрение жалобы и способствовали развитию права. Таким образом, мы можем заявить, что это ориентированная на будущее функция. Итак, верховный суд сам определяет выбор своих интерпретаций, которые будут направлять право и развивать его посредством различных *ratio decidendi* (правило закона, на котором основано судебное решение), которые могут быть созданы для решения проблемы расхождений в интерпретациях. Из этого естественно следует, что верховный суд может быть тем органом власти, который посредством установления существующих прецедентов позволил бы найти определенную юридическую интерпретацию в целях правовой определенности и единообразия толкования. Кардозо отмечает: *одни из наиболее фундаментальных социальных интересов – единство и беспристрастность права. В его действиях не должно быть ни предвзятого суждения или благосклонности, ни необоснованного произвола или прихоти. Следовательно, на первое место выйдут приверженность прецеденту*.

Учитывая это, более подробно необходимо рассмотреть функцию единства права как неотъемлемую функцию современного верховного суда.

4.1. Проактивная функция верховного суда: единство права посредством прецедента

Как и все языковые явления, право представляет собой набор знаков, которые приводят к описанию различных явлений со стороны тех, кто их интерпретирует, т.е. тех, кто оперирует этими юридическими языковыми знаками. В этом смысле, учитывая множественность интерпретаций или значений, которые встречаются в нормативных документах, должны существовать средства или инструменты, которые отвечают за *сосредоточение конечного значения в определенных контекстах и обеспечение их единства*. Мы можем утверждать, что именно эта функция должна быть основной в верховных судах, функция, которая будет состоять в том, чтобы придать единство праву и присвоить единый смысл [однозначную интерпретацию]. Данная функция, которую ранее мы назвали *проактивной*, предназначена для правильного толкования и применения права как для судебного аппарата, так и для гражданского общества, поскольку функция верховных судов – это внесение ясности, осуществление унификации и развитие закона.

Если говорить точнее, достижение желаемого единства права зависит от интерпретирующей деятельности, реализуемой верховными судами. Это означает, что верховный суд направлен на определение, соблюдение и обеспечение следования уже данной интерпретации путем надлежащего использования и применения норм, которые управляют интерпретационной деятельностью. Таким образом, только с помощью последнего слова, продиктованного верховным судом (будь то верховный суд или суд конституционной инстанции), возможно осуществление правильной интерпретации нормативного текста, будь то для определения смысла или для его должного развития.

Теперь, определив функцию, отвечающую за уменьшение, а после и полное исчезновение расхождений в интерпретациях, функция верховного суда предполагает приверженность к теории правовой интерпретации, которая считает, что всем *правовым формулировкам присуща потенциальная двойственность*. Значит, отказ от принятия *ratios* (норм) самим верховным судом или судом низшей инстанции включает в себя отказ от полномочий функции суда, – и его прецедентов в том числе, – но также предполагает отказ от принятия суда как органа, который имеет основное и последнее слово относительно надлежащего толкования права.

Вышесказанное дает нам право утверждать, что в данном контексте правило *stare decisis* (правовой принцип определения пунктов судебного разбирательства в соответствии с прецедентом) крайне важно для надлежащего функционирования права и всей системы правосудия. Маккормик вполне справедливо указывает, что *признание связывающей силы прецедента является не отклонением нормы позитивного права, а прямым следствием признания аргументационного характера правовой интерпретации*.

Однако если *potoflaquia* подразумевала заботу или защиту применения закона, то с появлением новых теорий интерпретаций и учетом реальной функции

верховных судов считаем очевидным охарактеризовать *nomofilaquia* как интерпретирующую деятельность, которая в свою очередь определила, что жалоба, которая ее активирует [кассационная либо дополнительная], отличается интересом к *jus constitutionis* (конституционное право), т.е. в интересах единства права, а не с личной целью или в интересах *jus litigatoris* (тяжущихся).

Интерпретирующая функция контроля за правильностью применения норм права, конечно, является неким оправданием для связующей силы прецедента. Поскольку цель верховных судов, согласно Митидиеро, заключается в том, чтобы устранить двусмысленность права до определенного фактического нормативного контекста посредством фиксирования толкования, *естественно, что произошедшая от этого норма играет определяющую роль в будущей интерпретации*. Поэтому, как отмечает Дамаска, существующий прецедент выступает в качестве интерпретирующего стабилизатора и тем самым является основанием для принятия решения для остальных судебных органов. Только таким образом *право сможет адаптироваться к изменяющимся обстоятельствам и социальным требованиям с помощью подходящих, постепенно выявляющихся интерпретаций и интеграции пробелов*.

Как частично окончательные условия решения верховного суда, раскрывающие необходимое значение для регулирования жизни в обществе, объединяют исходные данные (отдельные элементы) в правовой порядок и интересуют все общество. Этот интерес не совпадает с частным интересом заявителя, направленным на простой контроль законности или устранение обжалуемых решений, которые противоречат норме права. Функция высшего суда, порождающая развитие права, проецируется на все общество и, в определенной степени, обязует суды нижестоящей инстанции употреблять в своих формулировках и решениях уже предписанные значения, что, необходимо сказать, является правильным.

В такой перспективе оперативная часть решения, изложенная в кассационной жалобе, имеет мало значения, поскольку она решает только частный конфликт сторон. Это и есть причина для принятия решения или так называемого *ratio decidendi* (норма права, на которой основывается закон), которые определяют поведение всего общества, поскольку они устанавливают схему поведения для всех граждан и национальной судебной системы. По словам португальского конституционалиста Канотило, судебная правовая определенность достигается с помощью прецедентов, поскольку они порождают предсказуемость и дают законную перспективу гражданам, учитывая, что суд с помощью прецедентов порождает норму общего поведения, которой придерживаются судебные органы.

Однако, затрагивая тему прецедентов, невозможно не обратиться к методу отмены прецедентов, так называемому *отклонению*.

5. Отмена уже существующих прецедентов и отклонение как аргументирующая техника проактивной функции верховных судов

Неприемлемо, что отмена прецедентов с абсолютным спокойствием принимается в общем праве, и такая аргументирующая практика распространена как в Верховном суде США, так и в Соединенном Королевстве.

Когда мы говорим о современной функции верховных судов, то подразумеваем взаимодействие конструирования и развития права и правовой системы, нельзя отрицать возможность того, что сами прецеденты могли бы быть отменены в связи с улучшением или совершенствованием той или иной нормы, которая уже устарела или бесполезна для направления общественного поведения. Верховные суды имеют право отменить прецеденты, которые перестали соприкасаться с реальностью, с новыми значениями или перестали быть созвучными с толкованиями права, позволяя заменять устаревший прецедент новым.

Перуанский опыт в технике *overruling* (отклонение) принадлежит Конституционному суду. К сожалению, опыт в данной технике богат отрицательными моментами, а именно отсутствием определенных критериев, когда нужно его отменять.

Необходимо подчеркнуть, что существует мало решений, в которых четко и широко развит радиус действия техники «отклонения». Широта полномочий или усмотрения, предусмотренная в ст. VII Предварительного раздела Конституционно-процессуального кодекса, делают это возможным. Наличие полномочия «усмотрения», которое дает право установить причины дела и как следствие право на решение, когда прецедент будет отменен, подразумевает большую осторожность при присвоении смысла этому открытому правилу.

Но что же такое «отклонение»?

Под термином «*overruling*» («отклонение») необходимо понимать аргументирующую практику, направленную на совершенствование определенного понятия, установленного по средствам существующего прецедента, которое будет удалено или исключено из правовой системы. В частности, речь идет об отмене прежнего *ratio decidendi* с учетом новых социальных или правовых обстоятельств, которые определяют, что сохранение прецедента создает большую неясность, чем его отмена. «Отклонение» стремится изменить *статус-кво*, данный предыдущим прецедентом, всегда через новую интерпретацию, которая будет служить поддержкой нового правового правила, представленного верховным судом, или когда обстоятельства дела уже не совпадают.

Таким образом, мы можем увидеть связь между *отклонением* и проактивной функцией верховных судов. Следует понять: значение правовой определенности, равенства и стабильности – все это указывает на проактивную функцию любого верховного суда, и этого можно достичь только с установлением прецедентов. Важно то, что установление прецедента – будь то нормативного или интерпрети-

рующего – заключается в умении исключать *ratio* (норму), которая с изменением обстоятельств дела или пунктов права уже не будет соответствовать той самой системе, которую она пытается защитить посредством единой интерпретации.

Если мы хотим проанализировать законодательный порядок на сравнительном уровне, то Маринони выдвигает *de lege ferenda* свод норм с той же нормативной «открытостью», что и в ст. VII Конституционно-процессуального кодекса, но с добавлением других техник для соответствующих манипуляций с прецедентом и с *отклонением*.

Так, бразильский профессор предлагает:

Статья 6. При наличии особых обстоятельств, должным образом представленных и обоснованных, Суд может отменить свои прецеденты.

Статья 7. Суд при аннулировании прецедента, который имеет непосредственную эффективность или полезность, должен объяснить свое действие и быть в состоянии ограничить закон или норму, имеющие обратную силу, или дать ему потенциальное действие, учитывая степень доверия, возложенную на прецедент, и важность применения немедленного решения.

Принимая во внимание полномочия Конституционного суда Перу, мы считаем, что более чем полезным для саморегулирования является то, чтобы он сам мог прояснять и определять ситуации, в которых прецедент может быть отменен, и когда ему может быть предоставлена определенная временная эффективность, или предпочтительнее установить законодательные параметры действий, отменяющие прецеденты.

Одна признанная доктрина указывает на два варианта временного действия, когда Конституционный суд устанавливает прецедент. Так, *когда он решает изменить (сменить) существующий прецедент, может упорядочить последующее применение его эффектов таким образом, чтобы для дел, которые находятся в стадии рассмотрения, правила применялись так же, как и для тех, которые были начаты после появления прецедента, и может принять решение об изменении существующего прецедента, откладывая его применение до более поздней даты, когда определенные ситуации и обстоятельства будут усовершенствованы для вступления в силу.*

На национальном теоретическом уровне профессор Гарсиа Тома перечисляет ряд фактических причин, по которым Суд мог бы осуществить отмену прецедентов, а именно (а) *когда установлено, что прецедент породил юридические, политические или социальные последствия, отличающиеся от предусмотренных судом;* (б) *когда установлено, что прецедент исчерпал себя в связи с появлением новых достижений науки и техники, социальных политических трансформаций или новых течений в правовой доктрине;* (в) *когда установлено появление изменений в Конституции посредством конституционной реформы;* (г) *когда после обновления членов законодательного органа появляется новое и отличающееся от предыдущих мировоззрение судей.*

На самом деле мы не согласны с тем, что прецеденты могут быть отменены из-за новых понятий или мировоззрения и идеологических особенностей новых судей. Личное восприятие и умозаключения судьи не могут быть объективны, когда мы говорим об отмене прецедентов. Об этом пишет и Маринони: он считает очевидным, что для изменения прецедента недостаточно нового личного и индивидуального понимания вопроса права. Позиция одного теоретика или судьи не имеет значения, если решается вопрос о сохранении или об отмене прецедента. В действительности воля меньшинства, или, вернее, того, что не является общим выражением и мнением законодательного сообщества, абсолютно неспособна принимать решение о стабильности прецедентов.

Необходимо рассмотреть одну предпосылку, основанную на латинском изречении, которое не имеет особого отношения к теме прецедентов, но связано с отменой законов. Через данное изречение возможно воссоединение в один принцип разнообразия причин или доводов, которые, как известно, позволяют применить *отклонение*.

Если мы согласны с тем, что связующий прецедент как в общем праве, так и в цивилистике выступает в качестве источника права [если источник дела, источник акта, первичный или вторичный источники не имеют значения], это приведет к прекращению подчинения верховенству закона для того, чтобы войти в подчинение власти существующего прецедента в поисках внутренней согласованности правовой системы.

В этом ключе, принимая во внимание *cessante ratione legis* (отмена причины, условия), *cessat ipsa lex* (отмена самого закона), мы можем видеть, что, когда условия закона прекращаются, сам закон прекращает свое существование. Иначе говоря, законы становятся бесполезными, когда причины их создания и применения прекращаются, перестают существовать или *больше не соответствуют действительности*. Однако даже если латинское выражение относится к термину «*lex*» («закон»), ничто не мешает тому, чтобы такая основа могла быть понята как основа аннулирования прецедента, когда причины его сохранения или существования прекратились. Прецедент, таким образом, теряет свою силу, когда уже нет общественных и правовых причин, которые изначально служили основой для формирования данного прецедента.

Как же обстоят дела на национальном уровне?

5.1. *Flashes* (краткие сообщения) о существующих прецедентах, содержащиеся в STC 3741-2004-AA/TC, и их последующая отмена в STC 3741-2012-PA/TC

В процессе рассмотрения дела № 3741-2004-AA/TC Конституционный суд Перу создал прецедент, согласно которому *каждый суд или коллегиальный орган государственной администрации стал обладать полномочиями и обязанностью отдавать предпочтение Конституции, а не применять противоречащее ей положение, явно нарушающее по форме или по существу, в соответствии со ст. 38, 51 и 138 Конституции.*

Однако через 10 лет благодаря прецеденту (СТС 4293-2012-РА/ТС) было установлено, что для решения конкретных случаев административные органы не обладают компетенцией или полномочиями для контроля конституционности норм, применяемых в конкретном случае. Это и является обеспечением и защитой Конституции, основных прав и конституционных благ.

Причины решения такой отмены были следующими: *процессуальные причины*: при установлении прецедента 3741-2004-АА/ТС не были прописаны правила образования прецедента, содержащиеся в СТС 00024-2003-АИ/ТС. В дополнение к этому и, по мнению судей высшей инстанции, не было никакой законодательной пустоты или противоречивых толкований относительно того, кто должен осуществлять контроль, который оправдал бы решение Суда по делу Ярленке. Из *существенных причин*: было указано, что разрешение контроля со стороны государственного управления влияет на принцип разделения полномочий и двойственную систему двойного контроля за конституционной юрисдикцией. Утверждалось также, что *право осуществлять контроль закреплено за теми конституционными органами, которые, как и судебная власть, национальное избирательное жюри или сам Конституционный суд, осуществляют законодательные функции*.

Смягчая доводы подавляющего большинства, единственный голос судьи Урвиола Хани демонстрирует чувствительность при обращении к прецеденту и, самое главное, к его последствиям перед лицом резкой отмены прецедента. Мы считаем, что такое голосование является единственным спасением перед *отклонением*. Тот же конституционный судья кратко заявил, что *существующий прецедент нельзя игнорировать без предварительного анализа того, каковы были причины, вызвавшие административный диффузный контроль в правовой системе, и есть ли способы его улучшить. Он добавил, что лучшим решением было бы не устранение диффузного административного контроля, а, наоборот, его улучшение, добавив, например, новое правило, включающее процедуру консультаций*.

Таким образом, перед нами открывается трагическая реальность: Конституционный суд в широте своих полномочий, предоставленных ст. VII Предварительного раздела Конституционно-процессуального кодекса, законодательно установил правила для формирования прецедента и с их помощью допустил своего рода открытие в интерпретации в отношении того, как, когда и для чего отменяется связующий прецедент. Отсутствие единства в общей теории прецедента на уровне Суда наряду с открытой нормативной основой единственной статьи, которая регулирует конституционный прецедент, допустило расхождение в интерпретациях вокруг прецедента и отсутствие знаний о принципах для того, чтобы отказаться от прецедентов или отменить их.

Можно ли утверждать, что причины, которые привели к отмене данного прецедента, были неизвестны или вообще не существовали на момент его создания? В любом случае в течение 10-летнего срока действия этого прецедента: 1) уста-

новлено ли, что прецедент породил юридические, политические или социальные последствия, отличные от тех, которые предусмотрены органом выдачи? 2) прецедент утратил свою актуальность из-за достижений науки и техники или из-за политико-социальных изменений, новых течений права? 3) произошли ли какие-либо изменения или конституционные изменения, которые предполагают отмену прецедента? Беспокоит то, что основное ядро отменяемого прецедента составляло халатное отношение, которое суды и административные органы применяли во время диффузного контроля, хотя данный прецедент мог быть сохранен или модифицирован, а не просто несвоевременно отменен.

Еисенберг справедливо заявляет, что *условиями отмены прецедента являются: 1) социальное несоответствие и отсутствие системной последовательности в правовой системе; 2) износ значений, поддерживающих стабильность прецедента, которые больше способствуют его отмене, чем обеспечивают его стабильность*. Это неизбежно приводит к утверждению, что аннулирование прецедента само по себе влечет пагубные последствия: оно порождает перелом или некое разорение в правовой системе из-за необходимости новой интерпретации, в данном случае конституционной, которая отменяет первоначальный прецедент. Когда речь идет о принципе динамической непрерывности прецедента, необходимо выдвинуть промежуточный термин, который может существовать какое-то время и после осторожно быть отменен без такого резкого разрыва, перелома.

Если функция высших судов – Верховного суда и Конституционного суда – придавать смысл праву и порождать равенство в интерпретации закона, следовательно, до того, как производить любые изменения в понятиях, минимальный элемент этого нового образования должен быть подвергнут правильному аргументирующему исследованию, чтобы понять, отменить или же изменить прецедент. Эта практика должна основываться на определенных критериях, которые регулируются только в рамках законодательной практики Конституционного суда. Прецедент, будь то судебный или конституционный, неизбежно создан «сверхпроцессуально», либо для изменения положения дел, либо для дидактической функции. Осуществление этого резким и безответственным способом может привести только к правовой неопределенности.

Рассматривая этот вопрос на национальном уровне и ставя его перед лицом недавнего решения об отзыве административного диффузного контроля, будет справедливо заявить, что как процессуальные, так и субстантивные причины, на наш взгляд, не создают новые причины и тем более основания, которые действительно доказывают, что прецедент исчерпал себя или что новое понимание права отрицательно повлияло на связующее действие первоначального решения, установило диффузный административный контроль. По правде говоря, новое отменяющее решение было нацелено на формальную коррекцию уже отмененного прецедента, но не на совершенствование понимания или интерпретации относительно полномочия администрации на осуществление диффузного контроля.

Делая выводы, можно сказать, что верно то, что законодательная определенность, единство в интерпретации законов и стабильность решений – все это ценности, защищенные связующим прецедентом; кроме того, можно вполне уверенно заявить, что проактивная функция верховных судов будет также проявляться при каждой возможности отмены связующего прецедента, который больше не служит ориентиром социальной жизни. Таким образом, речь идет о понимании прецедента как аргументационной техники, которая не только приводит к определенной интерпретации, но и через постоянные изменения закона стремится к *динамическому постоянству* в прямом соответствии с обстоятельствами дела и права, которые влекут за собой обновление устаревшего *ratio decidendi*.

References

- Berolzheimer F. Modern Legal Philosophy Series. Vol. 9. Macmillan, 1921.
- Brown J. Law and Evolution. *Yale Law Journal*. 1920. Vol. 29.
- Calamandrei P. La casación civil. Buenos Aires. EBA. Vol. II. 1945.
- Calamandrei P. La Casación Civil. Comares, 2006.
- Canotilho J.J. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Almedina, 2003.
- Cardozo B. La naturaleza de la función judicial. Trad. Eduardo Ponssa. Comares, 2004.
- Chiassoni P. Desencantos para abogados realistas. U. Externado de Colombia, 2011.
- Chiassoni P. La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative. Giuffrè, 1999.
- Damaska M. The Faces of Justice and the State Authority. Yale University Press, 1986.
- Eisenberg M.A. The Nature of the Common Law. Harvard University Press, 1988.
- Fazzalari E. Il giudizio civile di cassazione. Giuffrè, 1960.
- García Toma V. Las sentencias constitucionales. El precedente vinculante. In El precedente constitucional vinculante en el Perú. ADRUS, 2009.
- Gorla G. La giurisprudenza. In Diritto comparato e diritto comune europeo. Giuffrè, 1981.
- Guastini R. Interpretare e argomentare. Giuffrè, 2011.
- Hesse K. Die normative kraft der verfassung. Mohr, 1959.
- Jolowicz J.A. The Role of the Supreme Court at the National and International Level. In Pelayia Yessiou-Faltsi (coord.). The Role of the Supreme Courts at the National and International Level – Reports for the Thessaloniki International Colloquium. Sakoulas Publication, 1998.
- Larenz K. Metodologia da ciência do direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- MacCormick N. Rhetoric and the Rule of Law. Oxford University Press, 2005.
- Marinoni L.G. Precedentes obrigatórios. Revista dos Tribunais, 2010.
- Marinoni L.G. Stj Enquanto Corte de Precedentes, O: Recompreensao do Sistema Processual da Corte Suprema. Revista dos Tribunais, 2014.
- Mitidiero D. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Revista dos Tribunais, 2013.

Tarello G. Storia della cultura giuridica moderna – Assolutismo e Codificazione. Il Mulino, 1976.

Taruffo M. La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – saggi sulla cassazione civile. Il Mulino, 1991.

Taruffo M. Le funzioni delle corti supreme – cenni generale. In Annuario di diritto comparato e studi legislativi. Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

Taruffo M. Precedente e giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giuffrè, 2007.

Villa V. Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica. Giapichelli, 2012.

Wróblewski J. The Judicial Application of Law. Kluwer Academic Publishers, 1992.

Zaccaria G. Razón jurídica e interpretación. Civitas, 2004.

Information about the author

Christian Delgado Suarez (Lima, Peru) – Professor at the University of Lima and the Pontifical Catholic University of Peru (Av. Universitaria 1801, San Miguel Lima 32, Peru; e-mail: delgado.suarez.christian@gmail.com).

Recommended citation

Christian Delgado Suarez. *Modeli verkhovnykh sudov i otmena pretsedenta* [On Supreme Court Models and Revocation of Precedents]. *Вестник гражданского процесса = Herald of Civil Procedure*, 2017, no. 5, p. 149–169. (In Russian) DOI: 10.24031/2226-0781-2017-7-5-149-169