

2012
№4

Журнал РОССИЙСКОГО ПРАВА



- Борьба с коррупцией и местное самоуправление
- Конституционное право граждан на международную судебную защиту
- Нормативная природа судебного прецедента: дискуссия

Нормативная природа судебного прецедента

ЛАЗАРЕВ Валерий Васильевич,
главный научный сотрудник отде-
ла теории законодательства ИЗИСП,
доктор юридических наук

Выступление председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А. А. Иванова, провозгласившего перспективу окончательного перехода к прецедентной системе и призвавшего все высшие суды придерживаться идеи прецедентного права¹, обязывает теоретиков права вновь обратиться к природе прецедента как источника права. Только имея добротную теоретическую основу, можно надеяться на решение проблем законодательного порядка и успешную юридическую практику.

Сказать, что в теории прецедента много спорного, — значит ничего не сказать. Не менее очевидно, что применительно к российской правовой системе прецедент отрицается едва ли не безоговорочно большинством отечественных и зарубежных исследователей, которые не находят для него ни теоретических, ни практических оснований, не говоря уже об основаниях правовых. Между тем все они в наличии. Не имея возможности коснуться всего, что было предметом дискуссий в развернутых монографических исследованиях², со-

средоточимся на нормативной природе прецедента и закреплении ее в законодательстве.

Не задаваясь целью рассмотреть многочисленные определения прецедента и осознавая невозможность дать бесспорное для всех понятие, полагаем в прагматических целях необходимым обозначить основные контуры *понятия прецедента* и его содержательно-сущностные признаки. Первый контур: это источник права. В том узком понимании источника права как «...объективированного закрепления и проявления содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и других источниках»³. Приемлемо и более общее суждение С. С. Алексеева, который считает источником права исходящие от государства или признанные им документальные способы выражения норм права⁴. Но в том и другом подходе просматривается существенное обстоятельство: речь идет фактически о форме права. Прецедент — особая разновидность формы права. В доктрине стран общего права основными источниками (формами) права (*forms of the law*) признаются прецедент и законодательство (статут). В романо-германской правовой системе акцент сделан на законодательстве как едва ли не единственной форме права и

¹ См.: Иванов А. А. Речь о прецеденте (Доклад в рамках Третьих Сенатских чтений. 19 марта 2010 г., Санкт-Петербург). URL: www.gosbook.ru/node/21714.

² См., например: Богдановская И. Ю. Судебный прецедент — источник права? // Государство и право. 2002. № 12; Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. Пенза, 2003; Верещагин А. Н. Судебное правоительство в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004; Марченко М. Н. Су-

дейское правотворчество и судейское право. М., 2007; Евстигнеева Г. Б. Судебные решения как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

³ Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 1998. С. 402.

⁴ См.: Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 76.

признании относительной роли других источников.

Признание прецедента в качестве источника права говорит о его обязательности. Но степень обязательности, по мнению разных авторов, неодинакова. Для кого-то прежние решения являются только моделью последующих решений, что позволяет говорить об убедительных прецедентах, о рекомендательных прецедентах. Но признаки, присущие одной разновидности прецедентов, нельзя распространять на общее понятие. Понятие «модель» все-таки скрадывает контур императивности и тем самым нивелирует такой признак права, как обязательность.

Говоря об обязательности прецедента, нельзя игнорировать вопрос о его адресатах. Однако в литературе об этом умалчивают либо говорят об обязательности судебного прецедента для судов, которые в последующем будут рассматривать подобные дела (здесь мы не принимаем во внимание позицию противников прецедента — решение суда обязательно только для тех, в отношении кого оно было вынесено). Между тем все, что касается официального установления права, кем бы оно ни было установлено или подтверждено, обязательно для всех, кто окажется в подобной ситуации. Организации, органы, должностные лица и граждане не могут игнорировать прецедентные решения суда под страхом отмены противоречащих им актов. Тем самым подчеркивается *нормативность прецедентных решений*.

Большинству юристов свойственно понимание прецедента как решения по конкретному делу⁵. Это еще один контур, позволяющий отграничить прецеденты от обязательных абстрагированных (общих) постановлений компетентных инстанций. Это разделяет их по происхождению, процедуре выработки. Однако их роднит содержательное напол-

нение — правовая позиция, которая формулируется в обоих случаях. Эта позиция может быть только нормативной. Нельзя интерпретировать норму только для одного случая, нельзя создать правовоположение для разового употребления.

В понимании прецедента и, соответственно, в его оценке господствуют многочисленные мифы⁶. Один из наиболее распространенных и никем досконально не оспоренный — это миф о том, что в России все прецеденты являются прецедентами толкования. Он основан, в свою очередь, на развернутой позитивистской мифологии о беспробельности права, логической его замкнутости, когда из существующих законов всегда можно извлечь необходимое решение путем их толкования. Данная методология особенно приветствовалась в советское время, поскольку работала на миф об исключительно высоком уровне законодательства,

⁶ Известный исследователь прецедента А. Н. Верещагин развенчал пять из них. *Миф первый и главный*. Россия не является страной прецедентного права. Оно характерно лишь для англосаксонских стран. Этот тезис крайне далек от действительности, она на порядок сложнее. *Миф второй*. В России пытаются ввести прецедентное право. В действительности оно и так существовало, существует и будет существовать просто потому, что без него невозможно обойтись. *Миф третий*. Можно обойтись без прецедентов. На Сенатских чтениях с этим тезисом выступил академик Ю. Толстой. *Миф четвертый*. Следование прецеденту несовместимо с независимостью судей и подчинением их только закону. Данная формула — риторическая фигура речи, не выдерживающая критики. *Миф пятый*. Судебный прецедент несовместим с разделением властей. Поклонники этой мантры должны объяснить, почему такого вопроса не возникает там, где бесспорно имеются как прецедент, так и разделение властей (Великобритания, США, Канада и т. д.) (см.: Верещагин А. Н. Прецедентное право: тепер и в России. URL: www.forbes.ru/column/47477-pretседentnoe-pravo-teper-i-v-rossii).

⁵ Иную позицию см., например: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 430.

не знающего ни пробелов, ни иных недостатков.

Каждый из принимаемых актов имеет свои отличительные признаки, свой статус и, соответственно, влечет разные последствия. Лучше всего изучена природа нормативных актов. Однако и к ней следует возвращаться, если мы хотим получить полное представление о прецеденте как втором после нормативного акта источнике права. Более всего в этом контексте нуждается в уяснении природа актов толкования права, конкретизации права, преодоления пробелов и актов, устраняющих противоречия в праве.

Прецедент всегда облекается в какую-то форму, точнее, предполагает неразрывную связь содержания и формы. Для решения практических вопросов развития прецедентного права судей следует определиться, кто и в каких актах может формулировать обязательные к исполнению нормативные правовые позиции. Полагаем, что совсем не в одинаковой степени подходят для формулирования прецедентных решений разные постановления и определения КС РФ, постановления пленумов и президиумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, определения их коллегий.

По объективным параметрам и на конвенциональной основе следует договориться, какие из актов считать прецедентами, и, соответственно, четко указать обязательные признаки прецедента как по существу, так и по форме.

При этом обязательно должна просматриваться цель прецедента, которая не может расходиться с целями закона. Прецедент всегда продолжает (реализует) задачи законодателя по внесению определенности в регулирование общественных отношений. Законодатель, в свою очередь, воспринимает прецедентное право в издаваемых им нормативных актах. Важно определить инстанцию, которая должна проводить мониторинг прецедентной практики.

Суд выносит решение, выявляя выраженную в законе волю. По общему правилу принято руководствоваться волеизъявлением законодателя, ничего к нему не добавляя. Но уже в решении дела на стадии первой инстанции может возникнуть ситуация, когда стороны понимают закон по-разному. Суд принимает одну из позиций, что видно из его решения по существу вопроса. Если различия в толковании закона становятся предметом анализа при рассмотрении данного дела в вышестоящей судебной инстанции, возникает необходимость дать развернутое толкование нормы применительно к обстоятельствам данного дела. И поскольку это толкование именно нормы права, так как отражает ее содержание, вплетается в норму и действует вместе с ней, оно приобретает общий характер. Нельзя дать толкование нормы применительно (исключительно) только к одному случаю, хотя бы оно и давалось в связи с рассмотрением конкретного дела, конкретными обстоятельствами. Именно так *рождается прецедент толкования права*. Для того чтобы он признавался в таком качестве, необходимо соблюсти ряд процессуальных условий. Важнейшим является указание в законе на те инстанции, чьи разъяснения приобретают обязательное значение для рассмотрения последующих дел, когда в основу решений будет положена истолкованная данной инстанцией норма.

Иная ситуация возникает там, где правоприменитель бессилён вывить волю законодателя, потому что она не проявлена. Представляется уместным различать здесь три случая.

1. Часто законодатель употребляет общие (оценочные) понятия, объективно не имея возможности проявить свою волю во всей полноте. Он рассчитывает на естественное развитие нормы в ходе правоприменительной практики. Фактически суд по велению законодателя (прямому или косвенному) вынужден конкре-

тизировать норму в ходе ее применения. Это происходит при прохождении дела в первой инстанции и отражается в вынесенном решении. Если правовая основа решения подвергается обжалованию в вышестоящей инстанции, не обойтись без развернутого обоснования проведенной конкретизации нормы. Суд, таким образом, формулирует правоконкретизирующие положения, которые могут составить содержание *прецедента конкретизации права*. Если он будет соответствовать неким формальным условиям, следование ему будет обязательным. Однако этот прецедент не входит в содержание нормы и может действовать только применительно к той разновидности обстоятельств, по отношению к которым эта конкретизация проведена. Другими словами, он неразрывно связан с нормой опосредованно и с обстоятельствами напрямую.

Сразу заметим (и это имеет значение не только для теории права, но и в практическом плане для решения любых дел и особенно дел по обеспечению прав и свобод участников общественных отношений), что прецеденты толкования всегда действуют с обратной силой, прецеденты конкретизации — только тогда, когда прямо указано в правоприменительном акте, а прецеденты права имеют обратную силу по общим правилам — тем, которые приняты по отношению к появлению новых нормативных актов.

2. В праве (нормативных актах) имеются пробелы. С некоторых пор это признается почти всеми по отношению и к отечественному праву. Это тот случай, когда право молчит, хотя, исходя из разных обстоятельств, должно было бы содержать регулирование. Воля законодателя по разным причинам не проявлена. Это тот случай, когда в правосудии отказать нельзя и надо создавать правовую основу для решения дела, преодолевать своего рода преграду на пути реализации права. Можно образно представить се-

бе движение (развитие) общественных отношений в виде потока, который при определенных обстоятельствах разветвляется, а «по весне» может разлиться безбрежно, и существующие нормы («мосты» и «мостики») не позволяют попасть из пункта «А» в пункт «Б». Суд вынужден «наводить переправы» временные, на короткий, а то и на длительный срок, вплоть до «капитального ремонта», который предпримет законодатель. Впрочем, законодателя может вполне удовлетворить то, каким образом суд вышел из создавшегося положения. Законодатель разрешил себе в некоторых сферах общественной жизни при определенных обстоятельствах искать пути для преодоления пробелов закона. В России суд может использовать в создании правовой основы решения дела ряд логических приемов, прежде всего аналогию закона и аналогию права, а также ряд содержательных принципов — прежде всего принцип справедливости. Швейцарский законодатель, например, решил проблему более радикально: он обязывает судью занять позицию законодателя и решить вопрос (создать норму), как если бы он был законодателем.

Проблема пробелов в праве сложна и многогранна. Особенно сложными в теоретическом и практическом плане являются вопросы установления пробела, отграничения его от смежных явлений. Спорными являются пределы деятельности правоприменителя при пробелах в законодательстве. Здесь мы можем отвлечься от многих нюансов и в общем констатировать: если в праве выявляется пробел (воля законодателя не установлена), суд формулирует недостающие правовоположения. Эти положения (независимо от того, в какой судебной инстанции они сформулированы, если они вынесены при рассмотрении конкретного дела) претендуют на роль *прецедента права* (правового прецедента). Для этого в законе должны быть названы формальные признаки.

3. В праве имеются противоречия, и правоприменителю приходится их преодолевать. Есть правила, по которым осуществляется выбор в случае противоречия двух или более норм. Суд первой инстанции выносит решение, ссылаясь на выбранную норму без каких-либо обоснований. Но вышестоящему суду приходится обосновывать выбор нормы, формулируя соответствующее положение. Эта работа не является толкованием норм, поскольку воля законодателя выявлена и она противоречива. В то же время отсутствует пробел, скорее наоборот, имеет место множественность регулирования. Пробел можно констатировать только при радикальной противоречивости норм, когда одна из них уничтожает другую. Так или иначе, но обоснование решения суда в части выбора применимой нормы будет иметь нормативный характер. В противном случае рушится единство законности.

В решении вопроса о том, кто должен формировать прецедентные правовоположения, следует «танцевать от печки». Кто первым сталкивается с определенной ситуацией, тот и начинает соответствующее формирование. Определиться нужно только с тем, на каком этапе прецедент создается окончательно, акт какой инстанции является (признается) общеобязательным. Другими словами, не следует в качестве аргумента приводить скопом все акты, выносимые тем или иным судебным органом. Убедительны в этом плане, с нашей точки зрения, соображения С. Халатова о том, что «большая часть правовых позиций Президиума ВАС представляет собой весьма незамысловатое логическое толкование норм права, а вовсе не его (права) развитие. Например, трудно сказать, отчего Президиум ВАС вынужден указывать судам, что при прекращении договора аренды нежилого помещения арендатор обязан освободить арендуемое имущество. Зачем специально указывать, что такое толкование является обязательным и служит новым об-

стоятельством для пересмотра аналогичных дел? Это развитие права или борьба с безграмотностью?»⁷. Однако, с его точки зрения, единственной легитимной формой правовой позиции является постановление пленума, поскольку она основывается на необходимости публичного и коллегиального формирования судебной практики максимально широким составом судей высшей судебной инстанции.

Последний аргумент весомый, и, надо полагать, роль высших судебных инстанций, закрепленная в Конституции РФ, не будет в дальнейшем принижена. Но это уже более высокая стадия формирования правовых позиций, особое их качество, особая форма, именуемая сегодня многозначным понятием «судебная практика». Это не прецеденты. Решения принимаются не по конкретному делу, а на основе обобщения многих дел. По значимости, авторитету они приближаются к правовым позициям законодателя, оформляемым законодательными актами. Вместе с тем правовоположения, содержащиеся в постановлениях пленумов высших судебных инстанций, не перечеркивают значения собственно прецедентных решений, выносимых нижестоящими инстанциями. Более того, соответствующие прецеденты могут получить в этих постановлениях дополнительную легитимацию на высоком уровне общих позиций высшей судебной инстанции.

Начальник управления частного права ВАС РФ Р. Бевзенко свидетельствует о довольно большом количестве правовых позиций, которые формирует ВАС РФ ежемесячно (это около 400 постановлений Президиума по конкретным делам, около 10 информационных писем и обзоров и около 10 постановлений Пленума), и пишет: «У нас довольно молодое право, того, что в развитых правовых порядках — результат непрерывного развития юриспруденции в течение

⁷ URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/982>.

150—200 лет, нам требуется достичь в течение 20—30 лет. Поэтому мы некоторое время будем просто обречены на стремительное развитие права путем довольно скоростного формирования правовых позиций»⁸.

Некоторые противники судебного прецедента связывают оживление дискуссии с опасной тенденцией деградации юридической науки и образования, бездарной кадровой политикой государства, которая привела к резкому падению уровня нормотворческой деятельности. «Отсюда, — продолжает А. Курбатов, — и лозунг: что на эти нормативные акты внимание обращать? Изучайте практику. Это приводит к деградации юридической профессии. Сначала право сводят только к тексту законов. Потом по мере снижения их качества — к конкретным судебным решениям, а деятельность юристов — к их поиску и к хождению по судам. Далее следует полное отрицание права как самостоятельной науки. Первые шаги — это введение элементов прецедентного права. Именно на этом праве основано модное ныне американское учение под названием «экономический анализ права». Его основной постулат — право не является самостоятельной отраслью науки, а должно обслуживать экономику. Законно все, что экономически эффективно, а решает это судья»⁹.

Разумеется, снижение качества нормативного материала предопределяет вынужденную активность судей, а снижение качества образования, что является очевидной российской реальией, сказывается и на качестве судебных решений. Однако проблема прецедентных решений, по сути, объективна. Никогда не будет создано законодательство, не требующее толкования (Наполеон ужаснулся при появлении первого комментария к своему кодексу, но самая ясная на первый взгляд норма может потре-

бовать разъяснения). Никогда не избежать и пробелов в праве.

Высказываясь в поддержку прецедентности отечественного права, Г. Чернышов обращает внимание на ее границы: «Суды не вправе создавать нормы права. Они вправе лишь толковать существующие правовые нормы... Если не отрицать необходимость единообразия судебной практики, то мы неизбежно придем к тому, к чему пришел ВАС РФ — решения высшего суда должны быть обязательными для нижестоящих судов. А произойдет ли это в форме постановлений пленума (что существует уже много-много лет) или в форме постановлений президиума не так уж и важно, ибо различия между этими двумя формами формирования практики в рассматриваемом аспекте не так уж и важны»¹⁰.

Можно согласиться с приведенным положением с двумя существенными поправками: 1) наряду с актами толкования суды вынуждены при соответствующих обстоятельствах формулировать правоположения, развивающие (конкретизирующие) существующие нормы права, или даже создавать правоположения, если необходимых норм нет, в определенных пределах (границах); 2) если учесть содержательные различия между актами толкования и остальными правоположениями, то возникнет и проблема формы их выражения.

De lege ferenda. В настоящее время законодательная основа для косвенного и опосредованного признания прецедента просматривается в ряде нормативных актов. Так, ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» предоставляет право Пленуму ВАС РФ принимать по вопросам своего ведения постановления, обязательные для арбитражных судов, а в ведение его входит дача «разъяснений по вопросам судебной практики». Это полномочие можно трактовать

⁸ URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/982>.

⁹ Там же.

¹⁰ Там же.

как более широкое, чем полномочие толковать применяемые судами нормы. Нельзя все задачи судебной практики решить средствами толкования норм. Полагаем, не случайно обеспечение законности в арбитражных судах достигается «правильным применением законов и иных нормативных актов» (ст. 6 АПК РФ), и указания вышестоящих инстанций по этому поводу также будут выходить за рамки толкования законов. Пункт 1 ч. 1 ст. 304 АПК РФ одним из оснований для изменения или отмены судебного акта указывает установление факта нарушения единообразия в толковании и *применении* арбитражными судами норм права. О признании прецедента по формальному признаку говорит и то, что допускается ссылка на постановление Пленума и Президиума ВАС РФ в мотивировочной части судебного решения.

Однако перечисленного недостаточно. Тем более что имеются в виду собственно нормативные решения названных инстанций, а не правовые позиции по конкретным делам. Осознавая некую революционность в модернизации соответствующих законодательных норм, предлагаем для обсуждения поправки в ГК РФ и ГПК РФ (аналогично и в соответствующие нормы АПК РФ).

Статью 3 «Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права» ГК РФ дополнить п. 8 следующего содержания:

«8. Нормативный характер приобретают правовые положения, содержащиеся в изданных на основании и в пределах гражданского и гражданского процессуального законодательства актах высших судебных инстанций, выполняющих функции толкования права, конкретизации правовых норм и преодоления пробелов законодательства».

В порядке комментария данной нормы отметим, что:

1) правовые положения нормативного характера могут содержаться как в актах общего характера, так и в ак-

тах, вынесенных в связи с рассмотрением конкретного дела;

2) нормативный характер приобретают только те положения, которые содержат аргументированную позицию суда по поводу установления содержания (цели, смысла) правовой нормы, допускаемой законодателем конкретизации общих положений закона и возможности преодолеть установленный в законодательстве пробел;

3) указание на нормативный характер предполагает обязательность следования данному правоположению вплоть до отмены его в установленном порядке;

4) непосредственным адресатом данных правоположений являются нижестоящие суды, но опосредованно они касаются всех участников гражданско-правовых отношений;

5) установление данной нормы не меняет установленной законодательством компетенции судов, а лишь фиксирует существующее положение дел;

6) содержащиеся в судебных актах правоположения по своему содержанию не могут противоречить законодательству;

7) значение и правовые последствия правоположений, выполняющих ту или иную функцию, разные, но общим для всех является их прецедентный характер.

Статью 11 «Нормативные правовые акты, применяемые судом при разрешении гражданских дел» ГПК РФ дополнить ч. 6 следующего содержания:

«6. Суд, установив при рассмотрении гражданского дела наличие актов высших судебных инстанций, содержащих правовые положения по разъяснению применяемых норм, по их конкретизации или преодолению пробелов законодательства, вовлекает их в обоснование своего решения в соответствии с действующим законодательством».

В порядке комментария данной нормы укажем, что:

1) в случаях, когда закон страдает неясностью, пробельностью или

содержит нормы, рассчитанные на конкретизацию в ходе разрешения конкретных дел, суд *вынужден* обращаться к имеющимся прецедентам и общим положениям судебной практики;

2) суд *должен* обратиться к предшествующим решениям по аналогичным рассматриваемому делам для обеспечения единства судебной практики;

3) суд *обязан* обратиться к разъяснениям и указаниям вышестоящих инстанций, поскольку законодательство придает им общеобязательный характер;

4) суд *не может не обратиться* к соответствующим правовым положениям, поскольку его решение рискует быть отмененным;

5) в случае несогласия с вышестоящей судебной инстанцией, проявляя свою самостоятельность и независимость, суд *вправе* самостоятельно или через Конституционный Суд РФ решить дело, основываясь на нормах Конституции РФ.

Может возникнуть вопрос: какова необходимость закрепления прецедента непосредственно в законодательстве? Насколько известно, ни в Англии, ни в США обязанность судов следовать прецедентам не установлена никаким законом — это своего рода прецедент или обычай, который очевиден: если суд однажды так решил, то и в другом сходном деле он должен принять такое же решение. В противном случае это приведет к нарушению равенства участников общественных отношений и непредсказуемости в принятии судом решений. Формула «закон что дышло» является неприемлемой; «супостатские» решения судей недопустимы. Однако отечественная правовая система в первую очередь ориентирована на конституцию и закон. Поэтому прецедент должен получить

нормативное закрепление, причем не обязательно в Конституции РФ, поскольку формулы допущения его могут и должны быть разными в отраслевом законодательстве. Конституция РФ вопреки распространенному мнению не отвергает данного источника права. Да, судьи «независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону» (ст. 120), но ни у кого не вызывает сомнения, когда в основе их решений — законы субъектов РФ, указы Президента РФ и другие соответствующие Конституции РФ и федеральным законам акты. К последним резонно отнести прецедентные решения высших судебных инстанций. Косвенно обязанность судов следовать прецеденту вытекает из ст. 19 Конституции РФ: «Все равны перед законом и судом».

Библиографический список

- Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. М., 1999.
- Богдановская И. Ю. Судебный прецедент — источник права? // Государство и право. 2002. № 12.
- Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 1998.
- Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М., 2004.
- Верещагин А. Н. Прецедентное право: теперь и в России. URL: www.forbes.ru/column/47477-pretседentnoe-pravo-teper-i-v-rossii.
- Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. Пенза, 2003.
- Евстигнеева Г. Б. Судебные решения как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.
- Иванов А. А. Речь о прецеденте (Доклад в рамках Третьих Сенатских чтений. 19 марта 2010 г., Санкт-Петербург). URL: www.gosbook.ru/node/21714.
- Марченко М. Н. Судейское правотворчество и судейское право. М., 2007.