

2012  
24

# Российское правосудие

№ 4(72)/2012

это решение принято судом высшей инстанции, т. е. имеет характер административного акта и в силу этого факта имеет характер нормативности?

УДК 340.13

## Прецедент: реалии и перспективы в российском праве

**Лазарев  
Валерий Васильевич**

главный научный сотрудник  
Института законодательства и  
сравнительного правоведения  
при Правительстве Российской  
Федерации,  
доктор юридических наук

Господствующая отечественная доктрина права не принимает прецедент для российской правовой системы. Тем удивительнее, что авторы тех относительно немногочисленных работ, которые ставили задачу исследовать этот феномен специально, приходили к позитивным выводам<sup>1</sup>. До последнего времени эти выводы учебниками и практикой игнорировались. И только после выступления председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС) А. А. Иванова дискуссии приобрели не только теоретический, но и практический характер в сторону положительного отношения к данному классическому источнику права.

А. А. Иванов, во-первых, констатировал реалию — Конституционный Суд Российской Федерации и ВАС выбрали такую модель работы, которая с неизбежностью влечет за собой прецедентность их правовых позиций, а, во-вторых, указал перспективу: окончательный переход к прецедентной системе — это правильное направление движения, потому что в такой системе много серьезных достоинств. «Нам нужно двигаться к тому, чтобы

все высшие суды исходили из единых принципов влияния их правовых позиций на социальные отношения, т. е. придерживались идеи прецедентного права»<sup>2</sup>.

Признание прецедента в доктрине и практике требует дальнейшего теоретического осмысления проблемы и на этой основе — анализа правовых и собственно практических аспектов укоренения прецедента.

**Вопросы теории.** Первый вопрос, без ответа на который нельзя двигаться дальше: что понимать под прецедентом и как отграничить прецедент от сходных с ним институтов?

Не задаваясь целью обозреть многочисленные определения прецедента (в рамках статьи это затруднительно) и осознавая невозможность дать бесспорное для всех понятие, полагаю в прагматических целях необходимым обозначить его основные контуры и содержательно-сущностные признаки. *Первый контур:* прецедент — это источник права в узком понимании источника права как «...объективированного закрепления и проявления содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и других источниках»<sup>3</sup>. Но в этом подходе просматривается и то существенное обстоятельство, что 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 на законодательство как едва ли не единственную форму права и признание относительной роли других источников.

Из того, что прецедент — источник (форма) права, вырисовывается и *второй контур*: он предназначен для руководства в решении юридических дел. Разумеется, и здесь просматриваются нюансы. Одни считают, что «прецедентами являются прежние решения, которые служат моделью для последующих решений»<sup>4</sup>; другие высказывают более точное и приемлемое для целей настоящей статьи суждение: «...В англосаксонской традиции под прецедентом понимается *решение суда по конкретному делу*, являющееся *обязательным* при решении аналогичных дел...»<sup>5</sup>. Здесь вырисовывается и *третий контур*: **решение по конкретному делу**. Этот момент приходится подчеркивать, поскольку некоторые авторитетные авторы решения высших судов России по конкретным делам прецедентами не считают, поскольку они якобы рассчитаны на однократное, а не многократное применение<sup>6</sup>.

Такое свойство прецедента, как обязательность следования ему (жесткая или мягкая), неизбежно предполагает возможность или обязательность ссылок на него в аргументации собственного решения. В системах общего права это считается само собой разумеющимся и освящено судебной практикой. В романо-германской правовой системе требовалось бы закрепление названной обязанности (возможности) в специальной норме. Поскольку в этой части зияет явный пробел, многие именно поэтому и сомневаются в существовании здесь прецедента. Но никто не может отрицать, что прецедентные решения поддерживаются силой государства и принимаемые вразрез с ними решения отменяются высшими судебными инстанциями.

Отмеченные контурные признаки относятся не только к решениям су-

дов. Они свойственны и административным прецедентам, исследование которых еще ждет полновесных работ<sup>7</sup>. В настоящей статье о них речь не идет, но приходится иметь их в виду, поскольку некоторые теоретические представления о судебном прецеденте вообще исключали бы административный прецедент.

Пониманию прецедента служит определение его места в составе судебной практики. Именно её склонны признать в качестве компромисса источником права в романо-германской правовой системе. Но что под ней понимать?

В отечественном правоведении выделяются по меньшей мере *три подхода к пониманию юридической практики*. Одни авторы отождествляют практику с юридической деятельностью. Другие относят к ней лишь определенные итоги, обобщенный опыт правовой деятельности. И третья, своего рода интегративная точка зрения: юридическая практика рассматривается в неразрывном единстве правовой деятельности и сформированного на ее основе социально-правового опыта. Нам она представляется плодотворной в определении места прецедента потому, что вообще всякая последующая деятельность осуществляется в свете предшествующего опыта, вливающегося в эту деятельность.

Третья точка зрения позволяет более полно охватить основные элементы структуры судебной практики, правильнее отразить диалектику перехода прошлой деятельности в настоящую и предстоящую юридическую деятельность, понять значение разных элементов в механизме правового регулирования и правовой системе общества. Деятельностный подход позволяет увидеть индивиду и социально-психологическую сторону его деятельности, а результат деятельности многих индивидов предстает как коллективный опыт, обеспечивающий накопление, систематизацию, хранение и передачу информации и

практических навыков, умений. Без такого опыта невозможны ни правотворческая, ни правореализующая деятельность.

Исходя из изложенного (определив некоторые реперные точки), юридическую практику можно определить как правотворческую и правореализующую деятельность, взятую в единстве с ее результатами в виде правового опыта. Таким образом, **юридическую практику образуют в неразрывном единстве конкретные действия компетентных лиц по решению юридических дел, их обоснование и отражение в обобщенном виде в качестве руководства к действию.** Правотворческая и правореализующая деятельность не разделены китайской стеной, они перекрещиваются, взаимно перетекают друг в друга. В ходе собственно правотворческой деятельности законодателя имеет место реализация естественного и позитивного права, а в ходе реализации права вырабатываются правоположения, способные стать нормами права или выполнять их роль. И в англосаксонской правовой системе, и в романо-германской прецеденту отведена роль посредника: то — между практикой и законом, то — между законом и практикой. Акценты разные и ситуации разные, но в принципе все одинаково. То же можно сказать о посреднической роли других форм выражения судебной практики — о самых разных актах общего характера высших судебных инстанций, принимаемых на основе обобщения индивидуальных решений. Авторитет их разный, но юридическая сила (в плане обязанности следования им) одинакова.

Многие ученые-юристы признают, что одной из тенденций развития правовых систем является активизация судебной практики, что диктует усиление позиций судов, но говорят о необходимости осторожного подхода к судебному прецеденту как источнику права, исторически сформировавшемуся в англо-американской правовой семье<sup>8</sup>, полагают, что признание су-

дебного прецедента источником права было бы шагом назад и отступлением от идеи верховенства закона<sup>9</sup>. Весьма показательна позиция профессора В. Д. Зорькина, который, с одной стороны, считает, что А. А. Иванов «привел ряд убедительных *сугобо правовых* аргументов в пользу предлагаемых им мер по дальнейшему усилению прецедентной составляющей нашей судебной системы», но, с другой стороны, солидаризовался с академиком Ю. К. Толстым, полагая, что следует учитывать «*политическую* сторону проблемы»<sup>10</sup>. Однако какую бы идеологическую или политическую составляющую ни учитывать, нельзя не принять во внимание удачно сформулированные Т. Н. Нешатаевой и отражающие исторические и современные реалии положения, согласно которым законодательство является более поздним феноменом по сравнению с судебным обычаем, что создание права — генетическое свойство судебной власти, характеризующее правовые системы всех стран мира во все времена<sup>11</sup>.

Оценивая дискуссии о прецеденте как источнике права, нельзя не согласиться с Александром Верещагиным: уж больно глубоко засели в нашем сознании многочисленные мифы. Не без основания развенчав пять из них<sup>12</sup>, автор сам же пропагандирует очередную, полагая что в России все прецеденты являются именно «прецедентами толкования». Этот распространенный миф покоится в свою очередь на развернутой позитивистской мифологии о беспробельности права, логической замкнутости его, 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, не знающего ни пробелов, ни иных недостатков. Бергбумовская теория логической замкнутости и полноты права была основательно развеяна сторонниками школы

свободного права, которые, в свою очередь, ушли в другую крайность: суды могут сами творить право, не обращая внимания на закон и даже вопреки закону. Между тем жизнь всегда требует взвешенных решений.

Материальное содержание юридической деятельности получает определенную форму юридической практики — способы организации, существования и внешнего выражения ее содержания. Юридические акты-документы (нормативные и правореализующие), в которых закрепляются правовые действия, методы и средства их осуществления, а равно и суть вынесенных решений, как раз составляют *внешнюю форму* юридической практики. *Внутренняя форма* просматривается в способах организации, внутренней связи элементов содержания, процедурно-процессуальных актах, определяющих круг субъектов и участников юридической деятельности, объемы их процессуальных прав и обязанностей, условия вступления в правовой процесс и выбытия из него, порядок оперирования средствами и методами, сроки и время совершения действий, процессуальные гарантии, условия и процедуру принятия и исполнения решений, порядок их закрепления и опротестования (обжалования) и другие процедурные требования.

Бесспорно, что каждый из принимаемых актов имеет свои отличительные признаки, свой статус и, соответственно, влечет разные последствия принятия. Более 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 нуждается в уяснении в этом контексте природа актов толкования права, актов конкретизации права, актов преодоления пробелов и актов, устраняющих противоречия в праве.

Исходя из того, что прецедент всегда облекается в какую-то форму, точнее, предполагает неразрывную связь

содержания и формы, для решения практических вопросов развития прецедентного права судей следует определиться с тем, кто и в каких актах может формулировать обязательные к исполнению правовые позиции.

Итак, существенным отправным моментом в анализе реалий и перспектив прецедента в отечественной системе права является деление прецедентов на прецеденты — источники права и прецеденты толкования права. Последние не являются новыми правовыми нормами и, как всякое толкование, лишь интерпретируют содержание и смысл толкуемых норм. По ним не возникает вопроса о действительности с обратной силой: они всегда действуют одновременно и неразрывно с самой нормой права. Более того, как мне приходилось не один раз подчеркивать ранее, нельзя истолковать норму для отдельного случая. Не имеет значения, толкуется норма в связи с отдельным случаем, с рядом случаев или это абстрактное толкование, отвлеченное вообще от конкретных случаев, — результаты толкования впадают в содержание соответствующего правила, обозначенного нормой.

Совершенно иное дело, когда установлен пробел в праве (в очередной раз замечу, что проблема установления пробелов — отграничения их от иных явлений в праве — остается без должного внимания). Норма отсутствует. Норму нужно создавать. Разумеется, не *contra legem*, разумеется, в соответствии с общими и отраслевыми принципами права, иногда решая вопрос аналогично тому, как он решен по сходным отношениям. Никто не возражает против того, что это дело законодателя. Но объективные реалии таковы, что по многим делам, прежде всего в цивильной сфере, суд не может отказать в решении дела, ссылаясь на отсутствие закона. Вынесенное в этих условиях решение претендует на роль прецедента — источника права (с содержательной точки зрения.) Однако полнокровный прецедент требует и ряда формальных при-

знаков. Не останавливаясь на них, скажу, что именно по этой причине право творить прецеденты признается за высшими судебными инстанциями. Формы прецедентных норм самые разные — от определений судебных коллегий до постановлений пленумов.

Наибольшие перспективы для формирования собственно прецедентных решений открываются там, где законодатель изначально рассматривает на конкретизацию права в ходе правоприменения. Законодатель употребляет понятия, которые сориентированы на развитие права правоприменителем с учетом конкретных обстоятельств. Процесс конкретизации выходит за пределы толкования права. Здесь идет создание новых, более конкретных норм, и очень важно, чтобы обеспечивалось их единство.

Не уподобляясь страусу, надо признать существование в России и тех, и других прецедентов. И в той мере, в какой они порождены объективными причинами, с прецедентной практикой нельзя бороться. Ее надо оптимизировать. А в той части, в какой она имеет несомненные плюсы (А. А. Иванов хорошо обозначил ряд из них), эту практику следует организовывать и поощрять. Прецедент обеспечивает единство судебной практики и тем самым гарантирует равенство граждан перед законом и судом. Для граждан важно, чтобы суд бездушную порой норму своим решением по его делу направил в сторону предметно материализованной справедливости. В суд идут за тем, чтобы получить решение, наиболее точно отражающее суть и обстоятельства возникшей ситуации.

В теоретическом плане возникает вопрос о разведении прецедента с преюдицией. В основе прецедента лежит, как известно, принцип *res judicata pro veritate accipitur (habetur)* — состоявшееся судебное решение принимается за истину. И может возникнуть вопрос: в какой части? Общее мнение — в части установления фактов. В законе говорится об «обстоятель-

ствах, установленных вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства» (ст. 90 УПК РФ). Но если придерживаться точки зрения, согласно которой конечная цель правосудия — это разрешение спора между сторонами, устранение спорного начала из дела<sup>13</sup>, то можно утверждать, что этому не в меньшей степени служит определенность (однозначность) в юридическом обосновании определенных фактов. Если это так, то преюдициальная связь должна распространяться не только на установление фактических обстоятельств, но и на установление юридической основы дела. Ведь суд устанавливает выводы о наличии (отсутствии) тех или иных фактов и **правоотношений**. Да так и определяют ее иногда: «Преюдициальность заключается в недопустимости оспаривания... фактов и правоотношений, установленных решением суда, которое вступило в законную силу»<sup>14</sup>. Кстати, и некоторые судебные решения дают основание для такой трактовки. Например, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отменил оспариваемое постановление суда кассационной инстанции «как нарушающее единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права»<sup>15</sup>. К сожалению, в решении данного вопроса трудно опираться на законодательство. Нормы о преюдиции, содержащиеся в разных кодексах и иных актах, не позволяют однозначно установить волю законодателя, содержат противоречивые положения.

В литературе вопрос о разграничении преюдициальной и прецедентной связи рассмотрел А. М. Безруков. Для него правовая позиция суда не является преюдициальным обстоятельством: «Возникает вопрос: будет ли преюдициальным толкование норм права, данное судом по одному делу

и закрепленное в судебном акте, для суда, рассматривающего другое дело при участии тех же лиц? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным<sup>16</sup>. Однако такой вывод основывается на аргументах, которые отвергают прецедент: в каждом конкретном случае суд сам применяет нормы права, руководствуясь своим личным пониманием их содержания. Автор признает, что «распространение преюдициальной связи судебных актов на правовую позицию суда фактически повлекло бы за собой признание за преюдициальным судебным актом некоторых свойств прецедента». Таким образом, последовательные сторонники прецедента не могут обходить вопрос о наличии перекрестных связей прецедента и преюдиции<sup>17</sup>.

**Вопросы практики.** Теория как всегда суха, но древо жизни прецедента всюду зеленеет. Практика обнажила ситуацию, когда возник вопрос не просто об обязательности указания вышестоящего суда, а о пересмотре состоявшегося решения по причине того, что вышестоящая инстанция сформировала иную позицию в отношении примененного ранее акта. Свою позицию определил Конституционный Суд: он поддержал практику арбитражных судов, сложившуюся в связи с фактическим одобрением в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2008 г. № 14 возможности процедуры пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебных актов, которые были приняты до формулирования Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации правовой позиции, дающей толкование норм, положенных в основу этих судебных актов, отличное от толкования, в котором эти нормы были прежде применены. Но при этом сделана оговорка: «...Придание толкованию норм права на основе обобщения судебной практики характера правовой позиции, имеющей обратную

силу, — в рамках процедуры, введенной постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2008 года № 14, — допустимо только при наличии специального указания на это, которое должно быть выражено Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации формально определенным образом, ясно и недвусмысленно» (Постановление от 21 января 2010 г. по делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Решение Конституционного Суда не снимает остроты вопроса: в каких случаях ВАС должен давать указание об обратной силе сформулированной им правовой позиции? На мой взгляд, это зависит от содержания прецедента. В практическом плане в решении любых дел, особенно дел по обеспечению прав и свобод участников общественных отношений, 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 — по тем, которые приняты по отношению к появлению новых нормативных актов.

Судебная практика обнажает наиболее значимые (острые, сложные) вопросы, требующие формулирования правовой позиции высшей судебной инстанции в той или другой форме, прецедента в том или другом содержании, в той или другой разновидности. ЕСПЧ, например, выделяет «ключевые прецеденты», помещаемые в специальные сборники, что делает их обязательными для ссылок для вынесения постановлений по другим государствам<sup>18</sup>. А. А. Иванов предлагает создание национального фильтра для отбора судебных решений, направленных на поддержание единства судебной практики. Это не просто лозунг, а жизненная необходимость — устано-

вить систему отбора дел, что требует определенной организационной настройки деятельности высшего суда<sup>19</sup>. В становлении и совершенствовании данной системы приобретают значение следующие практические вопросы:

1. Определиться в механизме отделения дел, которые по сути своей принципиальны, требуют пояснений, конкретизации, пополнения норм. Только на содержательной основе может быть реализована идея отбора судебных актов, которые будут рассматриваться и пересматриваться высшими судами.

2. Определить день, в который суд работает в ином режиме — в режиме создания прецедентов, с приглашением экспертов, с более тщательной проработкой вопросов.<sup>20</sup> Вряд ли уместно изымать дела из специализированных составов в специальный состав (экспертную коллегия): это породит разногласия, неопределенность, не обеспечит преемственности решений.

3. Вменить в обязанность не только описывать факту дела, но и по каждому делу, решение по которому претендует на роль прецедента, развернуто формулировать правовую позицию.

4. В зависимости от результатов голосования за ту или другую прецедентную позицию решать, сформирован ли прочный прецедент или он носит фактически рекомендательный характер. В данном вопросе должна быть полная определенность, поскольку обязательные прецедентные решения должны отличаться той же стабильностью, что и закон.

5. Если спустя время позиция высшей судебной инстанции меняется [а на то могут быть объективные причины (изменение общественных отношений)], она обязана разъяснить основания пересмотра позиции, указать, что предыдущая позиция не применяется или изменяется и в какой части, каков порядок ее применения, каковы права участников процесса на пересмотр состоявшегося судебного акта.

6. Необходим постепенный переход на более узкую специализацию юристов (судей в том числе), что позволит отслеживать весь массив действующих правовых позиций, выраженных в судебных актах.

7. Необходимо повышение профессиональной ответственности юристов (судей в том числе), включающей страхование и другие условия наступления обязательств по возмещению вреда.

8. Обучение в юридических вузах и особенно в правовых колледжах должно быть сориентировано на разбор практических случаев, имевших место в практике.

9. Система допуска к юридической (и прежде всего судейской) профессии должна выявлять особо трудолюбивых, быстро соображающих молодых людей, способных своими знаниями, видом и манерами располагать к себе.

Прецедентная практика не направлена против законодателя и на подмену его деятельности. Напротив, законодатель может быть удовлетворен тем, что неясность и пробельность законодательства вовремя преодолеваются, что прецедентная практика способствует дальнейшему совершенствованию законодательства.

Признание прецедента должно устраивать правоприменителя<sup>21</sup>. И не потому, что он становится как бы законодателем, а потому, что ему официально предоставляется возможность принимать справедливые решения открыто, оперативно и аргументированно. Он становится более самостоятельным, ему доверяют. Впрочем, доверие влечет за собой и ответственность, что не всех правоприменителей может устраивать по причине загруженности, отсутствия должного образования и т. д. Однако прецедент немыслим, если в нем нет новой позиции, если эта позиция не аргументирована.

Помнится, еще на первом Съезде судей некоторые из его участников выражали готовность творить право. Проявлялась демократическая позиция в той части, в какой преследова-

лась цель укрепить позиции судебной власти, стремившейся следовать принципу разделения властей. Но многих вполне резонно отпугивает возможность творить право вместо или вопреки законодателю. Поэтому сразу оговариваемся: континентальная система права ставит пределы такой деятельности. Прецедент создается фактически всегда по воле законодателя и в ее пределах. В случае конкретизации права эта воля выражена через употребление общих понятий, а в случае пробелов в праве — через признание института аналогии. Заметим также, что в материально-правовом смысле прецедент создается всегда в ходе решения по конкретному делу, поскольку позиция правоприменителя может интерпретироваться как новая норма (подзаконная). Но формально процессуальными средствами можно ограничить сферу действия прецедента через указание на авторитет его творца.

В системе общего права прецедент весьма приемлем для адвокатов. Практически они и являются творцами прецедентов, поскольку на должности судей приходят из адвокатского сословия, поскольку именно практикующие адвокаты вынуждены в обоснование своей позиции перебирать действующие судебные решения. Сегодня адвокатское сообщество заинтересовано избавиться от случайных людей в их корпорации, заинтересовано, чтобы в суде выступали только адвокаты. Представляется, что вести полемику с привлечением большого числа прецедентов, особенно с намерением обосновать создание нового прецедента, под силу только высококвалифицированным специалистам.

Да, возразят мне, как раз кадровый вопрос и заводит в тупик: можно ли нашим судьям доверять, например, дело создания новых норм? Но, во-первых, объективно приходится. А, во-вторых, что-то же должно подвигать к повышению уровня (к качественному росту) правоприменителя.

Следует согласиться с тем, что достоинства прецедентов значительно превышают их недостатки, что судебная система в России движется в сторону прецедентного права, и что лучше прямо пустить прецедент в дверь. Закону в его компании будет комфортнее.

Разница в правовых системах разных семей известна. Она осознается не только в теории, но и практически юристами. На VII ежегодном деловом форуме (13—14 апреля 2011 г.) адвокат Ю. Монастырский, например, отметил две стороны вопроса культивирования прецедентного права: «Больше всего определяет и влияет на особенность юридических услуг не жесткая связанность статутами (а на нашем континентальном языке — законами) судей, юристов и иных субъектов. Правоприменители руководствуются писаными нормами, но обосновывают свое решение ссылками на прецеденты, которые извлекают из колоссальной по объему судебной практики. Что бы ни говорили, назначение последних — дать возможность мотивировать решение тем или иным образом. Что же тогда сдерживает судебский произвол, — спросите вы, — мздоимство в странах Common Law, которые с этой задачей превосходно справляются? Компактность судебного корпуса, который придерживается самых передовых стандартов саморегулирования и самоконтроля, традиционно высокий статус судьи, безжалостность наказания за коррупцию»<sup>22</sup>. И далее: «...Есть отличительное качество представителей общего права, которое составляет наиболее важное конкурентное преимущество при оказании юридических услуг. Мы бы назвали его квинтэссенцией различий. Оно задано тем, что в сфере регулирования бизнеса в странах общего права нет проблемы отставания законодательного регулирования от потребностей жизни ввиду необязательности самих статуты. И именно юристы первыми и без препятствий при отсутствии адресных законода-

тельных запретов способны моментально реагировать на клиентскую потребность разработать сложную правовую конструкцию, имеющую для доверителя жизненно важное значение, и защитить ее в суде либо в специально подготовленном третейском трибунале. Сразу после этого она становится профессиональным ноу-хау фирмы, рекламируется и тиражируется среди клиентов. Это позволяет получать высокие доходы для дальнейшего развития и освоения новых юридических продуктов...»<sup>23</sup>.

Приведенные соображения, с моей точки зрения, как нельзя более актуальны, если мы ориентируемся на принципы свободной рыночной экономики, на принцип «что не запрещено, дозволено», на активизацию инвестиционной деятельности, на разумность и добросовестность гражданской деятельности.

<sup>1</sup> См., например: Гук П. А. Судебный прецедент как источник права. — Пенза, 2003; Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. — М.: Изд-во «Международные отношения», 2004; Марченко М. Н. Судейское правотворчество и судейское право. — М.: ТК Велби, 2007; Евстигнеева Г. Б. Судебные решения как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007.

<sup>2</sup> Иванов А. А. Речь о прецеденте (Доклад в рамках Третьих Сенатских чтений, посвященных конституционно-правовым вопросам реализации принципов правового государства в современной России. 19 марта 2010 г., Санкт-Петербург). [www.gosbook.ru/.../2011/04/25/2-2010-3.pdf](http://www.gosbook.ru/.../2011/04/25/2-2010-3.pdf)

<sup>3</sup> Венгеров А. Б. Теория государства и права. — М.: Юриспруденция, 1998. — С. 402. Более общее суждение С. С. Алексеева, который считает источником права исходящие от государства или признанные им документальные способы выражения норм права (см.: Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1999. — С. 76), может вызвать сомнение у тех, кто не видит в прецедентах норм права.

<sup>4</sup> MacCormic D. N., Summers R. S. (eds.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. — Aldershot: Dartmouth, 1997. P. 1. Цит. по: Верещагин В. Н. Заметки о судебном нормотворче-

стве. — <http://www.yurclub.ru/docs/arbitration/article92.html#sdcndnote8sym>.

<sup>5</sup> Зорькин В. Д. Конституционно-правовое развитие России. — М.: Норма, 2011. — С. 155.

<sup>6</sup> См., например: Марченко М. Н. Судейское правотворчество и судейское право. — М.: ТК Велби, 2007. — С. 430.

<sup>7</sup> Совершенно недостаточным для целей юридической практики является подготовленное под моим руководством исследование в виде кандидатской диссертации (см.: Дворникова О. А. Административный прецедент в системе источников права: теоретико-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009).

<sup>8</sup> См.: Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. — М.: Норма, 2002. — С. 158.

<sup>9</sup> См.: Богдановская И. Ю. Судебный прецедент — источник права? // Государство и право. — 2002. — № 12. — С. 5—10. В новейшей статье автор склонна превозносить прецедент толкования: «Движение от судебного прецедента к прецедентам толкования сближает право стран «общего права» с романо-германской правовой семьей, что является проявлением так называемой естественной конвергенции, когда в силу общих путей развития сближаются параметры национального права стран с разными правовыми традициями. Прецедентное право достигло качественного нового уровня развития. Из старого, архаичного источника оно смогло стать органичной частью современной правовой жизни». См. <http://law-journal.hse.ru/data/2011/03/01/1211540504/2-2010-9.pdf>. Похоже, что автор не осознает главного: прецеденты толкования объективно не могут заменить другие разновидности.

<sup>10</sup> Зорькин В. Д. Конституционно-правовое развитие России. — С. 156, 157.

<sup>11</sup> Нешатаева Т. Н. Судебный прецедент и права человека // Российское правосудие. — 2011. — № 10. — С. 34, 35.

<sup>12</sup> **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 Юрий Толстой.

**Миф четвертый.** Следование прецеденту несовместимо с независимостью судей и подчинением их только закону. Данная формула —

риторическая фигура речи, не выдерживающая даже легкой 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 так далее) (см.: *Верещагин А. Н.* Прецедентное право: теперь и в России. — Пять мифов о роли судебного прецедента в нашей стране и в мире. <http://www.forbes.ru/column/47477-pretседentnoe-pravo-terep-i-v-rossii>.

<sup>13</sup> См., например: *Решетникова И. В.* Доказательственное право Англии и США. — Екатеринбург, 1997. — С. 26.

<sup>14</sup> *Безруков А. М.* Преюдициальная связь судебных актов. — М.: Волтерс Клувер, 2007 // СПС «Гарант».

<sup>15</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 марта 2010 г. № 13936/09 («Довод суда кассационной инстанции, не согласившегося с преюдициальностью решения суда по другому делу, является ошибочным...») // [www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12074434/](http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/12074434/)

<sup>16</sup> *Безруков А. М.* Указ. соч.

<sup>17</sup> Примечательна в этом отношении позиция В. Д. Зорькина, который в решениях Конституционного Суда видит определенные прецедентные и преюдициальные свойства (см.: *Зорькин В. Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2004. — № 12. — С. 4—5; *Зорькин В. Д.* Конституционно-правовое развитие России. — С. 161.

<sup>18</sup> См.: *Ковлер А. И.* Правовые позиции Европейского Суда по правам человека (в свете постановлений, принятых в 2010 году по жалобам против Российской Федерации // Российское правосудие. — 2011. — № 2. — С. 30.

<sup>19</sup> [www.gosbook.ru/.../2011/04/25/2-2010-3.pdf](http://www.gosbook.ru/.../2011/04/25/2-2010-3.pdf)

<sup>20</sup> Нельзя не согласиться с тем, что ВАС РФ просто обязан максимально вдумчиво подходить к выработке правовых позиций, чтобы

они, подобно закону, создавались не на день, а участники правоотношений должны иметь возможность рассчитывать на то, что определенные с учетом правовых позиций ВАС РФ их взаимные права и обязанности будут поддержаны в позднейших актах того же ВАС РФ. См.: *Чернышов Г.* Беспрецедентная скорость появления прецедентов. <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/982>.

<sup>21</sup> Возражения, как правило, базируются на отстаивании независимости суда в решении каждого дела. При этом крайняя позиция («...подлинный смысл независимости суда, не только от сторон, от государства, политики и т.д., но и от вышестоящего суда» (Кирилл Баранов. <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/982>) отвергает и нормативные постановления высших судебных инстанций.

<sup>22</sup> *Монастырский Ю.* Особенности юридических услуг на основе прецедентного права. <http://www.mzs.ru>.

<sup>23</sup> Там же.

#### Контактная информация:

yalazer@rambler.ru

**Ключевые слова:** правовая система; источник права; судебная практика; прецедент; правообразование; правоприменение; конкретизация права; толкование права; преюдиция; Высший Арбитражный Суд Российской Федерации.

В свете развернувшейся дискуссии автор высказывает свою позицию по поводу мифов о неприятии российской правовой системой такого источника права, как прецедент, определяет его основные контуры, общие пределы и разновидности применительно к деятельности суда.

Особое значение имеют практические рекомендации автора по отработке механизма формирования прецедентных норм.

